

Fernando Rey Martínez

La propiedad privada en la Constitución española

Prólogo de Manuel Aragón

Coedición con el B.O.E.

[Colección: Estudios Constitucionales, 1994, 462 págs.]

HACE ya bastantes años, Michele Giorgianni, en un breve ensayo que ha devenido clásico sobre los confines contemporáneos del Derecho Privado, auspiciaba la colaboración entre iuspublicistas y iusprivatistas a los fines de una más adecuada comprensión de las instituciones de aquél. La admonición, en aquel tiempo novedosa, y desde luego seguida y practicada en Italia, no ha tenido eco relevante en nuestro país, sobre todo entre los cultivadores del Derecho Privado, que viven, en su mayoría, en la convicción de la indiferencia básica del esquema jurídico público para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre particulares. Sólo de un corto tiempo a esta parte parece abrirse entre los iusprivatistas una forma distinta de contemplar las cosas, y es debida no tanto a una reconsideración metodológica como a la densidad de la Constitución como fenómeno normativo, y a su aplicación directa en campos que comprometen el viejo *ius privatorum*. Dicho ésto, se debería añadir inmediatamente que el va-

cío rara vez se ha intentado cubrir por los cultivadores del Derecho Público. Se tiene la sensación de que las tradiciones particulares académicas jugaran como un límite a la tarea del especialista, lo que puede servir tanto de justificación prudente, como de coartada cómoda. Tanto abusamos (no se sabe, por lo dicho, con qué grado de sinceridad) de aquello del zapatero a tus zapatos, que unos por otros, la casa sin barrer, dicho sea con la expresividad del refranero.

De todo esto parece que, a pesar de todo, debería estar exento el derecho de propiedad, por su prieta significación constitucional, reflejo o premisa, según se quiera, de su papel como *caput et fundamentum iuris civilis*. Y algo se ha librado, pero no en la medida deseable, a mi juicio. Por ello, se ha de saludar como un hecho relevante en sí mismo la aparición de este libro, por ser la primera monografía exenta sobre la disciplina constitucional del derecho de propiedad escrita por un cultivador del Derecho Constitucional, lo cual, sea

dicho familiarmente, libera al que escribe esta nota crítica de una parte de la soledad en que se encontraba, bien que sea cierto que la utilización sistemática de su obra, por supuesto sin citarla, como es costumbre acreditada en estos pagos, suponía un cierto consuelo. Relevante en sí misma la monografía, por el mero hecho de existir, es relevante también por la información y por el método de trabajo, salvo alguna objeción de la que espero dar cuenta. Obra valiosa, pues, sin más apelativos.

* * *

Perspectiva distinta se ha de asumir a la hora de valorar las tesis mantenidas por el autor. Como se verá a continuación, en este dominio, se hace muy difícil, en mi opinión, aceptar la validez, muchas veces presentada por Rey Martínez de forma incondicionada, de algunas de ellas. Expongo mi disenso siguiendo, en lo posible, el orden del discurso del propio libro.

En primer lugar, demasiado ambiciosa la presentación de la historia significativa de la propiedad privada, fatalmente queda condenada al esquematismo. Aun aceptando la dicotomía concepción liberal individualista - concepción socializante en las ideologías de la propiedad privada, los matices de las mismas parecen ser algo más complejos de lo que se pretende en la exposición; ciertamente no me refiero, cuando digo esto, a una insuficiencia cuantitativa, por faltar en la exposición un elenco completo de teorías, lo que sería imposible e inútil. Lo que se echa

en falta es lo que resulta, a mi juicio, más interesante: la valoración cualitativa de las poliédricas relaciones entre ambas concepciones, y en qué medida son realmente antagónicas, si se prescinde de sus formulaciones más radicales. Un ejemplo de adónde puede conducir la adopción de divisiones simplificadas en exceso es adjudicar a la concepción liberal individualista el valor materialmente constitucional del Código Civil, y a la socializante o colectivizante su decadencia en beneficio de las leyes especiales. Conclusión no compatible en los generales términos que expone Rey Martínez. Ni el fenómeno de las leyes es esencialmente socializante o colectivizante (¿de verdad se pueden calificar así, sin matices, a las leyes de arrendamientos urbanos y las relativas a las propiedades especiales, por poner algún ejemplo?), ni el paradigma de la propiedad codificada, por muy desprovisto que esté de sustancia normativa, carece de valor para la hermenéutica de la Constitución del Estado social y democrático (¿de verdad se puede prescindir de todo el pensamiento jurídico estructurado alrededor del art. 348 del Código Civil y de su ancestro —relativo— 544 del *Code Napoléon*, para indagar cual sea el contenido esencial del derecho de propiedad?).

En segundo lugar, la cuestión de la cláusula de accesibilidad dominical, supuestamente contenida en la Constitución. El tema es importante, y me gustaría detenerme en él, habida cuenta de que es uno de los lugares donde el que escribe esta nota es llamado en causa por el autor (en mi opinión, debería

haberlo hecho en otros lugares también, señaladamente en el Capítulo VI de su libro, y debo reprochárselo —desde luego cordialmente— por imperativo de sinceridad), y llamado en causa críticamente. De entrada, debo decir que Rey Martínez intenta apartarse de lo que podríamos llamar la lectura más conservadora de la cláusula de accesibilidad, que sería precisamente aquella que vería en la propiedad una garantía de la libertad; es más, el derecho de propiedad tendría una dimensión prestacional que le convertiría en una pieza esencial del derecho a la participación en la vida económica o en un mecanismo de la famosa “procura existencial”. Se trataría, en suma, de la proyección normativa sobre el derecho de propiedad privada de postulados del Estado social, constitucionalmente acunados (arts. 1.1 y 9.2 CE de 1978). La tesis de Rey Martínez (por expresa adopción del autor, la de Barnés) me sigue pareciendo sustancialmente inexacta, porque parte de un preconceito sobre la propiedad privada, y aboca a una lectura necesariamente única de normas constitucionales que también pueden ser leídas *legítimamente* de otra manera, con lo que no se privaría al legislador de posibilidades, o dicho de otra forma, no se le impondrán instrumentos sin un efectivo e inequívoco respaldo constitucional. El preconceito que se adopta es que el derecho de propiedad es un instrumento de la participación en la vida económica: el que no es propietario no participa. Cuando se afirma esto, de modo más o menos directo, no se repara en la

contradicción de que, probablemente, no puede haber un argumento más pegado que ese a la realidad que el Estado social intenta superar; era bien verdadero en épocas en que el derecho marcaba nítidamente la posición social, el *status* político, y el dominio económico: las épocas del liberalismo, versión revolucionaria o versión conservadora. Y precisamente por ello, nada más incierto en la actual realidad económica, en la que propiedad y control de la riqueza se bifurcan cada vez más, puesto que el poder económico radical en el dominio de la empresa, que apenas necesita de los títulos dominicales clásicos para realizarse a sí mismo. Esta conclusión es, hoy día, algo firmemente establecido, no por la doctrina, que, como es lógico, aquí lo único que puede hacer es levantar acta, sino por la propia realidad que ya hace casi sesenta años describieron Berle y Means al analizar el fenómeno del gobierno de las grandes *corporations*, protagonistas hegemónicas, y tendencialmente exclusivas de la vida económica, en las que el poder efectivo pertenece a los *managers* y no a los dueños del capital social. En pocas palabras, favorecer el acceso a la propiedad no significa *in genere* garantizar el acceso a la participación económica efectiva. Tan es así que, dicho sea de paso y sin entrar en otras honduras, el argumento del art. 129.2 CE, que Rey Martínez enuncia como texto contra mi posición, lo que está intentando promover es una posición de poder en la empresa en manos de los trabajadores: los medios de producción no son tales si no tienen a esta superpuesta, aunque sea mínimamente.

Con una cierta mezcla de la idea de la propiedad como derecho de participación en la vida económica, sin cuya accesibilidad no quedaría éste garantizado, se insiste en la dimensión de aquella como derecho a la procura existencial. Estoy en desacuerdo: en el catálogo que hace el propio autor de las normas constitucionales que indican fines de la *Dasseinsvorsorge* (lo que, obviamente, no discuto), no hay ni uno sólo que se tenga que cumplir intermediando necesariamente el acceso a la propiedad. De otra manera dicho, la cláusula de accesibilidad de la propiedad es sólo un instrumento alternativo a otros para la consecución de aquellos fines, y la realización de la igualdad que predica el art. 9.2 de la Constitución.

Por lo demás, y aunque no es un argumento jurídico, me gustaría poner de manifiesto que el grito “todos propietarios” es el que encabeza los movimientos privatizadores de las empresas públicas, que tendrán la racionalidad que tengan, pero nunca el de la efectiva participación en la vida económica, por más que en la propaganda se nos quiera conquistar diciendo que si adquirimos un modesto paquete de Telefónica, hemos entrado en el negocio de las comunicaciones; la pregunta al final se impone: ¿será un sujeto al que haya que promover a la igualdad económica efectiva el que acabe siendo dueño del “paquete de control”? Y, porque no se diga que razonamos exclusivamente con la propiedad que sustenta la actividad mercantil, ¿no ha sido una señalada causa de fracaso de las reformas agrarias mo-

dernas, insertadas dentro de un sistema de mercado, el que el único instrumento de las mismas fuera la asignación de un lote de tierras, en propiedad, o título jurídico similar, que no ha evitado el infortunio económico de los asentados, con la consecuencia del abandono de las tierras, y su posterior concentración, en muchos casos, en otras manos?

En suma, nada parece justificar la *necesidad* de la cláusula de accesibilidad de la propiedad para cumplir los fines del Estado social, salvo que por propiedad se entienda todo derecho patrimonial o no, de naturaleza prestacional, y que asegure un mínimo, y a ser posible igualitario, ámbito de radicación material a los ciudadanos. Y algún rastro hay de esta manera vaga y genérica de concebir a la propiedad, que a mi juicio nada tiene que ver con el sentido histórico de las cláusulas de la “constitución económica”, y entre ellas el art. 33 de la Constitución de 1978, en los adalides de la cláusula de accesibilidad.

La perspectiva anterior puede venir justificada en la idea, también sostenida por el autor del carácter fundamental del derecho de propiedad. Es sabido que éste históricamente ha sido con los derechos de libertad, el más fundamental de los derechos; y también es sabido que el momento del constitucionalismo del Estado social no es el más proclive a una valoración de tal calibre de la propiedad. Y sin embargo, cabezas claras, como la de Rey Martínez, se obstinan (incluso contra los dichos del Tribunal Constitucional, aunque no insistiré en este argumento, que podría parecer demasiado forense) en sustentar tal carác-

ter de fundamental. Es curiosa la fascinación que provoca la propiedad, hasta el extremo de que por defender y considerarla comprendida dentro de la superprotección constitucional, se incluye dentro de los derechos de contenido económico promocional propios de las Constituciones del Estado social, adjudicando tal operatividad promocional a la función social. Ahora bien, los que así razonan, lo hacen con olvido o sin valoración de la trayectoria histórica del concepto que tomó cuerpo doctrinal en la elaboración de Duguit, por cierto que inmediatamente rechazada en su núcleo original, la negación del derecho subjetivo. Y es que la función social ha tenido un valor esencialmente de límite, para evitar, digámoslo así, los desmanes de la propiedad, pero dejando intangible la utilidad individual. Y cuando, la función social ha comportado cargas de actividad (verbigracia, el deber de edificar o cultivar), ha perseguido con ellas objetivos urbanísticos o productivistas, que sólo de manera indirecta contribuyen a beneficiar a los más menesterosos. Me temo que en estos dominios, una cierta mística de los derechos fundamentales, "versión Estado social", priva de la auténtica perspectiva para políticas realmente redistributivas de los bienes. Un programa político que dijera "a la igualdad económica por la función social de la propiedad", me parecería, en el mejor de los casos, haíto ingenuo. Además, se olvida siempre, cuando se habla de función social de la propiedad, que nada, o muy poco se ha adelantado en relación con ellos, cuando salimos de la

propiedad inmueble, no por cierto la más importante hoy. Los instrumentos jurídicos del capital financiero y empresarial, ¿a qué función social están sometidos?

Es en este marco donde hay que negar, *velis nolis*, el carácter fundamental del derecho de propiedad, por encima de querellas genéricas sobre qué sean los derechos fundamentales.

* * *

Termino esta fatiga, que empieza a resultarme penosa. Penosa, porque de nuevo me hace poner en pie demasadas perplejidades, por otra parte viejas, que la más reciente (y brillante, como es el caso de Rey Martínez) doctrina creo no afronta. Penosa, porque temo haber cumplido, una vez más, con un análisis escéptico, y un punto amargo. Escepticismo y amargura que pueden dar la apariencia de crítica algo ácida, en contra de la (por otra parte, hipócrita) cultura del bienestar académico que se ha impuesto, que fomenta no expresar nunca el disentimiento en términos claros. Empero, otra idea tengo del respeto al trabajo ajeno, que excluye la indiferencia, e incluye la expresa discrepancia, ambas como manifestación del aprecio profundo, como me inspira la obra de Rey Martínez, libro destinado en nuestra literatura jurídica a ser de ineludible consulta para aquellos que se interesen por el "terrible y quizás no necesario" derecho.

Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ

