

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD Y DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA A LOS TREINTA AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN GENERAL AL ART. 33 CE. 1. *La exigencia de la interpretación sistemática de los tres apartados del art. 33 CE, un precepto «con varias incógnitas».* 2. *Sintética referencia a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 33 CE.* 3. *Régimen jurídico-constitucional del art. 33 CE.*—II. EL ART. 33.1 CE: EL ÁMBITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO POR EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (Y A LA HERENCIA). 1. *El concepto constitucional de propiedad.* 2. *Concretas situaciones jurídico-patrimoniales subjetivas situadas bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE.* 3. *Relación del art. 33 CE con otros principios o derechos constitucionales.* 4. *Vertiente subjetiva y vertiente objetiva del derecho de propiedad.* 5. *El derecho a la herencia.*—III. ART 33.2 CE: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. 1. *El contenido posible de la función social: limitaciones negativas, obligaciones y cargas positivas.* 2. *Función social e intereses generales con rango constitucional. La propiedad que es soporte de esos intereses generales (o bienes colectivos).* 3. *Limitaciones, cargas y obligaciones derivadas de la función social y principio de proporcionalidad.*—IV. ART. 33.3 CE: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA. 1. *La aparente «constitucionalización» del art. 1 LEF de 1954 y, con ello, de buena parte de la LEF. Crítica general.* 2. *La frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE: el concepto constitucional de expropiación. El criterio formal de la singularidad (art. 1 LEF 1954) frente al criterio material del contenido esencial (art. 53.1 CE en relación con el art. 33.1 CE).* 3. *Expropiación forzosa y principio de proporcionalidad.* 4. *La primera garantía del art. 33.3 CE: la causa de utilidad pública o interés social.* 5. *La segunda garantía del art. 33.3 CE: la indemnización.* 6. *La tercera garantía del art. 33.3 CE: el derecho (no absoluto) a la defensa procedimental (y procesal) efectiva frente a la expropiación. La compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).* 7. *La exigencia constitucional de que la ley expropiatoria prevea ella misma la indemnización (Junktim-Klausel) y la prohibición a los órganos administrativos y judiciales de conceder indemnizaciones no previstas legalmente.*

RESUMEN

Lo más importante de la doctrina constitucional sobre el art. 33 CE fue fijado por el Tribunal Constitucional en sus diez primeros años de actividad. Avances relevantes en la interpretación de este precepto constitucional pueden proceder de la proyección de las exigencias del principio de proporcionalidad—muy desarrollado en nuestra jurisprudencia desde hace algo más de una década— sobre las limitaciones a la propiedad y sobre la expropiación forzosa. Lo que menos convence de las soluciones interpretativas del Tribunal Constitucional procede de la aparente “constitucionalización” de algunas reglas de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Ése es el motivo de que todavía no esté resuelto adecuadamente el problema de la compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Parece necesario, además, resolver expresamente otras cuestiones, como la eventual exigencia constitucional de que la ley expropiatoria prevea ella misma la indemnización

(la denominada *Junktim-Klausel*) y la prohibición a los órganos administrativos y judiciales de conceder indemnizaciones no previstas legalmente.

Palabras clave: Derecho de propiedad; función social; expropiación forzosa; *Junktim-Klausel*.

ABSTRACT

The most important part of the Spanish Constitutional Court's doctrine on article 33 of the Spanish Constitution was established during its first ten years of activity. Significant changes in the interpretation of this constitutional provision may be brought by the application of the principle of proportionality, which has been substantially developed by the Court during the past decade. This essay argues that the least convincing rulings of the Court are those which confer constitutional status to some of the provisions laid down in the Law on Compulsory Expropriation of 1954, and that this is the reason why the conflict between legislative expropriation and the due process of law has not been duly resolved yet. It also argues that expropriatory laws —i.e., any law having an expropriatory rather than a merely regulatory effect— must foresee the “proper compensation” required by article 33. Expropriatory laws in breach of this “*Junktim-Klausel*” must be deemed unconstitutional, and the compensation cannot be awarded by the courts.

Key words: Right to property; social function; compulsory expropriation; *Junktim-Klausel*.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL AL ART. 33 CE

1. *La exigencia de la interpretación sistemática de los tres apartados del art. 33 CE, un precepto «con varias incógnitas»*

El art. 33.1 CE garantiza los derechos a la propiedad privada y a la herencia; el art. 33.2 CE encomienda al legislador la tarea de configurar el contenido de estos derechos de conformidad con su función social; y el art. 33.3 CE establece como garantías constitucionales de la expropiación forzosa que ésta se lleve a cabo por causa justificada de utilidad pública o interés social, que se otorgue al expropiado la correspondiente indemnización y que la privación de los bienes o derechos se realice «de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (más adelante se analizará con detalle el contenido que ha dado la jurisprudencia constitucional a esta garantía tan inconcretamente formulada por el texto del art. 33 CE).

Con razón —a mi juicio— y gráficamente se ha comparado este precepto a una ecuación «con varias incógnitas»¹. El apartado 1 garantiza

¹ Así PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 1999, pág. 221, que, evidentemente, refieren la comparación al art. 14 de la *Grundgesetz*, como se sabe, modelo de nuestro art. 33 CE. Dispone el art. 14 GG: «1. Se garantiza la propiedad y el derecho a la herencia. El contenido y los límites se determinan por las leyes. 2. La propiedad obliga. Su uso debe servir también al interés general. 3. Sólo es admisible una expropiación en favor del interés general

(también) frente al legislador, por un lado, lo mismo que, por otro, el apartado 2 encarga al propio legislador que regule. Parece claro, asimismo, ya por lo que afecta a la relación entre los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, que un concepto determinado de propiedad arrastra un concreto concepto de expropiación y que cada concepto de expropiación tiene detrás, como presupuesto, uno distinto de propiedad.

Si, por último, se ponen en conexión los apartados 2 y 3, fácilmente se cae en la cuenta de que ambos preceptos regulan dos formas de intervención del poder público en la propiedad de intensidad diversa: la imposición de límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social de los derechos patrimoniales (art. 33.2 CE) y la privación de esos derechos (art. 33.3 CE). Desde luego, la frontera entre los dos tipos de intervención no puede dibujarse gráficamente como una línea de la que pudiera decirse que destaca por la precisión de su trazado. En una primera aproximación puede afirmarse que cuanto más espacio se conceda al art. 33.2 CE, cuanto más se permita al poder público actuar sobre la propiedad al amparo de su vinculación social, menos supuestos deberán reconducirse al art. 33.3 CE, por considerarse expropiatorios. Y cuanto más se ponga el acento en la necesaria utilidad individual de la propiedad (art. 33.1 CE) y más restrictivamente se acepten las cargas sociales sobre este derecho, más casos deberán ser calificados como supuestos de expropiación forzosa (art. 33.3 CE).

Que el apartado 1 del art. 33 CE garantice (también) frente al legislador, por un lado, lo mismo que, por otro, el apartado 2 encarga al propio legislador que regule es algo que suscita problemas de interpretación constitucional que no son exclusivos del derecho de propiedad. Algo análogo sucede con todos los derechos que, de forma más o menos convencional, han sido calificados por la jurisprudencia constitucional como derechos de «configuración legal»². La propiedad constitucional no tiene existencia propia independiente de la regulación legal de la propiedad. Esto, sin embargo, no dispensa de la necesidad interpretativa de discernir, por una parte, los límites del contenido esencial de este derecho fundamental³, que deben ser respetados por el legislador (art. 53.1 CE); y, por otra, el trazado de la ya mencionada frontera que separa el art. 33.2 CE (limitación del contenido de la propiedad en virtud de su función social) del art. 33.3 CE (expropiación). Desde una perspectiva general éstas son las dos cuestiones más relevantes planteadas a quien interpreta este precepto constitucional.

y sólo puede realizarse por ley o con fundamento en una ley que regule el tipo y la cuantía de la indemnización. La indemnización debe determinarse atendiendo a una justa ponderación de los intereses públicos y los de los interesados. En caso de conflicto relativo a la cuantía de la indemnización puede recurrirse a la tutela judicial de los tribunales ordinarios».

² Sobre esto, puede verse, por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, págs. 42-44.

³ Así, para todos los derechos fundamentales de «configuración legal», JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, pág. 44.

Se verá inmediatamente que el Tribunal Constitucional ha puesto en conexión ambos problemas interpretativos: en último término, la frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE (para el legislador que regula el contenido de la propiedad; no para otros casos de intervención del poder público en la propiedad) coincide con la que impide al legislador que interviene en el contenido del art. 33.1 CE —en virtud del art. 53.1 CE— pasar de los límites de su contenido esencial (salvo que indemnice, en virtud del art. 33.3 CE).

La destacada observación gráfica de que en este precepto constitucional existen «varias incógnitas», en definitiva, puede reconvertirse en una afirmación que destaque la necesidad de la interpretación sistemática —conjunta— de los tres apartados del art. 33 CE. Sobre esa necesidad ha llamado expresamente la atención la jurisprudencia constitucional, que se ha referido a la «estrecha conexión de los tres apartados del art. 33 CE» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5), «que no pueden ser artificiosamente separados» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

La evolución del concepto de propiedad privada (apartados 1 y 2 del art. 33 CE) ha arrastrado una transformación del concepto de expropiación (apartado 3); y la notable ampliación de las situaciones jurídico-patrimoniales que hoy cabe situar bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental ha corrido en paralelo con el abandono de una idea de expropiación que fundamentalmente se centraba en el procedimiento de traslado a la propiedad del Estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas: «la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada» ha implicado «una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa» que experimenta «un proceso de extensión (...) a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4).

2. *Sintética referencia a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 33 CE*

Creo que no es exagerado afirmar que el núcleo (y, quizás, algo más que eso) de la doctrina constitucional sobre las garantías del art. 33 CE fue creado por las respuestas del Tribunal Constitucional, en sus diez primeros años de actividad, al caso de la *Ley de reforma agraria andaluza de 1984* (STC 37/1987, de 26 de marzo) y al caso *Rumasa* [SSTC 111/1983, de 2 de diciembre (en adelante, *Rumasa 1*); 166/1986, de 19 de diciembre (*Rumasa 2*); y 6/1991, de 15 de enero (*Rumasa 3*); las tres del Pleno del

Tribunal; ha habido otras Sentencias relacionadas con el caso dictadas en procesos de amparo]⁴.

En la **STC 37/1987**, el Tribunal hizo un notable esfuerzo de interpretación constitucional de la estructura del derecho fundamental y de las posibilidades abiertas al legislador para regular límites, obligaciones y cargas que recaen sobre la propiedad en virtud de su función social. Las palabras clave de esta resolución fueron: utilidad individual (que se situaba en el apartado 1 del precepto) y función social (apartado 2) como elementos definidores del contenido del derecho; y contenido esencial (art. 53.1 CE) como límite de los límites impuesto al legislador en esa tarea de definición de la propiedad. La STC 37/1987 también prestó atención al apartado 3 del art. 33 CE, aunque con referencia sólo a las expropiaciones administrativas y con una finalidad fundamental de fijar el centro del análisis en la distribución de competencias normativas sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE) entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para permitir a éstas, en sus ámbitos competenciales propios, que por ley declararan causas de expropiación.

El turno del art. 33.3 CE había llegado antes y duraría hasta después, con las tres citadas Sentencias que analizaron desde muchas perspectivas **un controvertido caso de expropiación legislativa**. Interesa destacar aquí, fundamentalmente, las perspectivas de las tres garantías constitucionales de la expropiación (causa de utilidad pública o interés social, indemnización y procedimiento) y la de la compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por lo que se refiere específicamente a la respuesta dada a esta última cuestión (expropiación legislativa y art. 24 CE), creo que este supuesto de la «pequeña historia» de la jurisprudencia constitucional puede alegarse como buen ejemplo de que, también entre nosotros, *hard cases make bad law*. Como se dirá más adelante, no considero incompatible la expropiación legislativa con el art. 24.1 CE (salvo que se dé a este precepto un alcance «prelegal» que no tiene en nuestra Constitución), pero la argumentación utilizada al respecto por la jurisprudencia constitucional sobre este punto quedó —y así sigue— marcada por la debilidad de la única respuesta (a mi juicio, poco convincente) que se supo dar entonces a esta cuestión⁵.

⁴ Puede consultarse un repaso analítico y detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia hasta 1995 en PARDO FALCÓN, J., «El Tribunal Constitucional y la propiedad», en BARNES, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, págs. 67 ss.

⁵ En tono crítico, afirma PARDO FALCÓN, «El Tribunal...», pág. 86, de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional para resolver el caso Rumasa (no sólo la cuestión relativa al art. 24 CE) que en ella «todo lo más, puede apreciarse el considerable esfuerzo realizado por la mayoría de los magistrados para procurar una salida jurídicamente operativa al problema».

De la doctrina creada a partir de estos dos casos ha vivido hasta ahora la jurisprudencia constitucional que, en una visión de conjunto, ha dado pocos pasos relevantes desde entonces. Llegaron los casos de los recursos de inconstitucionalidad (junto con alguna cuestión de inconstitucionalidad) formulados contra las **leyes reguladoras de la función pública** (o de la carrera de los jueces) que afectaban restrictivamente a situaciones jurídico-patrimoniales de los funcionarios, que se resolvieron, en esencia, con el *topos* constitucional de que ni el art. 9.3 CE (principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales) ni el 33.3 CE protegen frente a los cambios de legislación que sólo eliminan expectativas no patrimonializadas. Así, por ejemplo, las SSTC 108/1986, de 29 de julio (reducción de la edad de jubilación de los jueces por la LOPJ); 99/1987, de 11 de junio (reducción de la edad de jubilación de los funcionarios); 178/1989, de 2 de noviembre (regulación de las incompatibilidades de los funcionarios); y 67/1990, de 5 de abril (también sobre incompatibilidades).

Llegaron también los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las **nuevas leyes reguladoras del dominio público** y de las (en general, excepcionales) situaciones de titularidades privadas sobre bienes o derechos situadas en su entorno: SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (Ley de Aguas de 1985); y 149/1991, de 4 de julio (Ley de Costas de 1988). Cercana a ellas está, aunque no tratara ninguna regulación legislativa del dominio público, la STC 170/1989, de 19 de octubre (Ley madrileña de la Cuenca alta del Manzanares). La doctrina constitucional se enriquecía con nuevo material, pero, sustancialmente, no se decía nada nuevo allí, como tampoco en la posterior STC 89/1994, de 17 de abril, sobre la regulación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

De los últimos años cabe destacar dos resoluciones: la **STC 204/2004**, de 18 de noviembre (transferencia al Estado a los veinte años de los saldos en cuentas corrientes, por abandono); y la **STC 48/2005**, de 3 de marzo (expropiación legislativa para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias). Tampoco en ellas pueden encontrarse —en mi opinión— hitos evolutivos de la doctrina constitucional sobre la propiedad y la expropiación.

Hay más resoluciones constitucionales sobre la materia, que serán oportunamente citadas más adelante. Pero éste era el momento sólo de llevar a cabo una presentación sintética.

3. Régimen jurídico-constitucional del art. 33 CE

Bajo este apartado —cuyo título no es, ciertamente, muy expresivo— quiere hacerse referencia a algunas consecuencias jurídicas que establece la Constitución con respecto al contenido del art. 33 CE (derecho de

propiedad y expropiación forzosa), vinculadas fundamentalmente al lugar que este precepto ocupa en la sección segunda del capítulo segundo del título primero de la Constitución⁶.

La regulación del derecho de propiedad está sometida a la **reserva de ley** establecida en el art. 53.1 CE. El Tribunal Constitucional ha destacado, no obstante, que la expresión «de acuerdo con las leyes» contenida en el art. 33.2 CE lleva a cabo una *flexibilización* de aquella reserva que da al reglamento en esta materia más espacio que el que puede corresponder a la norma infralegal en el ámbito de otros derechos fundamentales. Está prohibida «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3); amplia colaboración que al reglamento se atribuye, muy especialmente, en la regulación del régimen de la propiedad inmobiliaria (utilización de la propiedad agraria, usos e intensidades de la propiedad urbana, etc.), con respecto a la cual no puede normalmente la ley situarse en un nivel regulativo (que, sin embargo, es necesario) que alcance a la finca concreta.

La ley que regula la propiedad será **estatal o autonómica** en función del ámbito competencial en el que se sitúen «los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9). Un estudio más detallado de la regulación que ha de quedar reservada al Estado en este ámbito como imperativo del art. 149.1.1 CE (competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad) debe quedar remitido a un análisis de este precepto relativo al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aquí puede bastar con decir que la mencionada competencia estatal fue objeto de una interpretación muy restrictiva (que ha marcado la jurisprudencia constitucional desde entonces) por la STC 61/1997, de 20 de marzo (relativa a la propiedad urbanística), FFJJ 7 a 10.

⁶ Sobre esto puede verse, por ejemplo, BARNES, J., «El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978», en BARNES, J. (COORD.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, págs. 30-31 y 51.

La regulación de la propiedad cae **fuera de la reserva a la ley orgánica**, como consecuencia de la interpretación estricta que ha hecho el Tribunal Constitucional de la expresión «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art. 81.1 CE). Por eso mismo (art. 82.2 CE) puede ser esta materia objeto de la **delegación legislativa** prevista en el art. 82 CE. Uno de los más representativos ámbitos de regulación legislativa de la propiedad, el de la propiedad urbanística, ha estado durante décadas regulado por textos refundidos: aprobados con posterioridad a 1978, el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992, sobre el que recayó la implacable (aunque por razones competenciales, no relativas a la sustancia del derecho de propiedad) —ya citada— STC 61/1997, de 20 de marzo; y, recientemente, el texto refundido de la ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

Por **Decreto ley** es posible llevar a cabo expropiaciones legislativas. Con respecto al límite material consistente en que el Decreto ley no puede «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» (art. 86.1 CE), el Tribunal Constitucional ha considerado que no puede darse a esta expresión un sentido tan amplio que impidiera a esa norma de rango legal llevar a cabo una concreta expropiación, siempre que no altere «elementos esenciales» del régimen de la expropiación forzosa [STC 111/1983, de 2 de diciembre (caso *Rumasa I*), FJ 8].

Para que tal expropiación legislativa sea conforme con el texto constitucional ha de concurrir la misma «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE) sin la que cualquier Decreto ley es inconstitucional. Pero, además, ya no por tratarse de una expropiación por Decreto ley, sino simplemente de una expropiación legislativa singular; debe darse un «supuesto estrictamente excepcional, frente al que no sea posible responder mediante el sistema expropiatorio general contenido en las leyes generales» [STC 48/2005, de 3 de marzo (caso: expropiación legislativa para la sede del Parlamento de Canarias), FJ 5]. Este límite ya no deriva del art. 86.1 CE (y no se enjuicia, por tanto, con ayuda de los criterios interpretativos de este precepto constitucional), sino del principio de proporcionalidad aplicado a la tercera garantía del art. 33.3 CE (defensa frente a la expropiación) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sobre esto se volverá más adelante.

Es de sobra conocido que «el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo con el art. 53 CE, del **recurso de amparo constitucional** (...). Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomen-

dando a los tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías» [STC 67/1988, de 18 de abril (caso: recurso de amparo interpuesto por Ruiz-Mateos contra una denegación de reversión), FJ 4].

La circunstancia de que el derecho de propiedad y las garantías de la expropiación no sean susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional no permite, desde luego, negar a aquel derecho el carácter de **derecho fundamental** que le corresponde desde la perspectiva de la Historia del constitucionalismo (incluso, de la Historia de las ideas), del Derecho comparado y de los tratados internacionales ratificados por España⁷. En la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional se da por supuesta esta calificación, por ejemplo, en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5: el derecho de propiedad como uno de los «derechos fundamentales de la persona»⁸.

La idea de una **conexión conceptual entre la propiedad y la libertad** está presente como un tópico de uso habitual en el pensamiento jurídico centroeuropeo⁹. La protección constitucional de la propiedad está —se dice, incluso «estrechamente»— vinculada¹⁰ con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad, con la posibilidad de contar con un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y de desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica (trabajo y libertad de empresa). Resulta llamativo que esa conexión esté por completo ausente de más de 25 años de jurisprudencia constitucional española. En el orden de las ideas, quizás fuera esa falta de una conexión sólida entre la libertad y la propiedad en nuestra conciencia jurídica¹¹ lo que terminó convirtiéndose en regla constitucional que excluía este derecho del recurso de amparo.

En los Estados fuertes de Occidente, que han organizado tradicionalmente también fuertes sociedades (capitalistas), el binomio «libertad y propiedad» constituyó, en su momento, todo un símbolo cargado de con-

⁷ Mediante el Protocolo Adicional Primero, de 20 de marzo de 1952, se incorporó la propiedad al catálogo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

⁸ *Vid.*, también, BARNES, «El derecho...», pág. 30.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª ed., Heidelberg, 1993, pág. 181; BADURA, P., *Staatsrecht*, 2ª ed., Munich, 1996, pág. 183; MAURER, H., *Staatsrecht*, Munich, 1999, pág. 261; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 10ª ed., Munich, 2004, págs. 493; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 221.

¹⁰ Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, por ejemplo, *BVerfGE* 24, 367/389.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III*, 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 47, califica, sin embargo, como «doctrina tradicional» la que examina la propiedad —entre otras perspectivas— «como un instrumento puesto al servicio de la libertad de la persona y de su dignidad».

tenido ideológico en torno al cual se crearon los instrumentos técnico-constitucionales que dieron forma al Estado de Derecho en su origen liberal individualista: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder. Quizás porque España nunca estuvo en ese núcleo ni de Estados fuertes (desde bastante antes de las revoluciones liberales), ni de fuertes sociedades capitalistas, puede afirmarse hoy, como «observación marginal», pero expresamente, que «España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad»¹².

No creo que sea el peor ejemplo para demostrar esa afirmación —desde luego, necesitada de prueba— el margen amplísimo de discrecionalidad que nuestro Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia siguen reconociendo a la Administración que interviene en el derecho de propiedad al aprobar el planeamiento urbanístico. Ya sólo que se hable de esa intensa «discrecionalidad» para caracterizar el encuentro del poder público con un derecho fundamental puede considerarse como algo anómalo. Donde la propiedad se toma en serio no se pone tanto el acento precisamente en la discrecionalidad, sino en el riguroso mandato de ponderación (con su carga vinculada de motivación y argumentación racional) de todos los intereses públicos y privados que, como exigencia implícita derivada del principio del Estado de Derecho, ha de observar la Administración al adoptar las decisiones sobre planeamiento. No es sólo una cuestión de «prestigio» de la propiedad, es, sobre todo, una cuestión de «prestigio» del planeamiento, del que —con ayuda de esa jurisprudencia contencioso-administrativa— la conciencia social de este país no tiene precisamente la mejor de las imágenes¹³.

Desde la otra perspectiva desde la que puede abordarse la cuestión de la propiedad privada en el contexto de la Historia del pensamiento occidental —la de su vinculación a los intereses generales— es oportuno destacar, también, que la propiedad decimonónica del Estado de Derecho

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *RAP*, núm. 141 (1996), pág. 134.

¹³ Se refiere GALLEGU ANABITARTE, A., «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa», *RDU*, núm. 134 (1993), pág. 23, a «la práctica de un planeamiento doctrinario, arbitrario y desproporcionado, que se refugia en su carácter de *discrecionalidad técnica, prácticamente infiscalizable*, salvo por razones formales o procedimentales», no obstante lo cual, el autor reconoce el avance que en los últimos años se está produciendo en el control jurisdiccional de la planificación urbanística. La afirmación se sitúa en el contexto de la defensa de un concepto de propiedad urbana distinto al que se mantiene por la doctrina dominante (separación entre propiedad del suelo y *ius aedificandi*), lo que conduce, precisamente, a hacer entrar en juego el concepto de ponderación: «sólo la afirmación de que el propietario del suelo tiene derecho a la libertad de edificar garantiza un planeamiento urbanístico producto de la *ponderación* entre los intereses privados, y de éstos con los intereses públicos, de acuerdo con un Estado de Derecho» (pág. 22) —cursiva mía—.

liberal individualista, consagrada en el art. 17 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 y recogida en las codificaciones europeas (entre otros, en el art. 348 CC) como «derecho inviolable y sagrado», potencialmente absoluto e inmune a la acción del Estado en beneficio de la comunidad, constituye, precisamente, en realidad, un paréntesis en la tradición del pensamiento de Occidente, una «concepción coyuntural en la historia jurídica europea, porque desde la Baja Edad Media (...) hasta el siglo XVIII, pasando por la gran escuela de juristas y teólogos españoles (...) *la propiedad estaba vinculada moralmente*», idea ésta que es retomada por el moderno constitucionalismo con la formulación terminológica de la función social¹⁴.

II. EL ART. 33.1 CE: EL ÁMBITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO POR EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (Y A LA HERENCIA)

1. *El concepto constitucional de propiedad*

El concepto de propiedad contenido en el art. 33.1 CE no tiene el mismo significado que el que al mismo término «propiedad» se da en el art. 348 CC («la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa...»). Es evidente que el art. 33 CE no supone una «constitucionalización» de los arts. 348 CC (derecho de propiedad) y 349 CC (expropiación forzosa). Cada concepto que pasa al texto constitucional cobra un sentido propio que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda, lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede. «La Constitución posee la virtual capacidad de crear conceptos propios»¹⁵.

Por lo mismo, tampoco puede decirse que el art. 33 CE (en concreto, su apartado 3) se haya limitado a «constitucionalizar» el amplio concepto legal de expropiación forzosa —más moderno que el del art. 349 CC— contenido en el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante, LEF): «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos (...)». El concepto constitucional de expropiación depende sólo de la interpretación del art. 33.3 CE. Lo cierto es, sin embargo, que por la estrecha vinculación interpretativa —ya destacada más arriba— de los tres apartados de este precepto constitucional, y por la atención que el intérprete constitucional prestó desde

¹⁴ GALLEGO ANABITARTE, «Régimen urbanístico...», pág. 28 —cursiva original—.

¹⁵ BARNES, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, pág. 287.

los primeros años de su actividad al art. 1 LEF¹⁶, ese generoso concepto legal de expropiación ha determinado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se delimitara también con trazos amplios el ámbito de protección constitucional del derecho de propiedad.

La propiedad del art. 33 CE no es «una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 CC, habiéndose producido, por el contrario, una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos» (STC 37/1987, de 20 de marzo, FJ 2). «En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5).

Propiedad no significa en el art. 33.1 CE derecho real que atribuye «el señorío abstracto y unitario sobre la cosa» (como en el art. 348 CC)¹⁷. Propiedad no significa en la Constitución ni siquiera (sólo) derecho real; ni siquiera (sólo) derecho oponible en el tráfico jurídico privado. En el art. 33.1 CE son propiedad protegida, en principio, las *situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial*. «La eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y se su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo» [STC 99/1987, de 11 de junio (caso: reforma del régimen de la función pública), FJ 6 b)]. No importa que, *prima facie*, la delimitación del objeto de protección sea tan amplia e imprecisa. Después será siempre posible excluir situaciones no merecedoras de protección constitucional mediante la aplicación de convincentes fórmulas argumentativas decantadas en la jurisprudencia: no se protegen las expectativas, ni las situaciones patrimoniales surgidas contra Derecho, etc.

2. *Concretas situaciones jurídico-patrimoniales subjetivas situadas bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE*

Se sitúa bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE, por descontado, la propiedad inmobiliaria frente al legislador que regula los límites, obligaciones y cargas de la propiedad urbanísti-

¹⁶ *Vid.*, por ejemplo, STC 108/1986, de 29 de julio (caso: jubilación anticipada de los jueces por la LOPJ), FJ 20: «no define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de bienes y derechos, pero (...) parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación».

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, III. Derechos reales*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 284.

ca (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 a 10) o agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo), de los bienes en que concurren valores medioambientales (STC 170/1989, de 19 de octubre; caso: Ley madrileña de la Cuenca Alta del Manzanares), o lindan con la ribera del mar [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 A): propietarios de terrenos colindantes con el dominio público, en la zona de protección o de influencia que, por la nueva regulación de la Ley de Costas de 1988, «se verán impedidos de hacer lo que antes de ella podían»], o del arrendador de viviendas o locales de negocio (STC 89/1994, de 17 de abril).

Pero también se sitúan bajo ese ámbito constitucionalmente protegido los derechos de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, aunque hayan sido otorgados por la propia Administración (STC 227/1988, de 29 de septiembre, FJ 11: derechos de aprovechamiento privativo o especial regulados restrictivamente por la Ley de Aguas de 1985), la propiedad sobre bienes muebles y los derechos de crédito sobre saldos en cuentas corrientes (STC 204/2004, de 18 de noviembre) y la propiedad intelectual (ATC 134/1995, de 9 de mayo; cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de Propiedad Intelectual, por posible vulneración del art. 33 CE).

Especial referencia merecen las **posiciones jurídico-patrimoniales frente al Estado** que ostentan quienes son funcionarios o jueces, también, en principio, incluidas en el ámbito de protección constitucional del art. 33.1 CE. A pesar de alguna aislada (y sorprendente, a mi juicio) afirmación de la jurisprudencia constitucional relativa a que el derecho de propiedad no «tiene que ver con el contenido —incluido el económico— de la función pública» (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9; la afirmación se repite casi literalmente en la STC 67/1990, de 5 de abril, FJ 7), se deduce del conjunto de la jurisprudencia recaída en este ámbito que las situaciones de carácter económico patrimonializadas por funcionarios o jueces están protegidas por el art. 33.1 CE, aunque no lo estén las meras expectativas de que no se modifique por el legislador una ventaja no patrimonializada¹⁸.

Afirma la jurisprudencia constitucional que «es indudable que en el campo de la relación funcional el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar y, en ese sentido, es claro que ostenta, desde que ingresa en la función pública, el derecho a la jubilación o al pase a determinadas situaciones administrativas, también en la ley estatutaria previstos. Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto» [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 a)]. La idea está formulada de forma intuitiva, pero —en mi opinión— la clave de la protección constitucional no ha de ser el

¹⁸ En contra (según parece) BARNES, «El derecho...», pág. 35: «nuestro Alto Tribunal ha rechazado que las posiciones funcionariales caigan dentro del presupuesto de hecho o ámbito material del art. 33 CE».

carácter concreto o genérico del derecho (criterio éste bastante artificial en su aplicación práctica), sino que quepa entender que —a través del trabajo personal prolongado en el tiempo (las percepciones derivadas de los trienios ya consolidados, por ejemplo) o de algún otro tipo de prestación del titular de la situación patrimonial— **el derecho se haya incorporado o no a su patrimonio**.

Algo similar cabe decir de la protección derivada del art. 33.1 CE para los **derechos frente a entidades aseguradoras de la seguridad social o análogos**. El art. 33 CE, como es lógico, no hace inmodificables las regulaciones de estas situaciones patrimoniales, pero los derechos patrimonializados en virtud de una prestación exigida al destinatario de la protección social¹⁹ se sitúan en el ámbito garantizado por el derecho constitucional a la propiedad. En el supuesto de la STC 65/1987, de 21 de mayo, si no se estimó inconstitucional la nueva regulación del contenido de los derechos frente a una Mutualidad de previsión social fue porque el Tribunal entendió que no podía «hablarse de privación de derechos de ningún tipo», pero el punto de partida del análisis fue precisamente el de que esas situaciones se sitúan bajo la cobertura constitucional del art. 33 CE (*vid.*, en especial, FF JJ 12 y 15).

Como ya se ha dicho, el art. 33 CE no protege, sin embargo, las **meras expectativas** de que permanezca incólume una regulación legal patrimonialmente ventajosa o una situación objetiva no incorporada al patrimonio personal. Ha afirmado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, que «quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser(lo), a tal edad» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 16); o que para los titulares de derechos de aprovechamientos de aguas a los que la nueva regulación legal «congela» su derecho únicamente en los términos en que esos derechos están siendo efectivamente ejercidos «sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12). Es innecesario destacar que la distinción entre una situación patrimonializada y una expectativa no protegida por el art. 33 CE no será siempre tan fácilmente argumentable como sugiere la contundencia de estas afirmaciones del Tribunal.

Tampoco se protegen por el art. 33 CE las **situaciones subjetivas patrimoniales adquiridas o consolidadas ilegalmente**. Un precepto legal que declara la incompatibilidad entre la percepción de una pensión y la

¹⁹ En el Derecho alemán se afirma que este tipo de derechos caen en el ámbito de protección de la propiedad constitucional en la medida en que sean equivalentes de una prestación personal y sirvan a la finalidad del personal sustento económico; *vid.*, por ejemplo, HESSE, *Grundzüge...*, pág. 182; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 224.

obtención de ingresos derivados del trabajo, incompatibilidad que había sido sorteada en el pasado sólo por la vía de los hechos (o sea, ilegalmente), «viene a incidir sobre una situación de hecho no garantizada por el ordenamiento, sino opuesta a sus previsiones, y que, por tanto, no podía dar lugar a un derecho de carácter patrimonial a su mantenimiento, cuya privación deba ser objeto de indemnización» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 18; en sentido semejante, STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9, que se refiere a situaciones nacidas de la «simple tolerancia», «sin reconocimiento legal, incluso contra la prohibición expresa de la ley»).

Con respecto al desconocimiento por parte de la Ley de Costas de 1988 (disposición transitoria segunda, 2) de cualquier derecho sobre terrenos ganados al mar «sin título administrativo suficiente» afirmó el Tribunal que «el hecho de que el respeto a las situaciones preexistentes a la Ley quiebre cuando los terrenos hubiesen sido ganados ilegítimamente, sin título habilitante, está plenamente justificado, pues ningún derecho o interés jurídicamente protegible queda en tal caso afectado» [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 C); la misma solución se dio al mandato legal de demolición de las obras realizadas ilegalmente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, FJ 8 E)].

3. *Relación del art. 33 CE con otros principios o derechos constitucionales*

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado frecuentemente a la invocación conjunta, frente a nuevas regulaciones legislativas (de carácter restrictivo) de derechos de contenido económico, del **art. 33 CE** con diversos **principios del art. 9.3 CE**, en especial, la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica. La jurisprudencia ha otorgado, también con frecuencia, un tratamiento conjunto a esas alegaciones, pero, quizás, no tan sistemático como hubiera sido posible²⁰.

La conexión ideal entre estos preceptos es evidente. El art. 33 CE protege las situaciones patrimoniales consolidadas y coincide con el art. 9.3 CE, en su vertiente de prohibición de la retroactividad, en que supone un límite a una nueva regulación legislativa de derechos patrimoniales que pretendiera incidir restrictivamente sobre situaciones ya incorporadas al

²⁰ *Vid.* este planteamiento conjunto, por ejemplo, en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FF JJ 9 a 11: «cuestión distinta, aunque no completamente ajena a la seguridad jurídica, dada la *relación recíproca que media entre numerosos principios y preceptos constitucionales*, es saber y decidir ahora si las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la Ley (de Aguas de 1985) impugnada vulneran o no las garantías del derecho de propiedad privada y de los derechos patrimoniales contemplados en el art. 33 CE».

patrimonio²¹. Por su parte, el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE —en la vertiente jurídico-económica que ahora nos interesa— protege la confianza del titular de situaciones patrimoniales en que se respetará por el poder público (no sólo por el legislador) lo ya adquirido.

Desde luego, el ámbito de vigencia de los dos principios mencionados del art. 9.3 CE es más extenso que el que atañe sólo a los derechos e intereses de carácter patrimonial. Pero en cuanto a ese campo de «lo patrimonial» creo que puede afirmarse que existe una idea regulativa común de los tres preceptos mencionados: la Constitución protege «lo existente» —en el sentido de «lo consolidado»— en el ámbito de las situaciones patrimoniales²². Gráficamente puede expresarse esta idea común si se afirma que estos tres preceptos constitucionales contienen un mismo principio «antirrevolucionario» (muy propio del Estado liberal-burgués de Derecho) en materia económica.

El art. 33 CE introduce, sin embargo, una regla especial que no se encuentra en los dos principios mencionados del art. 9.3 CE: la del art. 33.3 CE, que permite mediante indemnización y con respeto de las demás garantías constitucionales de la expropiación, actuar retroactivamente sobre situaciones patrimoniales ya consolidadas y «defraudar» la confianza en que lo ya existente será respetado.

Esa conexión ideal y solapamiento parcial de lo protegido por el art. 33 CE y por el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE se ponen de manifiesto gráficamente, aunque por vía negativa, en la STC 204/2004, de 18 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1988 —hoy, art. 18.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003—, por posible vulneración del art. 33.3 CE, en cuanto dispone que pasan a la propiedad del Estado los saldos en cuentas corrientes con respecto a las cuales en el plazo de veinte años no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad). La *ratio decidendi* latente en la resolución constitucional desestimatoria pone en conexión la expropiación con la seguridad jurídica, y descansa sobre la idea de que —con independencia de otras consideraciones— no puede hablarse de expropiación cuando el resultado desposesorio puede preverse y evitarse con veinte años de antelación²³.

²¹ *Vid.*, por ejemplo, STC 65/1987, de 21 de mayo (nueva ordenación legal de la cobertura de las prestaciones de una Mutuality), FJ 16: «no puede apreciarse que la norma impugnada afecte retroactivamente a situaciones consolidadas, como bienes o derechos integrados en la esfera de disponibilidad de los beneficiarios de prestaciones causadas».

²² *Vid.*, en este sentido, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 225.

²³ Puede descubrirse esta conexión en el FJ 7 de esta Sentencia: «la carga que del precepto se deriva para el titular de la cuenta, esto es, la realización en el plazo de veinte años de cualquier acto de gestión que implique el ejercicio de su derecho no puede calificarse de irrazonable o desproporcionada o, más aún, no puede afirmarse que imposibilite, haga im-

También se ha llamado la atención con frecuencia sobre la relación existente entre el **derecho de propiedad (art. 33 CE)**, el **derecho al trabajo (art. 35.1 CE)** y la **libertad de empresa (art. 38 CE)**. Se dice gráficamente que el art. 33 CE protege lo obtenido, el resultado de una actividad económica; la ganancia y la actividad misma son objeto de protección por los arts. 35.1 CE y 38 CE²⁴.

Cuando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquél, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que —en virtud de la función social de la propiedad— pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa. «La función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de limitar a su vez el derecho del empresario (agrícola) para producir o no producir, para invertir o no invertir (...). La libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa» [STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5; doctrina reiterada más tarde por la STC 89/1994, de 17 de abril (arrendamientos urbanos), FJ 6].

4. *Vertiente subjetiva y vertiente objetiva del derecho de propiedad*

Constituye ya doctrina sólidamente asentada —y suficientemente conocida— en nuestra jurisprudencia constitucional que «los derechos fundamentales no incluyen solamente *derechos subjetivos de defensa* de los individuos frente al Estado (...), sino también *derechos positivos* por parte de éste (...). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del *orden jurídico objetivo*, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un *sistema de valores* que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el *fundamento del orden jurídico y de la paz social*»²⁵.

practicable o dificulte más allá de lo razonable el ejercicio por su titular de las facultades dominicales sobre el bien, ni, en fin, que despoje el derecho de una efectiva y real protección».

²⁴ Así, en relación con los arts. 14 y 12 de la *Grundgesetz*, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 225, con cita de la jurisprudencia constitucional alemana (*BVerfGE* 88, 366/377).

²⁵ Por todas, STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

Con esta afirmación no decía nuestro Tribunal Constitucional nada que no fuera ya patrimonio común de la doctrina jurídica europea, muy destacadamente, de la alemana. Es más, si en el Derecho alemán, del que parece proceder la visión de los derechos fundamentales como un sistema de valores y principios, en el sentido objetivo indicado, se llegó a esa concepción, fundamentalmente, a través de pronunciamientos de la doctrina y de la jurisprudencia que, como se sabe, suscitaron (y, en parte, siguen suscitando) polémica, en nuestro Derecho constitucional hay apoyos positivos expresos a esa denominada vertiente objetiva de los derechos fundamentales: los *valores* superiores del art. 1.1 CE; la dignidad de la persona y los derechos fundamentales como *principios superiores* de todo el orden jurídico y político (art. 10.1 CE); la obligación positiva de los poderes públicos de establecer las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE); etc.²⁶.

Ésta es, a mi juicio, una de las cuestiones relativas a la propiedad más confusamente perfiladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; lo que no debe sorprender, porque la cuestión tampoco goza de perfiles claros en su tratamiento doctrinal. De forma general podría afirmarse que cada autor que escribe sobre la propiedad tiene una idea personal sobre lo que significa concretamente su vertiente objetiva o institucional²⁷.

A veces, el Tribunal Constitucional parece poner en conexión la vertiente institucional de la propiedad con la idea de que la función social delimita su contenido²⁸, lo que no se entiende bien, porque la función social también (o, quizás: más bien) delimita el contenido de la propiedad como derecho subjetivo. En otras ocasiones, la vertiente institucional se vincula con la tesis de que no existe «una única propiedad», sino una «extraordinaria diversificación de la *institución* dominical en una pluralidad

²⁶ GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994: «esto no es doctrina en España, es Derecho positivo» (pág. 103); «los derechos fundamentales en España, tal como están constitucionalizados, permiten y obligan a una interpretación institucional, axiológica, etc., como se ha ido desarrollando en la doctrina más avanzada jurídica europea» (pág. 105).

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, MONTES, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pág. 190 (donde se destaca, también, que «no vemos claramente el significado de la expresión *instituto* o *institución*»); LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, págs. 131-133, *passim*; REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, 1994, págs. 153 y ss. (donde se refiere a la «dimensión objetivo-funcional: propiedad y democracia») y 318 y ss. («dimensión objetiva, modelo económico y propiedad privada»); BARNES, *La propiedad...*, págs. 116, 266 y ss., y «El derecho...», pág. 31 (donde puede leerse: «alcance institucional u objetivo, término éste, sin duda, multívoco y susceptible de diversos entendimientos en los que ahora no podemos detenernos»).

²⁸ Por ejemplo, STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8: «el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una *vertiente institucional, precisamente derivada de la función social* que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir».

de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso»²⁹. Vertiente institucional se identifica aquí con la regulación del régimen jurídico de los diversos tipos de bienes (propiedad inmueble urbana, agraria, de bienes con valor medioambiental, etc.). En este caso no está muy claro por qué se elige la expresión «vertiente institucional» para identificar esa idea.

A mi juicio, una aplicación al concreto ámbito de la propiedad de la idea, transcrita más arriba, que el Tribunal Constitucional tiene de esa vertiente objetiva —en mi opinión, esta expresión es más clara que la de la «institución»— de los derechos fundamentales en general, se traduce en la directiva constitucional (entregada, desde luego, a la configuración del legislador) de que el orden económico se base sustancialmente en la titularidad privada de los bienes, con independencia de las posibles excepciones (también previstas constitucionalmente en el art. 128.2 CE: reserva de recursos al sector público); y de que exista una adecuada protección en el ordenamiento jurídico (también en el jurídico-privado) de las posiciones jurídico-patrimoniales.

5. *El derecho a la herencia*

Junto con el derecho a la propiedad privada el art. 33.1 CE reconoce el derecho a la herencia³⁰. La atención que la jurisprudencia constitucional ha prestado a este segundo derecho ha sido insignificante. En las resoluciones constitucionales importantes sobre la propiedad, el derecho a la herencia prácticamente ni se menciona. Esto no es extraño si se tiene en cuenta, por una parte, que el derecho del *de cuius* a decidir sobre el destino de su patrimonio, como derecho de disposición sobre los bienes que lo integran, ya está protegido por el derecho de propiedad³¹; y, por otra, que el derecho a la herencia debe su expresa mención en el art. 33.1 CE exclusivamente a la tradición³² (más que a una idea sistemática propia del ámbito de los derechos fundamentales).

²⁹ Por ejemplo, STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, que cita la STC 37/1987.

³⁰ Sobre esto, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3 (1994), págs. 29 y ss. A juicio de este autor «por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio por causa de muerte» (pág. 29).

³¹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 226.

³² *Ibidem*.

III. ART 33.2 CE: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. *El contenido posible de la función social: limitaciones negativas, obligaciones y cargas positivas*

El art. 33.2 CE encomienda al legislador la tarea de configurar y delimitar el contenido del derecho de propiedad atendiendo a los imperativos de la función social que la propiedad (en concreto, cada tipo de bienes sobre los que recaen las titularidades privadas) está constitucionalmente llamada a cumplir.

«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 comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; y 89/1994, de 17 de abril, FJ 4).

La concreta **articulación jurídico-técnica de la función social** es cuestión, por tanto, entregada al legislador. La función social puede materializarse en simples **limitaciones negativas** del contenido de un derecho, del que se extraen facultades —que, en consecuencia, no se atribuyen al propietario—, como, por ejemplo, la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar [art. 25 de la Ley de Costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 a)], la prohibición para el propietario de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, en especial, FJ 5), o la de destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8).

Pero también puede el legislador, dando un paso más allá, imponer al propietario el cumplimiento de **cargas u obligaciones positivas**, que determinan, por ejemplo, la manera en que debe obtenerse al aprovechamiento agrícola de fincas de esta naturaleza (STC 37/1987, de 26 de marzo), o hacen recaer sobre el propietario de inmuebles urbanos costosísimos deberes de ceder (suelo destinado a dotaciones públicas y suelo con aprovechamiento urbanístico), de realizar la urbanización (o, al menos, costearla) y de incorporarse a un complejo procedimiento en el que se sustancia la equidistribución de las cargas urbanísticas (tradicionalmente: reparcelación o compensación) (sobre esto, por ejemplo, STC 61/1997, de 20 de marzo, FF JJ 7 a 10).

La jurisprudencia constitucional ha puesto un especial empeño en destacar que esas limitaciones, o esas cargas y obligaciones, *también definen* —junto con la utilidad privada de la situación patrimonial correspondiente— el contenido del derecho de propiedad. Tanto empeño que, en mi opinión, alguna vez se ha incurrido en excesos dialécticos, como cuando se ha afirmado que «la fijación del *contenido esencial* de la propiedad privada (...) debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social»; o se habla del «*contenido esencial*, delimitado por la función social» (ambas afirmaciones en la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; y la primera es también citada en la STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 4)³³.

En este punto es necesario un esfuerzo de precisión. *La función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial*. El contenido esencial (art. 53.1 CE) es cabalmente el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social. Y ese «límite de los límites» ya no incluye la función social, sino —como se verá en adelante con más detalle— justamente un resto mínimo de «utilidad meramente individual» que permita que eso que se sigue llamando propiedad siga siendo reconocible como tal³⁴ (así, con precisión, STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, párrafo 5).

2. *Función social e intereses generales con rango constitucional. La propiedad que es soporte de esos intereses generales (o bienes colectivos)*

Tras la lectura de afirmaciones de la jurisprudencia constitucional como las transcritas (función social y utilidad individual definen el contenido de la propiedad) cabe preguntarse si esto siempre es así, si la propiedad sobre cualquier tipo de bienes o cualquier situación subjetiva patrimonial tiene siempre esa doble cara: función social y utilidad individual. ¿Sobre cualquier tipo de bienes o derechos recae una función social? ¿Sobre el mobiliario o los electrodomésticos de una vivienda? ¿Sobre los utensilios de trabajo o de aseo personal?

La respuesta negativa se impone. No sobre cualquier clase de bienes

³³ El mismo exceso —a mi juicio— en BARNES, «El derecho...», pág. 41 (en nota 88): «la función social se incluye *dentro del contenido esencial* del derecho de propiedad» (cursiva mía).

³⁴ BARNES, «El derecho...», pág. 43, se refiere a la «frontera de la rentabilidad del derecho»; PAPIER, H.-J., «Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, pág. 1403, afirma, en este contexto: «una privación completa —o casi completa— de la utilidad privada convierte la propiedad en una carga que debe soportar exclusivamente el propietario para la utilidad de todos (...). Con ello, la posición jurídica del afectado se aproxima a una situación que ya no merece el nombre de propiedad».

o derechos recaen límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social, sino precisamente sobre los **bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, soporte de intereses generales o bienes de la colectividad**, muchos de ellos dotados de rango constitucional. Así, por ejemplo, la función social «debe vincular» la propiedad de inmuebles destinados a uso residencial que son el soporte físico del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y que cumplen con una función, también, fácilmente comprensible, de protección de la familia (art. 39.1 CE) (así, STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 4), la propiedad de fincas agrícolas cuya infrautilización afecta negativamente al progreso social y económico y a la distribución equitativa de la renta personal (art. 40.1 CE), la utilización de fincas que sean soporte de recursos naturales (art. 45 CE) y de muebles o inmuebles con valor histórico, cultural o artístico (art. 46 CE), etc.

Cuanto más claramente unos bienes privados sean soporte de bienes colectivos de ese tipo, más lejos pueden llegar las facultades regulativas del legislador que debe garantizar que esa propiedad sirva a la protección también de los intereses generales³⁵. El Tribunal Constitucional ha destacado, desde esta perspectiva, la especial trascendencia, por ejemplo, de la propiedad inmobiliaria, «lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). Para bienes que carecen de esa dimensión de la utilidad general puede (quizás, debe) prescindirse, por definición, de la vertiente de la función social.

3. *Limitaciones, cargas y obligaciones derivadas de la función social y principio de proporcionalidad*

Para que, en virtud de la vinculación de la propiedad a los bienes colectivos o intereses generales de los que aquélla es soporte, sean constitucionalmente admisibles las limitaciones, cargas u obligaciones impuestas por el legislador no pueden aquéllas «ni suponer la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí (en el art. 33 CE) reconocido, ni, por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan (puede) carecer de fundamento o justificación constitucional» (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5).

Con esta afirmación destacaba la jurisprudencia constitucional los dos límites generales (y comunes para toda la teoría general de los derechos fundamentales) que debe respetar el legislador al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas conforme a las exigencias de su función social: el

³⁵ Así, casi textualmente, PAPIER, «Die Weiterentwicklung...», pág. 1401; HESSE, *Grundzüge...*, pág. 184.

contenido esencial (art. 53.1 CE) y el *principio de proporcionalidad*. A éste se hace una referencia todavía imprecisa, porque sólo después fue recibida en la jurisprudencia constitucional la específica articulación del test de proporcionalidad en tres escalones (idoneidad, necesidad y ponderación —o proporcionalidad en sentido estricto—) elaborada en el Derecho público alemán y recibida, a partir de ahí, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Salvo error por mi parte, la primera vez que el Tribunal Constitucional hizo uso de ese preciso y perfilado examen escalonado de la proporcionalidad fue en la STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5), en un supuesto relativo al derecho de reunión (art. 21 CE).

Tres son los aspectos —que ahora interesan— que suscita la regulación del art. 33 CE como objeto específico de aplicación del principio de proporcionalidad: a) la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad no puede ir más lejos de lo que sea necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social (art. 33.2 CE); b) se ha dicho, también, que este principio rige igualmente para elegir entre una medida situada en el ámbito del art. 33.2 CE y el del art. 33.3 CE: «a la expropiación sólo podrá recurrirse cuando no sea posible alcanzar el objetivo o la finalidad con la misma eficacia a través de la configuración del contenido»³⁶; y c) para elegir entre la expropiación legislativa y la administrativa (dentro ya del art. 33.3 CE): la legislativa es subsidiaria de la administrativa, por la limitación del derecho de defensa que supone para el expropiado³⁷.

Sobre la expropiación legislativa se volverá más adelante. Aquí quiero mencionar las dudas que me suscita la aplicación del principio de proporcionalidad en los términos expuestos en la letra b) anterior. No estoy seguro de que, desde la perspectiva de los intereses económicos del propietario afectado, siempre sea menos limitativa la imposición de cargas derivadas de la función social que la expropiación pura y simple. Una propiedad muy gravada puede ser, en ocasiones, económicamente peor que una propiedad expropiada, si se permite el juego de palabras.

Así, pues, para la defensa de los intereses colectivos afectados por la propiedad el legislador encuentra el límite del principio de proporcionalidad (también denominado, en ocasiones, «**prohibición de exceso**» —*Übermassverbot*—). Pero el Tribunal Constitucional también ha insinuado alguna vez que el legislador está sometido igualmente a una «**prohibición de defecto**» (*Untermassverbot*) en la defensa de los bienes colectivos de los que es soporte la propiedad privada. A veces, en función de la densidad regulativa de los preceptos constitucionales que se refieren a esos bie-

³⁶ BARNES, «El derecho...», pág. 54.

³⁷ BARNES, «El derecho...», pág. 52.

nes de la colectividad, ya no se tratará de que el legislador «pueda» gravar la propiedad para defenderlos, sino de que «deba» hacerlo.

Eso sucedió con la defensa de los bienes del dominio público hidráulico conforme a los principios concretados en el art. 132.1 CE (inalienabilidad, imprescriptibilidad, etc.). La Ley de Aguas de 1985 había reducido el plazo de derechos de aprovechamiento concedidos anteriormente a perpetuidad a un máximo (a partir de la entrada en vigor de la Ley) de setenta y cinco años. El Tribunal dijo al respecto, por lo que ahora nos interesa, que al regular el contenido de esos derechos de carácter patrimonial «el legislador no sólo *puede*, sino que *debe* tener en cuenta las exigencias del interés general»; y que «debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no meramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 CE consagra» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11).

Algo semejante podría plantearse —a mi juicio—, por ejemplo, con respecto a una regulación legislativa de la propiedad urbanística que no previera técnicas de recuperación de plusvalías para la colectividad, pues el mandato del art. 47 CE (segundo párrafo) es tajante (aunque deje al legislador, sin duda, un amplio margen configurador de las técnicas jurídicas concretas): «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

IV. ART. 33.3 CE: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. *La aparente «constitucionalización» del art. 1 LEF de 1954 y, con ello, de buena parte de la LEF. Crítica general*

El art. 33.3 CE regula las garantías constitucionales de la expropiación forzosa, que se imponen, como es evidente, a todos los poderes públicos; en concreto, tanto a la Administración cuando acuerda la expropiación administrativa, que puede ser calificada como la expropiación constitucionalmente ordinaria, como al legislador cuando, en casos excepcionales, acuerda una expropiación legislativa, no excluida por la Constitución (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13; caso *Rumasa 2*).

Sobre el art. 33.3 CE se ha dicho —yo creo que con razón— que «el Tribunal Constitucional ha hecho una notable operación, que es la de constitucionalizar ese concepto abstracto de expropiación (el del art. 1 de la

LEF de 1954), interpretando a su luz la garantía del art. 33.3 CE»³⁸. En efecto, tanto para el concepto de expropiación, como —según se ha dicho más arriba—, muy vinculado a ello, para el mencionado concepto amplio de las situaciones patrimoniales protegidas por el art. 33.1 CE, el Tribunal partió de las ideas que habían ido cobrando cuerpo en nuestro Derecho administrativo desde la década de los 50.

El problema surgió cuando lo que se constitucionalizó ya no fue sólo una idea sobre la expropiación o sobre la propiedad, sino las reglas básicas de todo un procedimiento administrativo expropiatorio regulado legalmente; cuando se procedió literalmente a interpretar las garantías del art. 33.3 CE «conforme a la ley» (la de expropiación forzosa de 1954), en lugar de interpretar la ley «conforme a la Constitución»; y, con ese bagaje hubo que dar respuesta a un polémico supuesto de expropiación legislativa singular, el del grupo Rumasa.

Donde el Tribunal Constitucional no hubiera encontrado especiales problemas si se hubiera limitado a contrastar la ley expropiatoria singular *sólo* con las garantías expropiatorias del art. 33.3 CE, se introdujo, sin embargo, en un laberinto argumentativo —del que la jurisprudencia constitucional todavía no ha salido— por enredarse en el contraste de la medida legislativa expropiatoria con los principios de una «supralegalizada» regulación general de la LEF de 1954.

Con esto se llega a lo que —en mi opinión— constituye el punto más vulnerable de la doctrina constitucional sobre el art. 33 CE. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la expropiación legislativa está marcada por la confusión y la mezcolanza entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad; por la inconsistencia de afirmaciones —para mí— sorprendentes sobre las relaciones entre ley general y ley singular (el contenido de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, sobre la ley general y la ley singular en la Constitución —a mi juicio— merecería por sí solo un comentario aparte; muy crítico, por cierto)³⁹; por el injustificado convencimiento, que se deja ver en las resoluciones sobre esta materia, de que las posibilidades de defensa que tiene el expropiado en el procedimiento general expropiatorio administrativo deben ser canon de constitucionalidad también de la expropiación legislativa (¿por qué?), de forma tal que la compatibilidad entre la expropiación legislativa y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se ha resuelto con afirmaciones que —como se verá— no satisfacen ni siquiera a la jurisprudencia constitucio-

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones...», pág. 135.

³⁹ Sobre la generalidad de la ley como supuesta característica implícita en el concepto constitucional de ley, cuestión muy unida a la conocida distinción alemana entre concepto formal y concepto material de ley, puede verse, crítica y sintéticamente, GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid-Barcelona, 2001, págs. 29 y ss.

nal posterior, que, sin embargo, se siente obligada a seguir sometiéndose a ellas formalmente.

No son pocos los ejemplos que pueden ponerse de esa perturbadora «constitucionalización» del procedimiento general expropiatorio de la LEF: la distinción entre la declaración de utilidad pública o interés social y el acuerdo de necesidad de ocupación, tal y como ésta se realiza en la LEF de 1954 (en sus arts. 9 y ss. y 15 y ss.), no es, en sí, desde luego, una distinción constitucional que se derive del art. 33.3 CE, a pesar de lo cual el Tribunal la ha utilizado para examinar la constitucionalidad de una expropiación legislativa [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15 A]⁴⁰; toda la regulación procedimental de la LEF se utiliza como canon de constitucionalidad, pues se impone a la ley expropiatoria que se limite a «introducir especialidades» procedimentales, pero respetando las «líneas maestras de (dicho) procedimiento general» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15 C)]; yo creo que eso no es una exigencia derivada directamente del art. 33.3 CE, que, evidentemente, no puede hacer una ley anterior (la LEF) inmodificable por una posterior (la ley expropiatoria singular).

Y la confusión sobre este punto llega hasta nuestros días. Hace relativamente poco que ha dicho el Tribunal Constitucional que «las expropiaciones legislativas (...) deben, por último, respetar lo dispuesto en las leyes» (¡la ley debe respetar la ley!); y no pueden «prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las leyes generales de expropiación, al cual deben igualmente someterse» (¡un procedimiento administrativo general —por cierto, preconstitucional— convertido en canon de constitucionalidad!) (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 5).

2. *La frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE: el concepto constitucional de expropiación. El criterio formal de la singularidad (art. 1 LEF 1954) frente al criterio material del contenido esencial (art. 53.1 CE en relación con el art. 33.1 CE)*

Como acaba de decirse, desde las primeras resoluciones constitucionales dictadas sobre el art. 33.3 CE el Tribunal Constitucional hizo uso del

⁴⁰ En este punto la jurisprudencia que yo considero incorrecta fue —para mejor— rectificada por la posterior STC 6/1991, de 15 de marzo (caso: *Rumasa 3*), en la que ya parece que toma el Tribunal distancia de las categorías de la legalidad ordinaria: «ningún obstáculo existe para que el propio legislador, fijando en abstracto los fines que, declarados de utilidad pública e interés social, legitiman la expropiación de bienes y derechos, proceda, a la vez, a la concreción de esa utilidad pública e interés social respecto de uno o más bienes o derechos». «(...) La singularidad de esa declaración directamente adoptada en atención a una concreta y específica situación impide mantener la distinción conceptual entre el nivel abstracto de la declaración de utilidad pública e interés social y el nivel concreto de la proyección de esa declaración a los bienes y derechos que se expropian» (FJ 6).

concepto de expropiación forzosa heredado de la legislación preconstitucional. Así, por ejemplo, la STC 99/1987, de 11 de junio: «el (constituyente) tuvo en cuenta el concepto de expropiación forzosa de la Ley vigente (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954) que lo (...) define como cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos» [FJ 6 b)].

Ese concepto de expropiación se ha calificado como **concepto formal de expropiación**, porque escoge un elemento formal —el del enfrentamiento entre lo singular y lo general— para caracterizar la institución. Muy sintéticamente puede completarse el contexto explicativo de este concepto formal de expropiación si se dice que, en él, lo relevante de la expropiación es que afecta singularmente a un círculo determinado o determinable de afectados, que soportan una privación singular en beneficio del interés general, de forma tal que tienen derecho a exigir de la colectividad una indemnización que les compense por su «sacrificio especial»⁴¹. En último término, la indemnización compensa por una desigualdad en cuanto a la aportación de aquellos individuos al bien colectivo. Esta idea de expropiación es muy adecuada para definir la medida expropiatoria de la Administración en aplicación de la legislación expropiatoria general e, incluso, del legislador que expropia singularmente.

Sin embargo, el criterio formal de la oposición entre lo singular y lo general no sirve para poner límites derivados del art. 33.3 CE al legislador que con carácter general regula el contenido de los derechos patrimoniales. ¿No hay que calificar nunca una regulación restrictiva general de derechos patrimoniales como expropiatoria, porque, al fin y al cabo, la regulación es precisamente general, recae sobre todos los propietarios y, en definitiva, no impone a nadie un sacrificio especial? A esta cuestión respondió por primera vez la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11, que completó el concepto formal (útil para las expropiaciones singulares de la Administración o del legislador) con otro **concepto material de expropiación** (útil frente al legislador que regula derechos patrimoniales con carácter general), del que se dice que es material, justamente, porque atiende a la sustancia de la regulación y, en concreto, pone en conexión la frontera entre el art. 33.2 CE (función social) y el art. 33.3 CE (expropiación)⁴² con la doctrina del contenido esencial (art. 53.1 CE) aplicada al derecho de propiedad (art. 33.1 CE)⁴³. Merece la pena transcribir el párrafo completo,

⁴¹ Esta consagrada expresión para definir la expropiación es utilizada también por la citada STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b).

⁴² El propio Tribunal Constitucional ha reconocido en alguna ocasión que ese límite entre el art. 33.2 CE (la delimitación restrictiva en virtud de la función social) y el art. 33.3 CE (la expropiación, porque dentro de la función social no cabe todo) «no es siempre fácil de determinar» [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b)].

⁴³ La misma idea de los dos conceptos de expropiación, uno formal (singular-general) y

en la versión sintetizada que le dio la posterior STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, *in fine*. La idea constituye un verdadero pilar de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia:

«Debe entenderse por (expropiación forzosa) la privación *singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la *privación singular* característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su *contenido esencial*, pues en tal caso no cabría hablar de una *regulación general* del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente».

Es necesario reconocer el notable esfuerzo de elaboración conceptual del Tribunal Constitucional en párrafos como éste, aunque no puede dejar de llamarse la atención sobre que el intento final de reconducir el concepto de expropiación siempre a la idea del «despojo de situaciones jurídicas individualizadas» tiene —en mi opinión— algo de juego de palabras. Pienso que es más correcto reconocer abiertamente que el art. 33.3 CE opone al poder público dos conceptos distintos y complementarios de expropiación: el de la privación singular (al poder público «Administración» o «legislador que expropia singularmente») y el del contenido esencial (al legislador que regula derechos patrimoniales con alcance general). Por otra parte, deberá aceptarse que la ley que regula derechos patrimoniales con vulneración de su contenido esencial (art. 53.1 CE) no será siempre constitucional si prevé una indemnización. En algún caso, podrá ser inconstitucional sin más.

otro material (contenido esencial), por ejemplo, en BARNES, «El derecho...», pág. 38; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones...», pág. 136; MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8ª ed., Munich, 1992, págs. 622-625.

Debe notarse que forma parte del concepto constitucional de expropiación la circunstancia de que se trate de una **privación imperativa**. El Tribunal Constitucional ha sacado partido alguna vez de este dato para no calificar como expropiación una nueva regulación legal de un aprovechamiento del dominio público hidráulico que permitía al titular elegir entre «congelar» su derecho en los términos en que se venía ejerciendo o someterse a la nueva regulación para utilizar caudales de agua superiores. «En este supuesto, la decisión de incrementar el aprovechamiento (...) corresponde *libremente* al interesado, lo que por sí solo excluye su carácter expropiatorio» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12).

De la definición de expropiación forma parte también, según se ha dicho, que la privación tenga su causa en un motivo de **utilidad pública o interés social**. Esto es importante destacarlo. Que la expropiación tenga lugar en virtud de una causa de utilidad pública (o de interés social) no es sólo una garantía de la expropiación. Es, también, un **elemento de su definición**. Una privación patrimonial que adopta un juez, no por causa de utilidad pública o de interés social, sino como medida de sanción civil (privación de uso del piso a quien infrinja determinadas prohibiciones de la Ley de Propiedad Horizontal) no cae bajo el ámbito de protección del art. 33.3 CE, porque en ese caso los órganos judiciales «no ejercen potestad expropiatoria alguna» (STC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 3; cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Para el análisis por el Tribunal Constitucional del respeto al contenido esencial de los derechos patrimoniales, que —como se ha dicho— constituye la frontera entre la regulación conforme a la función social (art. 33.2 CE) y la expropiación (art. 33.3 CE), la jurisprudencia recurre en muchas ocasiones a la idea de la *recognoscibilidad* del derecho, que apareció en la primera ocasión en que el Tribunal se pronunció —con más o menos acierto, pero, sin duda, en un alarde de valentía en la interpretación constitucional del que no han sido capaces otros Tribunales europeos— sobre el concepto «contenido esencial» de los derechos fundamentales: **recognoscibilidad del tipo en cada momento histórico** (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2). Esto explica que sean tan frecuentes en la jurisprudencia constitucional sobre la propiedad los detallados análisis históricos sobre la evolución de la regulación de derechos de tipo patrimonial⁴⁴.

⁴⁴ Puede verse, por ejemplo, el análisis de la tradición legislativa relativa a las incompatibilidades de los funcionarios en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9; el de la propiedad privada sobre determinadas aguas terrestres y sobre aguas subterráneas en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 6; el de la finalidad tuitiva en la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos en la STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5; y el de la atribución al Estado de la titularidad de (algunos) bienes muebles abandonados en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 6.

3. Expropiación forzosa y principio de proporcionalidad

Al menos dos cuestiones relativas al art. 33.3 CE deben solucionarse aplicando las exigencias del principio de proporcionalidad sobre los términos en que se adopta la medida expropiatoria. En primer lugar, la relativa a **si en lugar de la expropiación puede adoptarse otra medida menos limitativa (como la intervención de empresas, art. 128.2 CE)** que tuviera igual eficacia con respecto al fin público que se trata de proteger⁴⁵. Es posible que la notable evolución que desde los años 80 ha experimentado la jurisprudencia constitucional sobre las exigencias del principio de proporcionalidad permitiera situar en este ámbito precisamente el debate procesal en un supuesto como el del caso Rumasa⁴⁶.

En segundo término, debe resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad la cuestión relativa a **si se adopta la decisión expropiatoria por ley o por resolución administrativa**. Aunque sobre esto se volverá más adelante, puede quedar ya aquí enunciado que la aplicación del principio de proporcionalidad a la tercera de las garantías del art. 33.3 CE (la existencia de un procedimiento en el que, en la medida en que sea compatible en cada caso con los intereses públicos a que sirve la expropiación, pueda articularse la defensa del expropiado) permite hablar de una *relación de subsidiariedad entre la expropiación administrativa y la expropiación legislativa*⁴⁷. Dado que la expropiación legislativa limita con carácter general de forma más intensa las posibilidades de defensa, dicha expropiación sólo está constitucionalmente justificada en circunstancias excepcionales, en las que no pueda atenderse con la misma eficacia

⁴⁵ Sobre esto *vid.* BARNES, «El derecho...», pág. 54.

⁴⁶ No se trataría hoy de contestar a la pregunta de si podía aceptarse «más allá de cualquier duda razonable» —como se dijo entonces en el informe del Banco de España— que existía una crisis en el grupo de empresas y un riesgo para el entero sistema financiero español, sino a la cuestión de si esa situación no hubiera podido ser respondida —al menos— con la misma eficacia (y quizás con menos perjuicios para los intereses económicos del Estado) mediante la decisión de intervenir el grupo empresarial. La cuestión de la proporcionalidad fue expresamente tratada por la STC 6/1991, de 15 de enero (*Rumasa 3*), en especial, FJ 8; pero el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad no centró ahí el objeto del debate: el punto central no debería haber sido si era proporcionada o no la decisión de expropiar *todas* las empresas del grupo (eso cuestionó el órgano judicial *a quo*), sino si se hubiera razonablemente atendido a los riesgos existentes mediante una medida como la intervención de esas empresas. La respuesta que ya antes había dado el Tribunal Constitucional —en síntesis, que él no podía pronunciarse sobre la «legitimidad constitucional de las alternativas consideradas» para responder a la crisis [STC 111/1983, de 2 de diciembre (*Rumasa 1*), FJ 7]— hoy, posiblemente, tendría que ser sustituida por otra que admitiera una *mayor densidad en el control*, para aplicar el segundo escalón (el de la necesidad) del principio de proporcionalidad.

⁴⁷ Ésta es la solución que se da en el Derecho alemán, donde —como ya se ha dicho— está expresamente prevista en la *Grundgesetz* la posibilidad de la expropiación legislativa. *Vid.*, por ejemplo, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 232; y JARASS/PIEROOTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, 1992, pág. 304. *Vid.*, también, BARNES, «El derecho...», pág. 52.

cia a la satisfacción de la *causa expropriandi* (interés público que justifica la expropiación) por los medios ordinarios, menos limitativos, que son los que ofrece la aplicación de las leyes generales que regulan la expropiación administrativa⁴⁸.

4. *La primera garantía del art. 33.3 CE: la causa de utilidad pública o interés social*

El art. 33.3 CE garantiza frente a todos los poderes públicos, en primer término, que la expropiación sólo puede llevarse a cabo por una causa justificada de utilidad pública o interés social, que en el Derecho español se conoce tradicionalmente como *causa expropriandi*. Es el fin público que justifica la medida expropiatoria. En nuestro Derecho **corresponde su identificación al legislador** [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13 A)]; para las expropiación administrativas, porque así los disponen con carácter general (y, por cierto, con muchas excepciones) los arts. 9 y ss. LEF (en relación con la reserva de ley en materia de derechos fundamentales del art. 53.1 CE); y, para las legislativas, por la directa vinculación del legislador al art. 33.3 CE.

El concepto de *causa expropriandi* no coincide siempre con el del **destino de los bienes** o derechos expropiados. En algunas ocasiones, el fin expropiatorio (*causa expropriandi*) «puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos a la consecución del fin». La *causa expropriandi* consistente en defender la estabilidad del sistema financiero que peligra por la crisis de un grupo empresarial, por ejemplo, se justifica de igual manera si los bienes expropiados están destinados a permanecer en la titularidad del Estado o a ser enajenados a terceros, tras el saneamiento económico que sea necesario. En estos supuestos se produce «una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la *causa expropriandi*» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13 A)]. El **derecho de reversión** de los bienes o derechos

⁴⁸ Un ejemplo de una (en mi opinión) incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad sobre esta precisa cuestión se encuentra en la STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 8, aunque considero acertada la decisión adoptada por el fallo. El objeto del «juicio de necesidad» del principio de proporcionalidad no se refiere a la pregunta sobre si eran verdaderamente los tres inmuebles expropiados para la ampliación de la sede de Parlamento canario (y no otros) los más convenientes para alcanzar el fin de la expropiación. Curiosamente, esto es lo que se analiza en el citado fundamento jurídico. El juicio de necesidad se pregunta por la eventual existencia de una medida menos limitativa de derechos (la expropiación administrativa en lugar de la legislativa) para conseguir el mismo objetivo. No se trata de preguntar (y que el Tribunal Constitucional responda) *qué bienes* había que expropiar para ampliar la sede del Parlamento canario, sino *cómo* había que hacerlo.

expropiados no constituye una garantía constitucional derivada de la de la causa de utilidad pública o interés social (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 6); es una institución cuya existencia y regulación queda entregada al legislador.

5. *La segunda garantía del art. 33.3 CE: la indemnización*

«La segunda garantía que establece el art. 33.3 CE es la mediación de la correspondiente indemnización»; el precepto constitucional, sin embargo, **no exige que el pago de la indemnización sea previo** a la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13 B)].

En cuanto al **contenido o nivel de esta garantía expropiatoria** la doctrina de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13 A), está caracterizada por una muy notable imprecisión: primero se exige que la indemnización responda al «valor económico del bien» o a su «valor real» (conceptos que, en sí, dicen poco); después se delimita la cuestión algo más, para afirmar que entre el valor de lo expropiado y la indemnización debe darse un «proporcional equilibrio», un «razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación»; para, seguidamente —haciendo descender el nivel de la garantía a niveles, a mi juicio, inaceptables—, sostener que basta con que la indemnización no esté «desprovista manifiestamente de base razonable», no sea «confiscatoria» o, simplemente, «inexistente». No es, desde luego, un buen ejemplo de precisión en la argumentación constitucional que criterios de enjuiciamiento tan notoriamente distintos (de la exigencia de un *razonable equilibrio* a la admisión como constitucional de una regla que simplemente *no excluya* la indemnización) se incluyan todos juntos en dos breves párrafos de una misma resolución⁴⁹.

Más tarde, el Tribunal hizo uso del criterio del «**proporcional equilibrio**» para aceptar como compatible con la segunda garantía del art. 33.3 CE una expropiación legislativa que incorporaba al Estado la propiedad de los conocidos «enclaves» de propiedad particular en la ribera del mar a cambio, como indemnización, de un derecho de ocupación y aprovecha-

⁴⁹ Es sabido que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite supuestos excepcionales de «*justiprecio cero*»: «*a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances*»; «*a total lack of compensation does not make the taking of the applicants' property eo ipso wrongful*» [SSTEDH (*The Holy Monasteries v. Greece*) de 9 de diciembre, § 71; (*The former King of Greece and others v. Greece*), de 23 de noviembre de 2000, § 90]. Sobre el «justiprecio cero» en la expropiación de Rumasa puede verse, por ejemplo, la STS de 22 de noviembre de 2004 (núm. rec. 395/2000), FdD 6: «no cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica aunque el valor de lo expropiado sea cero o negativo».

miento del dominio público marítimo-terrestre que se otorgaría por concesión por treinta años, prorrogables por otros tantos [disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley de Costas de 1988; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8, B), a)]. Del contenido de esta resolución se deduce también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional **no** considera incluida en la garantía indemnizatoria que el justiprecio se pague en **metálico**.

6. *La tercera garantía del art. 33.3 CE: el derecho (no absoluto) a la defensa procedimental (y procesal) efectiva frente a la expropiación. La compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)*

«La tercera garantía del art. 33.3 CE es la consistente en que la expropiación se realice ‘de conformidad con lo dispuesto por las leyes’, es decir, la llamada **garantía del procedimiento expropiatorio**» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13 C)]. No plantea especiales problemas la aplicación de esta garantía a las expropiaciones administrativas que acuerda la Administración en aplicación de las leyes generales (todavía, LEF de 1954) o sectoriales (expropiaciones urbanísticas, por ejemplo). Pero la garantía carece de perfiles propios definidos en la jurisprudencia constitucional en relación con las expropiaciones legislativas. La confusión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto todavía no ha sido resuelta satisfactoriamente —a mi juicio—, con el resultado de que, por el mismo motivo, tampoco se ha argumentado convincentemente por qué la expropiación legislativa es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁵⁰.

En mi opinión, la clave del problema se encuentra —como ya se ha dicho— en la «constitucionalización» que la STC 166/1986 (*Rumasa 2*) hizo del procedimiento general expropiatorio establecido en la LEF (utilizándolo indirectamente como canon de constitucionalidad) y de las posibilidades de defensa que el expropiado por la Administración tiene en la expropiación administrativa.

Se dijo en la citada STC 166/1986 que «esta garantía se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos a la igualdad y seguridad jurídica, estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, cuya ob-

⁵⁰ Sabido es que, en el ámbito de la doctrina del Derecho administrativo, ha sido, quizás, Ramón PARADA quien más ha destacado la incompatibilidad —a su juicio— existente entre la expropiación legislativa y las exigencias del art. 24.1 CE; puede verse, de ese autor, «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas. (El caso Rumasa)», *RAP*, núms. 100-102 (1983), págs. 1139 y ss.; así como su *Derecho Administrativo I. Parte general*, 16^a ed., Madrid — Barcelona — Buenos Aires, 2007, págs. 515 y ss.

servancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias» (con todo respeto, en esta frase yo descubro varias banalidades y un error: que la ley especial —como exigencia constitucional— deba respetar la ley general); no obstante, se dice, el legislador que expropia singularmente en casos excepcionales puede «introducir en el procedimiento general las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserten como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general» [FJ 13 C)]. Con ello se sitúa al legislador en una extraña situación de vinculación a la legislación general, que se convierte —según creo— injustificadamente en criterio para enjuiciar la constitucionalidad de la ley singular.

Y, en concreto, para salvar la compatibilidad de la expropiación singular con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se ha dicho —hace relativamente poco— que «un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela *materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso*» (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6). Aquí encuentro yo la médula del error: convertir en canon constitucional las oportunidades de defensa que la LEF de 1954 otorga al expropiado por la Administración; dar rango de derecho fundamental a la regulación que la legislación general dispensa (hoy, no en su versión originaria) a la impugnación del denominado «acuerdo de necesidad de ocupación».

A mi juicio, la cuestión del contenido de la tercera garantía del art. 33.3 CE y de la compatibilidad de la expropiación legislativa con el art. 24.1 CE deben resolverse de otra manera. La tercera garantía del art. 33.3 CE no contiene el derecho constitucional a que la expropiación se someta a las leyes generales del procedimiento expropiatorio. Esa garantía contiene un **derecho material a discutir o cuestionar** la medida expropiatoria (en sus diversos aspectos) a través del procedimiento (el general o el singular) que prevea el legislador⁵¹. Naturalmente, este derecho no es absoluto y no necesariamente tiene siempre el mismo alcance. Es un derecho que se impone al legislador, sin duda, pero que puede ser ponderado y restringido en atención a las mismas circunstancias excepcionales que constituyen el presupuesto que justifica el recurso a la expropiación legislativa. Es un derecho material que obliga al legislador a otorgar oportunidades de defensa

⁵¹ El Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a este derecho como «posibilidad de discutir en Derecho el contenido de la decisión» expropiatoria (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6).

efectiva (en un procedimiento administrativo y en un proceso judicial) «en la medida de lo posible»⁵².

A veces, la excepcionalidad de las circunstancias no permitirá cuestionar el aspecto relativo a **la misma elección de los bienes** que se expropián. Ello no fue posible, entre los casos de la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en el caso Rumasa, ni en el supuesto de la expropiación legislativa de los enclaves de propiedad privada en la ribera del mar (expropiados y convertidos en concesiones) por la disposición transitoria primera de la Ley de Costas de 1988.

Las mismas circunstancias excepcionales que justifican la expropiación legislativa son las que justifican la limitación de los derechos de defensa. No es necesario forzar las cosas y decir que en esos casos la posibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad satisface el derecho a la defensa del expropiado, pretendiendo «subjektivizar» ese proceso constitucional y equipararlo injustificadamente a un remedio del que dispusiera el expropiado, «más o menos equivalente a un recurso contencioso-administrativo»⁵³.

Lo normal será, sin embargo, que las posibilidades de defensa con respecto a **la fijación del justiprecio** siempre permitan un control pleno.

En definitiva, pienso que debe insistirse en que el canon de constitucionalidad no es siempre el de las oportunidades de defensa que tiene el expropiado por la Administración en aplicación de la LEF. La propia ley singular expropiatoria puede fijar un nivel de protección distinto del derecho a debatir o cuestionar la expropiación tras una adecuada ponderación de los intereses en juego. Sobra decir que esa ponderación entre los intereses generales que justifican la expropiación legislativa y el derecho a

⁵² Ésta es —como se sabe— la expresión que se utiliza en la teoría general de los derechos fundamentales de ALEXY, para referirse a la posibilidad de ponderar derechos fundamentales reconocidos en una norma constitucional con el carácter de principio; *vid.* Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt a. M., 1996, págs. 75 y ss.

⁵³ Eso fue lo que hizo el Tribunal Constitucional en la STC 166/1986, FJ 15: «los expropiados que consideren que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable o es desproporcionada podrán, ante la ocupación material de los mismos, alegar ante los jueces y tribunales la vulneración de su derecho de igualdad, y en el procedimiento correspondiente solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de dicho derecho fundamental, lo cual dará lugar o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al derecho a la tutela judicial frente a la ley cuestionada; asimismo podrán interponer el correspondiente recurso de amparo a través del cual este Tribunal tendrá ocasión de enjuiciar la inconstitucionalidad de la expropiación, si a ello hubiere lugar». Para mi —como ya he dicho— este párrafo es un buen ejemplo de que *hard cases make bad law*. Constituye una verdadera ironía que dos años más tarde, en el mismo caso Rumasa, en recurso de amparo, el Tribunal destacara la doctrina —que es la correcta, en mi opinión— relativa a que «suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevocable del órgano judicial, el cual, por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste» (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4).

la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) está sometida, en último término, al control por el Tribunal Constitucional. Pero también debería sobrar la afirmación de que el art. 24.1 CE carece de un contenido «prelegal» que impida al legislador su ponderación con otros bienes o intereses generales. Los órganos judiciales otorgan su tutela efectiva en la medida en que la ley (la general o la singular) regule esa tutela en una adecuada ponderación de los bienes o intereses constitucionales en juego.

7. *La exigencia constitucional de que la ley expropiatoria prevea ella misma la indemnización (Junktin-Klausel) y la prohibición a los órganos administrativos y judiciales de conceder indemnizaciones no previstas legalmente*

Una última cuestión relativa a la expropiación legislativa, sobre la que todavía no se ha pronunciado *explícitamente* la jurisprudencia constitucional, debe ser aquí objeto de consideración: la de la (eventual) exigencia constitucional de que la ley expropiatoria (que lleve a cabo una expropiación singular o que contenga una regulación general de derechos que, en el algún caso, pudiera suponer una expropiación) prevea ella misma expresamente la indemnización, bajo sanción —en caso contrario— de inconstitucionalidad de la ley.

En el Derecho alemán se conoce esta exigencia con la gráfica expresión de *Junktin-Klausel* (del latín *iunctum*: junto, unido). Una ley (singular o no) que lleve a cabo una expropiación sólo es constitucional si ella misma regula el tipo y la medida de la indemnización (art. 14.3 GG). Se dice allí que la *Junktin-Klausel* constitucional cumple una función triple: es una *garantía del ciudadano*, puesto que hace de la regulación de la indemnización un presupuesto de la constitucionalidad de la ley expropiatoria; cumple una función al servicio de la *seguridad jurídica*, en la medida en que obliga al legislador a calificar expresamente como expropiatoria la ley que se dicte con ese carácter material; y desempeña también un importante papel en defensa de la *separación de poderes*, puesto que impide a órganos judiciales y administrativos fijar indemnizaciones no previstas por la ley, salvaguardando de esa forma la competencia presupuestaria del Parlamento⁵⁴.

Como acaba de adelantarse, en nuestra jurisprudencia constitucional la cuestión todavía no se ha resuelto de forma rotunda. Para un supuesto en que se regulaba la función social de bienes con valores medioambien-

⁵⁴ Puede verse sintéticamente sobre esto, por ejemplo, PAPIER, «Die Weiterentwicklung...», págs. 1399 y 1405; HESSE, *Grundzüge...*, pág. 185; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte...*, pág. 232.

tales (Ley madrileña de la Cuenca alta del Manzanares) constriñendo el contenido de la utilidad privada de esos bienes, ante la eventualidad de que, en algunos casos, la limitación llegara a ser expropiatoria, el legislador previó una indemnización. El Tribunal Constitucional se refirió muy expresivamente a este supuesto, impugnado por supuesta vulneración del art. 33.3 CE: «los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que sí existe privación de derechos. En efecto, se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan ‘no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios’. Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidada» [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b)]. A continuación dice la resolución citada que el mismo criterio puede encontrarse en la legislación urbanística y en la de aguas. El caso es que el propio legislador, para los supuestos en que la ley tiene eficacia expropiatoria, prevé la correspondiente indemnización, conforme a las exigencias de la *Junktin-Klausel*.

El contrapunto a este caso es el de la STC 28/1997, de 13 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad en relación con una ley que declaraba unos terrenos como «área natural de especial interés»). El planteamiento del problema es correcto: debe dilucidar el Tribunal si la ley «al no contener expresamente previsiones sobre los modos de compensación de las limitaciones que para el derecho de propiedad se derivan de la declaración de *Es Trenc-Salobrar de Campos* como Área Natural de Especial Interés, vulnera las garantías constitucionales del derecho de propiedad y, en particular, el art. 33.3 CE» (FJ 1).

La respuesta de la resolución constitucional, sin embargo, en mi opinión defrauda: «el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos» (STC 28/1997, FJ 7). ¿Estamos hablando de expropiación forzosa o de responsabilidad del legislador? ¿Esa «normativa general» es la de la «responsabilidad de la Administración» (art. 106.2 CE y arts. 139 y ss. LRJPAC) o —¿por qué no?—, más en concreto, la de los supuestos indemnizatorios derivados de alteraciones del planeamiento regulados en la legislación estatal sobre régimen del suelo? Sea cual sea la respuesta a estas preguntas y a otras, parece que aquí el Tribunal Constitucional rechaza la *Junktin-Klausel* como exigencia del ordenamiento constitucional español. Lo que, en mi opinión, es criticable. Creo que hay bastantes argumentos

para sostener que la *Junktim-Klausel* es también un imperativo del Derecho constitucional español⁵⁵. En primer término, la interpretación literal del art. 33.3 CE: que nadie pueda ser privado de sus bienes o derechos sino es «mediante la correspondiente indemnización» puede entenderse muy fácilmente como una exigencia de que la misma ley que expropia deba prever la indemnización (lo que, por supuesto, no significa que la indemnización deba pagarse antes de la ocupación).

Por otra parte, el monopolio del Tribunal Constitucional para expulsar del ordenamiento las leyes inconstitucionales casa mal con la posibilidad de que los órganos administrativos y judiciales *convaliden* una ley expropiatoria que no prevé la indemnización mediante el reconocimiento *a posteriori* de una compensación no regulada legalmente, que salvaría la constitucionalidad de la ley.

En la misma dirección se mueven, además, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la reserva de ley en materia de propiedad (art. 53.1 CE), que se oponen a que los órganos de aplicación del Derecho actúen independientemente, conforme a su propio criterio, reconociendo indemnizaciones no previstas legalmente; así como el principio de legalidad presupuestaria (art. 134.2 CE) y la competencia presupuestaria del Parlamento (art. 66.2 CE), que tampoco se hacen fácilmente compatibles con el reconocimiento por Administración y Tribunales de derechos económicos que pudo haber previsto (sin hacerlo) el legislador.

La *Junktim-Klausel* situaría fuera de la Constitución el concepto de ley *materialmente* expropiatoria⁵⁶. Pesa sobre el legislador la obligación constitucional de hacer un juicio expreso sobre el carácter expropiatorio de la ley, para incluir la indemnización en el caso de repuesta positiva a la cuestión. Con esto la ley ya se reconoce como *formalmente* expropiatoria. La *Junktim-Klausel*, por último, implicaría que el art. 33.3 CE no es título directamente invocable para pedir una indemnización de la Administración o de los órganos judiciales: en materia de expropiación no hay indemnización sin ley⁵⁷; y la ley expropiatoria que no prevé la indemnización es inconstitucional.

⁵⁵ Ésta es también la opinión de BARNES, «El derecho...», pág. 43.

⁵⁶ *Vid.* este concepto, por ejemplo, en BARNES, «El derecho...», pág. 52.

⁵⁷ Ésta es una de las conclusiones centrales de la tesis doctoral (de próxima publicación) de Ana de MARCOS FERNÁNDEZ, *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004. También es, aunque en materia de responsabilidad del legislador, una de las tesis centrales de la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid, 2005. En concreto, por lo que se refiere a las expropiaciones legislativas, en uno de los trabajos publicados en esa obra (y antes en la RAP), afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones...», pág. 149: «las leyes de naturaleza expropiatoria (...) serían inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización; cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una ley de ese carácter sin tal previsión indemnizatoria tendrá obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad».