

El Derecho de Propiedad Privada en el Derecho Europeo

Fernando Rey Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

I. INTRODUCCION.

La existencia de un derecho fundamental de propiedad privada en ese "espacio de libertad" al que denominamos Europa es comúnmente aceptada. A pesar de ello, su reconocimiento en los textos internacionales relativos a derechos y libertades suscritos por España es, salvo en el Primer Protocolo Adicional del Convenio de Roma, muy genérico. Así, el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que "Toda persona, individual o colectivamente, tiene un derecho a la propiedad. Nadie puede ser arbitrariamente privado de su propiedad". Esta fórmula explicita una declaración enfática de la propiedad como un derecho humano, pero padece de ambigüedad, pues, a excepción de la concreta prohibición de confiscar, la referencia a la legítima titularidad común de la propiedad concilia la visión liberal tradicional de la propiedad con los enfoques colectivistas; no se hace alusión alguna al ámbito y límites de la intervención estatal sobre la propiedad; la zona de penumbra del concepto "privación arbitraria" es anchísima, sin que, admitiendo por principio la privación lícita de la propiedad, se contemplen las garantías expropiatorias fundamentales, etc.

Los Pactos Internacionales de Naciones Unidas (Nueva York, 1.966) sobre Derechos civiles y políticos y sobre Derechos económicos, sociales y culturales, omiten significativamente

cualquier referencia al derecho de propiedad privada. Idéntico silencio se repite en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), de 4 de noviembre de 1.950, celebrado en el seno del Consejo de Europa. Como demuestran los trabajos preparatorios de la CEDH, la inclusión del derecho al respeto de los bienes en el cuerpo europeo de derechos sufrió diversos problemas; el más importante se refería a las divergencias interpretativas sobre la institución misma, pero también la posibilidad de reconocer un derecho a indemnizar al propietario en caso de privación de su dominio suscitó acaloradas polémicas¹.

Debido a estas dificultades, el derecho se reconoció no en la CEDH, sino en el art. 1 del Protocolo Adicional, número 1 (en adelante, PA), de 20 de marzo de 1.952. Y aún así, se consagró pudorosamente bajo el título "derecho al respeto de los bienes" y no de modo explícito como derecho de propiedad².

El art. 1 del PA³ dispone que:

"Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados

de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

El Protocolo Adicional ha sido ratificado por el Estado español el 2 de noviembre de 1.990 (B.O.E. de 12 de enero de 1.991), pero, precisamente, con la reserva de aplicación del artículo primero: “España, a tenor del artículo 64 de la CEDH, descando evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del art. 1 del PA, formula reserva a la luz del artículo 33 de la Constitución española”. Como intentaré demostrar a continuación, el art. 1 PA no presenta ningún elemento contradictorio con la regulación constitucional española del contenido y límites del derecho de propiedad, por lo que el carácter crítico e injustificado de la expresión contenida en la reserva “cualquier incertidumbre” (a la que no se añade, por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, en materias tan críticas para el Estado de Derecho como son la de los derechos fundamentales y su protección por los órganos internacionales competentes, ningún tipo de motivación y mucho menos de fundamentación de su lógica interna) se convierte lisa y llanamente en injustificable⁴.

Pero es que, además, la reserva de aplicación del art. 1 PA no elimina toda la eficacia que puede alcanzar en nuestro ordenamiento. En efecto, la relevancia para el Derecho español del CEDH y sus Protocolos es cuádruple:

- (1) Forma parte del derecho interno español en virtud del art. 96 CE y, por tanto, “es norma invocable ante los Tribunales y las autoridades españolas como inmediatamente aplicable”, gozando, además, de inmunidad “frente a las leyes ordinarias, respecto de las cuales prevalecerá normalmente”⁵.
- (2) Tiene un valor interpretativo directo de todos los derechos fundamentales, según se desprende del art. 10.2 CE⁶.
- (3) En su combinación con otros preceptos del CEDH, posibilita la aplicación, en beneficio de toda persona física o jurídica, nacional o extranjera pero justiciable en sede española, de todo el sistema de protección de las libertades y derechos que la CEDH ha previsto. De ahí que pueda afirmarse, con CAPPELLETTI que “esta forma de justicia consti-

tucional supranacional (en que consiste la posibilidad para el individuo de presentar recursos ante la CoEDH)⁸ “está llamada a afirmarse como instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos de Europa”.

- (4) Por último, al constituir la CEDH y sus Protocolos, según doctrina constante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, un criterio para reconstruir los principios generales del Derecho comunitario en materia de derechos fundamentales, entra por esta vía indirecta en nuestro ordenamiento con la fuerza propia de las decisiones del Tribunal de Luxemburgo; y aún más, según el art. E.2 del Tratado de la Unión Europea, “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”. Lo cual viene a significar que el CEDH y sus Protocolos es un estándar mínimo de protección operante en todos los Estados de la Unión.

Pues bien, la reserva estatal de aplicación del art. 1 PA elimina los tres primeros efectos del Convenio de Roma en nuestro ordenamiento⁹, pero no suprime el último, es decir, su eficacia como norma integrante del Derecho Comunitario originario. Por ello es muy relevante el análisis de la interpretación que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, CoEDH) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) han venido efectuando del derecho de propiedad reconocido en el art. 1 PA.

II LA INTERPRETACION DEL ART. 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL Y DE LA COMISION EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS.

En la actualidad la jurisprudencia del TEDH está suficientemente desarrollada como para rendir cuenta del significado del art. 1 PA¹⁰.

Dos Sentencias del TEDH han sentado las bases de la Jurisprudencia sobre el art. 1 PA:

- a) La S. MARCKX, de 13 de junio de 1.979¹¹, ha identificado el objeto del precepto: “al

reconocer a cualquiera el respeto de sus bienes, el art. 1 garantiza en substancia el derecho de propiedad". Ya la CoEDH había avanzado en la Decisión BUICK v. Bélgica, de 20 de diciembre de 1.960, que el art. 1 PA "se dirige esencialmente contra la confiscación arbitraria de la propiedad".

Por otra parte, la S. MARCKX priva de eventuales efectos a la diferencia de terminología entre las versiones francesa e inglesa del art. 1 PA: "possessions"/"bien" y "propriété"; "use of property"/"usage des biens". Hay que tener en cuenta que para cierto sector doctrinal (encabezado por el Juez Sir GERALD FITZMAURICE en su opinión disidente a la S. MARCKX), la equivalencia entre "possessions" y "biens" es únicamente aparente, pero no real.

b) La S. SPORRONG y LÖNNROTH, de 23 de septiembre de 1.982¹², determina un estándar de interpretación del art. 1 PA. El TEDH identifica en él tres normas de protección:

- 1) Con carácter general, enuncia el principio de respeto de la propiedad.
- 2) Admite la privación de propiedad sometida a ciertas condiciones.
- 3) Reconoce a los Estados el poder de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general.

Antes de entrar a analizar con cierto detalle la interpretación jurisprudencial del art. 1 PA, conviene advertir que también otros artículos de la CEDH se refieren a la propiedad:

- el art. 6.1 prevé el derecho a un tribunal en caso de demanda relativa a un derecho de carácter civil (como es el caso de la propiedad privada);
- el art. 8 garantiza el derecho al respeto del domicilio ligado a la protección de la vida privada (noción inmaterial); pero podría igualmente ligarse al art. 1 PA entendiendo el domicilio como un bien (noción material). Este aspecto ha sido subrayado en el Asunto GILLOW (de 24 de noviembre de 1.986);
- el art. 14, en combinación con el art. 1 PA, prohíbe toda discriminación arbitraria o no razonable.

Distinguiremos los siguientes elementos de análisis en relación al art. 1 PA: (A) Definición de la propiedad; (B) La víctima de un atentado contra la propiedad; (C) Los diferentes atentados contra

la propiedad; (D) El control de los atentados; (E) Los modos de reparación de los atentados.

(A) DEFINICION DE LA PROPIEDAD.

Hay que considerar aquí dos aspectos: 1) bienes protegidos y 2) atributos de la propiedad.

A.1) Bienes protegidos.

La Jurisprudencia del TEDH ha tendido a definir el término "bienes" en el sentido amplio característico del derecho internacional (que los identifica con todo derecho adquirido). Pero en cierta medida, la jurisprudencia de la CoEDH es más amplia, pues ha entendido como bienes:

- a) Los muebles, inmuebles y derechos reales. En la Decisión de 8 de febrero de 1.978, WIGGINS v. Reino Unido, el Gobierno pretendía que sólo fuera reconocido como "bien" la propiedad mobiliaria, lo que fue rechazado por la CoEDH. En la Decisión S. v. Reino Unido, de 13 de diciembre de 1.984, la CoEDH ha estimado como bien el derecho sobre un inmueble definido por el beneficio de una servidumbre y la percepción de una renta anual. También ha reconocido como bienes derechos reales de origen exclusivamente contractual.
- b) Los derechos personales, tanto los derivados de una relación entre dos o más personas privadas (como un derecho de crédito o los derechos resultantes de la propiedad de acciones), como los que se deducen de una relación de derecho público. Por ejemplo, el derecho a la pensión: en la Decisión X v. Holanda, de 20 de julio de 1.971, la CoEDH estima que un derecho a la Seguridad Social no está contenido en la CEDH, pero observa que "el pago de contribuciones obligatorias a una caja de pensión puede crear, en ciertas circunstancias, un derecho de propiedad sobre una partida de estos fondos, y este derecho puede ser afectado por la manera en que los fondos son repartidos". El derecho de propiedad, para la CoEDH, resulta del sistema de Seguridad Social en presencia. En el asunto MÜLLER v. Austria (de 16 de diciembre de 1.974), la CoEDH ha precisado su jurisprudencia: el demandante había cotizado en Austria, donde trabajaba, hasta 1.963 a título de cotizaciones

obligatorias. Después de 1.963 se contrató en Liechtenstein, donde pagó las cotizaciones de la Seguridad Social; paralelamente, pagaba en Austria las cotizaciones voluntarias. Sin embargo, tras su jubilación, no percibía la totalidad de ambas sumas, lo que provocó su denuncia de violación de sus derechos adquiridos. La CoEDH sostuvo: que la garantía del derecho a la pensión no da derecho a un montante determinado, salvo reducción sustancial, y que la renta derivada de un sistema de capitalización constituye un bien en el sentido del art. 1 PA.

c) Las propiedades incorpóreas, como la propiedad industrial (así, las patentes de invención -Decisión X. v. Austria, de 13 de julio de 1.978- o los derechos relativos al ejercicio de una profesión). Sobre tales derechos se puede observar tres etapas en la evolución de la Jurisprudencia:

(1) En un principio no se garantizaban, como lo demuestran los casos X. v. R.F.A., de 13 de diciembre de 1.979 -se trataba de la reducción de honorarios de un notario- o la S. VAN DER MUSSELE, de 23 de noviembre de 1.983 -en la que el TEDH juzga inaplicable el art. 1 PA a la ausencia de remuneración y no reembolso de gastos de un abogado de oficio belga derivados de la defensa jurídica a un inculpado, africano de Gambia, sin recursos-.

(2) Más tarde se garantizó el "goodwill", figura jurídica británica de significado muy amplio; en la S. VAN MARLE y otros (de 26 de junio de 1.986)¹³ es traducida por "clientela"; en la S. TRE TRAKTÖRER AB (de 7 de julio de 1.989), por "fondos de comercio" y, en general, podría equivaler a clientela y al valor de la razón social.

El TEDH va a seguir el razonamiento de la CoEDH en cuanto a la cualificación de la clientela como un bien. En el Asunto H. v. Bélgica (de 30 de noviembre de 1.987), la Corte decide que la clientela de un abogado es susceptible de constituir un valor de orden patrimonial y de fundar un derecho de propiedad

(3) Posteriormente, el TEDH va a garantizar las autorizaciones y licencias necesarias

para la realización de actividades económicas, vistas anteriormente como un derecho de carácter civil y no como un bien (Decisión M. v. R.F.A., de 7 de octubre de 1.985). La S. TRE TRAKTÖRER AB permite a la Corte integrar las licencias necesarias para la explotación de un comercio en el concepto de "goodwill"¹⁴.

A.2) Atributos de la propiedad.

Se trata del derecho de propiedad, es decir, "el derecho de cualquiera al respeto de sus bienes no vale más que para sus bienes actuales" (S. MARCKX). Se observa aquí la voluntad de las Altas Partes Constatantes de no extender el derecho de propiedad hacia un derecho a la propiedad¹⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia de los órganos de la CEDH, los atributos de la propiedad son su uso y la libre disposición de los bienes. El texto del art. 1 PA invoca el primero de ellos. La idea de "uso de la propiedad" evoca la exclusividad de la misma; si bien, es claro, tal uso no puede ser absoluto (Decisión X. v. Austria de 11 de diciembre de 1.973), ya que la legislación nacional puede obligar al propietario a realizar un cierto uso de su derecho.

En relación con el segundo de los atributos de la propiedad citados, el TEDH, en la Sentencia MARCKX, ha afirmado que "el derecho de disponer de sus bienes es un elemento tradicional del derecho de propiedad". La libre disposición supone el valor patrimonial del bien. En ocasiones, es precisamente la indagación del valor económico del bien el criterio adoptado por la CoEDH para determinar si existe o no el bien en cuestión. En el Asunto BRAMELIID y MALMSTRÖM v. Suecia, de 12 de octubre de 1.982, la Comisión se pregunta si una acción de Sociedad Anónima es un bien, llegando a la siguiente conclusión: "una tal acción es un objeto de carácter complejo... representa un título de propiedad mediato sobre la fortuna de la sociedad. En especial, las acciones tienen indudablemente un valor económico, en consecuencia, las acciones son bienes".

(B) LA VICTIMA DE UN ATENTADO CONTRA LA PROPIEDAD.

Generalmente, el art. 1 PA se aplica si una persona física o jurídica alega atentado a su pro-

piedad como víctima directa. Pero también se plantea el problema de la "víctima indirecta", esto es, aquella persona que puede demostrar la existencia de un vínculo personal y particular entre ella y la víctima directa, y que la violación de la CEDH le causa un perjuicio, por lo que se genera un interés propio a que cese tal violación. El problema es esencialmente agudo en el caso de la demanda de accionistas sociales como consecuencia de la nacionalización de acciones. En su Decisión *x c. Austria*, de 4 de octubre de 1.966, la Comisión ha sentado el criterio con arreglo al cual si el actor posee una parte sustancial de las acciones, entonces puede reaccionar contra la injerencia en los bienes sociales. En el caso, el demandante era propietario de un terreno, sede de una sociedad de la que era el presidente, detentando el 91,66% de las acciones. Declarado en quiebra, debe liquidar sus bienes a los acreedores. El alega vulneración del art. 1 PA. El Gobierno estima que el demandante, en tanto que accionista (aunque fuera el principal) no puede pretenderse víctima. Sin embargo, la CoEDH afirma que "aunque si, en el Derecho austriaco, sólo la sociedad en tanto que tal tiene el derecho de intentar una acción en justicia... la Comisión es consciente de que el demandante debe ser considerado como una víctima".

La CoEDH ha precisado qué debe entenderse por "parte sustancial" en el Asunto *YARROW v. Reino Unido*, de 28 de enero de 1.983: "la mayoría o una participación decisiva en la sociedad".

(C) *LOS DIFERENTES ATENTADOS A LA PROPIEDAD.*

Para que el art. 1 PA pueda aplicarse, es necesario un previo atentado a la propiedad que derive directamente del acto de un poder público. La participación de un particular en la intervención pública no podrá realizarse a título exclusivo si se pretende excitar la aplicación del precepto (Decisión *X. v. Austria*, de 12 de mayo de 1.980).

C.1) Los atentados previstos por el art. 1 PA.

- a) La privación de la propiedad y la reglamentación del uso de los bienes.
La privación es la desposesión del objeto de la propiedad, que suprime sus atributos y

opera, generalmente, la transferencia del bien. La reglamentación no causa la transferencia del bien, que sigue en la esfera del propietario, pero su uso está restringido por la autoridad pública.

1. La distinción entre privación y reglamentación.

1.a) La privación.

Opera una transferencia directa y no provisional de la propiedad a otra persona pública o privada. Existen dos causas de privación directa: la expropiación y la nacionalización. Las medidas indirectas de privación, como por ejemplo, las ventas forzosas, son más huidizas a la definición conceptual. El criterio determinante de estas últimas es que la transferencia de la propiedad tiene su origen en un acto del poder público, pero la efectividad de tal transferencia es competencia del propietario.

Expropiación de hecho. Como ya sabemos, para el TEDH "en ausencia de expropiación formal, esto es, de una transferencia de la propiedad, el Tribunal debe mirar más allá de las apariencias y analizar las realidades de la situación litigiosa... la CEDH protege los derechos concretos y efectivos... Importa examinar si la situación equivale a una expropiación de hecho" (*S. SPORRONG y LÖNNROTH*).

Hasta el momento ningún atentado a la propiedad ha sido calificado por el TEDH como expropiación de hecho. Esta se define por la equivalencia de efectos de la expropiación formal: reduce a nada e irrevocablemente el ejercicio de los atributos de la propiedad sin una transferencia del bien. En el Asunto *BAGGS c. Reino Unido* (Informe de la CoEDH de 8 de julio de 1.987), la CoEDH admitió a trámite la demanda del Sr. BAGGS, quien pretendía que la proximidad de su vivienda al aeropuerto violaba su derecho de propiedad por una auténtica expropiación de hecho (un arreglo amistoso del caso nos ha impedido conocer la Decisión de la Comisión y, en su caso, del TEDH).

1.b) Reglamentación del uso de los bienes.

En los hechos que dan lugar a un Asunto reciente, Decisión BAUER v. Suecia de 9 de marzo de 1.989, el demandante era propietario de la ribera de un lago y poseía la facultad en exclusiva de pesca sobre la parte del lago que delimitaba su propiedad; una ley de 1.985 revoca su derecho exclusivo de pesca. La CoEDH reconoce que si el derecho exclusivo de pesca puede ser considerado como un bien, la negación de tal derecho constituye un atentado contra el bien, aunque no como privación, sino como reglamentación del uso. Igualmente, en la Sentencia MELLA-CHER y otros, de 19 de diciembre de 1.989, el TEDH ha apreciado reglamentación del uso de los bienes (y no expropiación de hecho o de derecho) en la reducción de alquileres de los arrendamientos de viviendas que introdujo la ley austriaca de 1.981.

2. La fusión entre reglamentación y privación.

Existen dos tipos de casos donde la transferencia del bien no se califica de privación sino de reglamentación. Se explican por el hecho de que el interés general prima de modo determinante sobre el personal de la conservación del bien:

- a) Los actos en los que el Estado aporta su poder de ejecución de medidas entre particulares: la quiebra (que priva, efectivamente, al sujeto de sus bienes).
- b) La confiscación no arbitraria (la arbitraria es simple privación). Dos ejemplos magníficos lo constituyen las Sentencias del TEDH AGOSI (de 24 de octubre de 1.986)¹⁵ y HANDYSIDE (de 7 de diciembre de 1.976)¹⁶.

C.2) *Atentados que derivan del poder de establecimiento de impuestos.*

Los órganos de la CEDH no controlan la decisión de imposición estatal por sí misma, sino la proporcionalidad entre el montante del impuesto y la capacidad tributaria de los sujetos. La Jurisprudencia actual está aún poco desarrollada en este aspecto. La Comisión ha admitido, al menos teóricamente (en la Decisión W, X, Y y Z v. Austria, de 27 de septiembre de 1.976), que

el atentado derivado del poder impositivo puede representar una privación de propiedad. Dos rasgos parecen caracterizar al impuesto:

- el destino del gasto del impuesto "no altera de ningún modo su carácter propio de impuesto" (Decisión X v. Austria, de 13 de mayo de 1.976);
- la CoEDH ha insistido sobre el aspecto esencialmente variable del impuesto en función de los diferentes grupos de contribuyentes y de los objetivos sociales y económicos del Estado.

Por último, observar que la Comisión ha estimado que tanto los gastos de justicia (Decisión X v. R.F.A., de 12 de julio de 1.978) como las contribuciones exigidas por una fundación de Derecho Público (Decisión Sociedad X v. Holanda, de 12 de octubre de 1.978) son contribuciones en el sentido del art. 1 PA. En cuanto al concepto de "multas" previsto en ese mismo artículo, parece que se aplica únicamente a las pecuniarias y no a las penas que puedan consistir en una confiscación arbitraria de la propiedad.

C.3) *Los atentados a la substancia de la propiedad.*

En 1.982, el TEDH ha identificado una nueva categoría de atentados en el célebre asunto SPORRONG y LÖNNROTH: el "atentado a la substancia de la propiedad", fundado sobre la frase primera del art. 1 PA: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes". En el Asunto citado, se aprecia nítidamente por el TEDH cómo el "atentado a la substancia" restringe los atributos de la propiedad, aunque sin privación de la misma (el deber de indemnizar resultaría del principio de responsabilidad patrimonial). Sin embargo, para cierto sector doctrinal¹⁸, así como para los Magistrados disidentes de la Sentencia, la calificación de "atentado substancial" es contestable: por una parte, es difícil encontrar un criterio preciso para distinguir la reglamentación de la propiedad y el atentado a la substancia; por otra, sostienen que las diferentes categorías de atentados deben reconducirse a la reglamentación y a la privación, ya que si el atentado a la propiedad aún deja al propietario un cierto grado de ejercicio de los atributos típicos se trata entonces de una reglamentación o si, por el contrario, el atentado reduce a la nada e irrevocablemente al bien, debe conceptuarse como privación.

(D) EL CONTROL DE LOS ATENTADOS**A LA PROPIEDAD.**

El fin del control es determinar si el atentado a la propiedad alegado produce o no violación del art. 1 PA, y opera en dos tiempos: (1) Los órganos de la CEDH controlan las justificaciones avanzadas por el Estado en su intervención sobre el derecho de propiedad. Tales órganos se ocupan de fijar los límites del margen de apreciación de los Estados. (2) Se exige, en materia de atentados a la propiedad, una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.

D.1) Las justificaciones del atentado a la propiedad.

Dos tipos de justificaciones limitan la injerencia estatal en el derecho de propiedad:

a) la intervención está sometida a una condición de finalidad: el atentado debe ser conforme a la utilidad pública (caso de privación de la propiedad) o al interés general (caso de reglamentación de uso);

b) la injerencia está sometida también a una condición de legalidad (que constituye una garantía contra la arbitrariedad).

La finalidad y la legalidad de un atentado a la propiedad fijan, por consiguiente, el eje de coordenadas del margen de apreciación estatal.

a) La finalidad de un atentado.

1) El significado de los términos "utilidad pública" e "interés general".

La Sentencia JAMES aporta interesantes precisiones sobre ambas nociones. El TEDH no distingue esencialmente entre utilidad pública e interés general: mientras aquélla beneficia a una pequeña parte de la población, éste mira a grupos más amplios. El TEDH ha admitido que la utilidad pública pueda servir directamente al interés de algún otro particular: "una transferencia de propiedad operada en el marco de una política legítima de orden social, económico, etc. puede responder a la utilidad pública aún cuando la colectividad en su conjunto no se sirva o beneficie del bien allí donde se halle". En la Sentencia LITHGOW y otros, de 8 de julio de 1986, el TEDH ha justificado la utilidad pública de una nacionalización (rea-

lizada en 1977 por el Gobierno laborista inglés, de industrias aeronáuticas y navales) por la transferencia de las partes sociales a dos empresas públicas.

En cuanto a la noción de "interés general", la jurisprudencia está particularmente desarrollada en relación a la planificación urbanística: "en el acondicionamiento de las grandes ciudades, los Estados contratantes gozan de un amplio margen de apreciación para desarrollar su política urbanística" (S. SPORRONG).

2) El control de la finalidad de una medida.

El TEDH estima que tal control debe realizarlo, en primer lugar, la autoridad nacional competente (asunto JAMES) y sólo subsidiariamente el TEDH: "La Corte respeta la manera en que el legislador nacional concibe los imperativos de utilidad pública, salvo si están manifiestamente desprovistos de fundamento razonable".

Este control es, a la vez, como afirma L. SERMET, "prudente y audaz", pues el TEDH, al ejercerlo, limita el margen de apreciación del Estado y exige, de este modo, un "control de la convencionalidad" de la ley y de la medida de aplicación (dicho de otro modo: el Estado no posee un margen ilimitado de apreciación del interés general y la utilidad pública).

b) La legalidad de un atentado.

Según el art. 1 PA, la privación de la propiedad debe producirse con arreglo a las "condiciones previstas por la ley", y la reglamentación debe fundarse sobre "las leyes que los Estados juzguen necesarias". Ambas expresiones reenvían al derecho interno. Ahora bien, el TEDH en la Sentencia JAMES ha exigido, precisando la fórmula "condiciones previstas por la ley", que ello presuponga la existencia y respeto de normas de Derecho interno suficientemente accesibles y precisas.

D.2) El control de proporcionalidad.

El TEDH ha introducido un nuevo medio de control: el principio de proporcionalidad. Esta técnica obliga a los órganos de la CEDH a

indagar si "una medida es a la vez idónea a su fin y no desproporcionada con él" (S. JAMES). En consecuencia, el control de proporcionalidad permite a los órganos de la CEDH verificar la adecuación entre la finalidad de la ley y los medios utilizados. En la Sentencia SPORRONG, el TEDH afirma: "debe mantenerse un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo". Así, para el TEDH es fundamental que la proporcionalidad sea respetada y, por tanto, controlada, en relación a cualquier categoría de atentado a la propiedad.

La Comisión ha definido particularmente su concepción de control de proporcionalidad en el Asunto GILLOW. Se cuestionaba si la prohibición que recaía sobre el demandante de habitar su propiedad era una privación o una reglamentación. La CoEDH observa que "la apreciación de proporcionalidad difiere manifiestamente ... porque... la privación de la propiedad es naturalmente más grave que la reglamentación de su uso, donde el derecho del propietario es mantenido enteramente". Esta proposición parece justificar que el control de proporcionalidad se presente como un medio de control de contenido variable:

- 1) El control de proporcionalidad en relación al poder de imposición de multas.

En esta materia, donde el margen de apreciación estatal es más amplio, el control es sólo formal. Aún así, debe ser satisfecho: en la Decisión *Sveriska Magragementgruppen AB v. Suecia*, de 2 de diciembre de 1.985, la Comisión ha estimado que una obligación financiera derivada de impuestos o contribuciones puede perjudicar el principio de respeto a los bienes del art. 1 PA "si constituye una carga excesiva para el interesado o si compromete radicalmente su situación financiera".

- 2) El control de proporcionalidad en el supuesto de reglamentación del uso de los bienes.

La CoEDH ha estimado violación del principio de proporcionalidad en dos casos (aunque posteriormente el TEDH se apartó de este criterio): GILLOW -la prohibición de habitar una casa de su

propiedad no es proporcionada al fin de la legislación, que consistía en controlar los alojamientos de la Isla de Guernesey- y AGOSI -la legislación inglesa no permite al propietario de buena fe recobrar las piezas de oro introducidas fraudulentamente en Gran Bretaña, aún con su ignorancia-.

La interpretación amplia del TEDH ha llevado a F. SUDRE a estimar que el margen de interpretación estatal es tan amplio en esta materia que "arruina la exigencia de proporcionalidad"; por el contrario, la CoEDH es partidaria de un control mucho más riguroso o estricto (como se aprecia, por ejemplo, en el Informe MELLACHER y otros v. Austria, de 11 de julio de 1.984).

- 3) El control de proporcionalidad y el atentado a la substancia.

El control aparece aquí más estricto. Para establecer la violación de la relación de proporcionalidad, el TEDH ha retenido dos elementos:

- la precariedad del derecho de propiedad de los demandantes;

- la rigidez de la legislación nacional (por ejemplo, en el Asunto SPORRONG, como se recordará, la legislación sueca no ofrecía la posibilidad para los demandantes de revisar el permiso de expropiar y la prohibición de edificar aún cuando la Administración no hubo hecho uso de tal prerrogativa en un plazo de tiempo considerable).

Bajo estas dos condiciones, el TEDH considera que los demandantes sufren "una carga especial y exorbitante" (S. SPORRONG) o "una carga desproporcionada" (S. POISS, de 23 de abril de 1.987).

- 4) El control de proporcionalidad y la privación de la propiedad.

El TEDH ha avanzado en la S. LITHGOW que "para apreciar si se ha preservado un justo equilibrio entre los diversos intereses en presencia y, entre otros, si se ha impuesto una carga desmesurada a la persona privada de su propiedad, hace falta la evidencia de tener acceso a las condiciones de indemnización".

(E) *LOS MODOS DE REPARACION DE LOS ATENTADOS A LA PROPIEDAD.*

La reparación puede ser extrajudicial (por ejemplo, el arreglo amistoso), pero aquí nos interesa únicamente la judicial. Es preciso distinguir dos situaciones diferentes:

- (1) En caso de privación de propiedad, el TEDH ha establecido el derecho a una indemnización.
- (2) En el supuesto de cualquiera otra categoría de atentado a la propiedad, el TEDH deberá constatar previamente la violación del art. 1 PA para acordar una "satisfacción equitativa" en los términos del art. 50 CEDH.

E.1) El principio de indemnización en caso de privación de propiedad.

a) El principio.

El TEDH ha tenido una excelente ocasión de sentar las reglas relativas a la indemnización en el Asunto LITHGOW, contribuyendo a precisar en este punto el contenido de los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional. El TEDH ha considerado dos aspectos distintos, pero complementarios, relativos a la indemnización:

1) la privación de la propiedad entraña el derecho al reembolso de una indemnización con un montante razonable;

2) advierte que sancionará, si hay lugar, el carácter manifiestamente irrazonable del método de evaluación del bien.

1) El derecho a una indemnización por una cantidad razonable.

El TEDH ha establecido que el mantenimiento de una relación razonable de proporcionalidad (S. JAMES) conlleva el derecho a una indemnización de una cantidad razonable. En efecto, el TEDH estima que "sin el pago de una suma... una privación de propiedad constituiría normalmente un atentado excesivo que no podría justificarse en el ámbito del art. 1" (S. LITHGOW). Hay que observar que el principio no es de aplicación absoluta. El empleo del condicional ("constituirá normalmente") permitiría pensar que sólo casos excepcionales entrañan un derecho a indemnizar; pero es claro que el TEDH ha establecido que la indemnización es inherente a la privación. Por otro lado, la eventualidad de una no-indemnización parece poco probable porque la mayoría de textos constitu-

cionales de todos los Estados democráticos prevén el pago de una indemnización en caso de expropiación o nacionalización.

El TEDH afirma que la privación exige una suma "razonable en relación al valor del bien" (S. LITHGOW); y también, que el art. 1 PA "no garantiza en todos los casos el derecho a una compensación integral porque los objetivos legítimos de 'utilidad pública', como los que persigan las medidas de reforma económica o social, pueden abogar por un reembolso inferior al pleno valor del mercado" (Ss. LITHGOW y JAMES).

En el Asunto SCOTTS OF GREENOCK Ltd. y LITHGOWS Ltd. v. Reino Unido (Informe de 17 de diciembre de 1987), la Comisión ha establecido los límites de esta interpretación: el montante de la indemnización satisface la relación de proporcionalidad si no establece "una desproporción manifiesta entre el valor (de la propiedad) adoptado y la indemnización otorgada". El principio de indemnización reconocido por el TEDH otorga al Estado un margen amplio de apreciación en cuanto a su cuantía. En efecto, "la cantidad de indemnización puede diferir por el respeto de un justo equilibrio según se trate de una nacionalización o de otras formas de privación" (S. LITHGOW). El TEDH funda esta distinción sobre el hecho de que "la evaluación de grandes empresas en vía de nacionalizar todo un sector industrial representa en sí mismo una operación bastante más compleja que, por ejemplo, la estimación de un terreno expropiado" (S. LITHGOW).

2) El método de evaluación del valor del bien debe ser manifiestamente razonable.

El TEDH reconoce a las autoridades nacionales una "amplia latitud" para determinar las medidas apropiadas en la materia, si bien advierte que no respetará el juicio del legislador cuando se presente manifiestamente desprovisto de fundamento razonable.

b) El límite del principio de indemnización.

Los "principios generales del Derecho Internacional" mencionados en el primer párrafo del art. 1 PA exigen que toda privación de propiedad entrañe una indemnización rápida (el pago debe ser inmediato), adecuada (al daño sufrido por el individuo) y efectiva (esto es, no un título privado de valor, sino dinero constante o bienes equivalentes).

Esta fórmula presentó problemas de interpretación en el curso de los trabajos preparatorios. Así, la delegación sueca advirtió que los principios generales del derecho internacional no se aplican más que a las relaciones entre el Estado y un extranjero justiciable. La representación alemana subrayó que dicha expresión comportaría la obligación de pagar una indemnización en caso de una expropiación a los extranjeros. Finalmente, el Comité de Ministros, en su Resolución (52) de 19 de marzo, estimará que: "En su acepción actual, los principios generales del Derecho Internacional comprenden la obligación de pagar una indemnización en caso de expropiación".

Sin embargo, la inclusión de esta fórmula constituye, en el estado actual de la jurisprudencia, un motivo de discriminación entre los extranjeros y los nacionales. En efecto, el TEDH rehúsa conceder el beneficio de los principios generales del Derecho Internacional a los nacionales (Ss. JAMES y LITHGOW). No ha admitido expresamente que la inaplicación de los principios generales de rapidez, adecuación y efectividad de la indemnización a los nacionales conduce a que los extranjeros reciban una indemnización más substancial que la acordada a los nacionales, pero en cambio, admite que los nacionales en materia de indemnización soportan una carga más pesada que la impuesta a los extranjeros. El TEDH ha declarado, en este sentido, que: "en los casos de una privación de propiedad realizada a título de una reforma social o de una reestructuración económica, pueden existir buenos motivos para distinguir, en materia de indemnización, entre nacionales y extranjeros. Estos son más vulnerables a la legislación interna que aquéllos: contrariamente a ellos, no gozan de ordinario de algún papel en la elección o designación de sus autores y no son consultados antes de su adopción". (S. LITHGOW).

Esta interpretación, que posibilita la diferencia de trato de nacionales y extranjeros en el marco de la CEDH, ha suscitado numerosas críticas doctrinales¹⁹. Los argumentos de oposición más comunes son los siguientes:

- Se opone a la interpretación literal: el art. 1 PA se refiere literalmente a "toda persona", sin distinguir entre nacionales y extranjeros.

- Se opone a la interpretación sistemática: esta diferencia carece de base objetiva y razonable.

- Se opone a la interpretación teleológica: ya que la idea fundamental de la CEDH es el abandono de toda distinción entre extranjeros y nacionales.

- Se basa en una interpretación histórico-genética de los trabajos preparatorios del Protocolo cuyo contenido no parece determinante o suficiente.

E.2) La satisfacción equitativa en caso de violación del art. 1 PA.

El TEDH no ha confrontado aún tal hipótesis más que en el Asunto SPORRONG, habiendo previamente establecido la violación del derecho de propiedad de los demandantes. El interés de tal Sentencia en este punto reside en la metodología empleada por el TEDH:

a) Determina, en primer lugar, "el periodo de perjuicio", esto es, el periodo de tiempo durante el que se ha sufrido el perjuicio.

b) Indaga los componentes del perjuicio (que en el caso son, entre otros, los obstáculos a la obtención de préstamos hipotecarios, la depreciación de los inmuebles, etc.)

c) Por último, evalúa el perjuicio.

En resumidas cuentas, ¿cómo se puede caracterizar el derecho de propiedad contemplado en el art. 1 PA?. Una de las visiones más conocidas es la de ANDREW DRZEMCZENSKI²⁰, quien clasifica al derecho de propiedad dentro de la categoría de los "derechos condicionables". Para este autor, existen tres tipos de derechos garantizados por la CEDH:

a) absolutos: aquellos que no sufren ninguna derogación (por ejemplo, la prohibición de la tortura).

b) mínimos: los que se consideran como el más pequeño común denominador aceptable, que existen y son protegidos en todos los Estados Miembros del Consejo de Europa (por ejemplo, el derecho a un proceso equitativo -art. 6- o el derecho a la libertad y seguridad -art. 5-).

c) condicionables: los cuales pueden verse sometidos a restricciones por un cierto número de razones que se enumeran de modo taxativo; tales restricciones deben estar previstas por ley y constituir medidas necesarias en una sociedad democrática (junto al derecho de propiedad, serían ejemplos de esta última categoría los contemplados en los arts. 8 a 11 CEDH).

Ahora bien, la caracterización del derecho de propiedad como condicionable no debe lle-

varnos la engaño de considerarle un derecho de segundo rango, pues la prudente protección del derecho de propiedad por los órganos de la Convención no debe perjudicar su lugar central en una sociedad democrática.

III. LA UNION EUROPEA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.

También varios preceptos del Derecho Comunitario originario aluden explícitamente a la propiedad: artículo 222 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ("El presente Tratado deja totalmente imprejuizado el régimen de propiedad existente en los Estados Miembros"); artículo 83 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero ("La institución de la Comunidad no prejuzga en nada el régimen de propiedad de las empresas sometidas a las disposiciones del presente Tratado") y 91 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea de la energía atómica ("El régimen de propiedad aplicable a todos los objetos, materias y bienes sobre los que no recaiga un derecho de propiedad de la Comunidad, se determina por la legislación de los Estados Miembros"). Por otra parte, aunque el Derecho comunitario no se refiere explícitamente a la expropiación forzosa, el art. 215 TCEE proclama el principio de la responsabilidad patrimonial, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, de las instituciones europeas y de sus agentes en cumplimiento de sus funciones, responsabilidad que cubre la totalidad de los daños que les puedan ser imputados. El principio de responsabilidad patrimonial recoge el principio de garantía patrimonial que sostiene la institución expropiatoria.

A la vista de estos preceptos, no cabe duda de que los Tratados constitutivos han aceptado, como punto de partida y premissa de hecho, la situación económica y legislativa de los Estados miembros tal cual es. Se garantiza institucionalmente la existencia ineliminable de la propiedad privada, pero nada se añade al régimen particular de los Estados miembros (todos ellos sistemas de economía libre de mercado). Si, como sabemos, toda sociedad organizada tiene su propio sistema de derecho de propiedad, el ordenamiento comunitario funda el suyo sobre la civilización jurídica de los Estados miembros en materia de relaciones entre particulares respecto a las cosas. Como muy bien observa

R. SCARPA²¹, un ordenamiento que pretende un mercado común no puede existir sin el reconocimiento de la titularidad de derechos privados de propiedad sobre bienes de cambio y de producción, así como la transferibilidad libre de dichos derechos, en las formas generalmente aceptadas por nuestro ámbito jurídico. Es más, dado que se intenta un mercado único, los Estados miembros deben disponer aquellos cambios en su ordenamiento en relación al derecho de propiedad necesarios para liberar obstáculos determinantes y promover tal fin. Por otra parte, las normas nacionales en materia de derecho de propiedad deben respetar el art. 53 TCEE, que prescribe que los Estados miembros no pueden introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de ciudadanos de los otros Estados miembros.

Si los Tratados constitutivos de la Comunidad europea ciertamente tutelan algunas libertades individuales, ello no indica por sí mismo la exigencia general de que la normativa comunitaria respete las libertades fundamentales. Tal exigencia ha sido afirmada, fundamentalmente, por el Tribunal de Justicia (en adelante, TJ), el cual ha considerado implícitos en los principios generales del derecho comunitario la protección de los derechos fundamentales²². Es de destacar que cuando el TJ afirma que la tutela de los derechos fundamentales opera "en el ámbito de la estructura y fines" de la Comunidad, se indica taxativamente que tal protección debe ser construida en Derecho Comunitario de modo autónomo respecto a la tutela acordada en los Derechos internos. En la Sentencia HAUER se declara inequívocamente que la aplicación de un criterio de valoración nacional compromete "la unidad del mercado común" y "la cohesión de la Comunidad".

También el Parlamento europeo ha reconocido en el artículo noveno de su Declaración de derechos y libertades de 12 de abril de 1989 (texto que carece en la actualidad de valor jurídico) al derecho de propiedad. La fórmula es muy genérica y posee resonancias clásicas (recuerda de modo especial el art. 17 de la Declaración francesa de Derechos de 1789 y el 11 de la Constitución belga de 1831): "Se garantiza el derecho de propiedad. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública juzgada necesaria y en los casos y condiciones previstos por una Ley y mediante una justa indemnización". El interés de la fórmula reside en ofrecer una garantía institucional

de la existencia de la propiedad, así como de las típicas garantías expropiatorias, pero, en mi opinión, no añade nada al actual régimen de la propiedad en el Derecho Comunitario, que asegura expresamente la existencia de la propiedad privada en diversos preceptos de los Tratados constitutivos e implícitamente las garantías expropiatorias sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del criterio que constituye el art. 1 del PA del CEDH. Por otra parte, es una regulación claramente insuficiente si se la compara con este último artículo.

El *leading-case* del TJ en materia de propiedad es la ya citada Sentencia LISELOTTE HAUER v. LAND RHEINLAND-PFALZ. La Sra. HAUER solicitó de la Administración competente del Land Renania-Palatinado la autorización para plantar vides en un terreno de su propiedad en la región de Bad Dürkheim. Esta autorización le es originariamente denegada porque, según la legislación alemana aplicable en la materia (Ley de economía vitivinícola), la parcela en cuestión no estaba considerada apropiada para el cultivo de la vid. La interesada recurre la denegación. Cuando el recurso estaba pendiente ante la Administración competente, se dicta el Reglamento comunitario 1162/1.976, de 17 de mayo, cuyo art. 2 prohibía, durante un periodo de 3 años, toda nueva plantación de vides, a fin de frenar la producción de excedentes de vino comunitarios. La Administración alemana deniega el recurso de la Sra. HAUER por dos motivos: el carácter inapropiado del terreno y la prohibición de plantación que resulta del Reglamento citado. Sin embargo, resolviendo el subsiguiente recurso de la actora, la jurisdicción administrativa alemana admite que el terreno de la demandante sí podía considerarse apropiado para el cultivo de la vid según las normas mínimas fijadas por la legislación nacional. En consecuencia, la Administración se declaró dispuesta a conceder la autorización después del fin del periodo de prohibición de nuevas plantaciones impuesto por la reglamentación comunitaria. A partir de ese momento la litis recae exclusivamente sobre cuestiones comunitarias. El Tribunal alemán interpone Cuestión prejudicial (art. 177 TCEE) interrogando al TJ sobre estas dos preguntas:

1) ¿El art. 2 del Reglamento se aplica también a las solicitudes de autorización de nuevas plantaciones de viñedos que ya han sido presentadas antes de su entrada en vigor?

2) Si la respuesta es afirmativa, el art. 2 citado ¿debe aplicarse de manera general, esto es, en relación al caso, independientemente del carácter inapropiado del terreno?

El TJ contesta afirmativamente ambas cuestiones:

a) Sobre la cuestión de la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

El Tribunal alemán sostenía que si el art. 2 se aplicara de forma general, esto es, también a los suelos apropiados al cultivo de la vid, dicha disposición podría considerarse, eventualmente, como inaplicable en la R.F.A. por su incompatibilidad con los parágrafos 12 (libre ejercicio de actividades profesionales) y 14 (principio de propiedad) de la Ley Fundamental alemana. Pero el TJ se opone a esta interpretación afirmando la doctrina antes aludida sobre el encaje de la protección comunitaria autónoma de los derechos fundamentales en el marco de los principios generales del derecho comunitario y sobre los criterios a emplear para asegurar tales derechos: las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (y de modo especial, el CEDH).

b) Sobre el derecho de propiedad.

1) El derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados Miembros, reflejadas asimismo en el Primer Protocolo Adicional del CEDH.

2) Tras afirmar el respeto de la propiedad, esta última disposición contempla dos formas posibles de atentado contra los derechos del propietario, según que el atentado tenga por objeto privar al propietario de su derecho o restringir el uso de éste (supuesto que juega en el caso HAUER). También el art. 1 PA admite, en principio, el carácter lícito de las restricciones establecidas en el uso de la propiedad, aunque sin embargo limita tales restricciones al grado que sea juzgado "necesario" por los Estados para la salvaguarda del "interés general". Por ello, a juicio del TJ, esta disposición no permite dar una respuesta suficientemente precisa a la cuestión.

3) Para resolverla, el TJ considera las indicaciones que resultan de las normas y prácticas constitucionales de los Estados miembros:

a) Estas tradiciones comunes permiten al legislador reglamentar el uso de la propiedad privada en interés general (bajo fórmulas como "obligaciones inherentes a la propiedad" art. 14.2 GG- o "justicia social" -art. 43.2.1 Constitución irlandesa-). En todos los Estados miembros numerosos actos legislativos han dado expresión concreta a esta función social del derecho de propiedad (por ejemplo, en legislaciones relativas a la economía agrícola y forestal, al régimen de las aguas, a la protección del medio natural, a la ordenación del territorio y al urbanismo, que establecen restricciones, a veces sensibles, del uso de bienes raíces). Respecto al caso planteado, existen legislaciones obligatorias en relación con la plantación de vides en todos los Estados miembros vitícolas.

Se puede concluir, pues, que el hecho de establecer restricciones a la nueva plantación de viñas mediante el Reglamento comunitario no podría ser impugnado en principio. Se trata de un tipo de restricción admitido como legítimo en el ordenamiento constitucional de los Estados miembros. Por consiguiente, la Comunidad puede restringir el uso del derecho de propiedad en el marco de la organización común de mercado y para los fines de una política de estructuras.

b) Ahora bien, aunque pueda, no posee una potestad ilimitada, por lo que el TJ debe examinar si las restricciones a la propiedad:

- responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad (en el caso sí se aprecian: la mejora estructural del sector vitivinícola);
- constituyen o no respecto del objetivo perseguido una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario que atentaría contra la esencia misma del derecho de propiedad (en el caso se entiende respetada esta relación razonable de proporcionalidad).

La argumentación del TJ presenta algunos flancos serios a la crítica. Como afirma G. GAJA²³, "permanecen incertezas de relieve sobre los criterios a los cuales la tutela se ordena y sobre su ámbito de operatividad". Por una parte, el TJ, aunque se ha referido explícitamente a la CEDH como criterio de interpretación de los principios generales comunitarios en relación a los derechos fundamentales, no ha tenido en cuenta explícitamente la jurisprudencia del TEDH, lo cual significa no aplicar el "derecho viviente".

De otro lado, el criterio de la reconstrucción de las "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" por parte del TJ presenta numerosas dificultades interpretativas. De entrada, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros difícilmente pueden considerarse como "comunes". Además, los modos y contenidos de la tutela de los derechos fundamentales son notablemente diversos en los derechos de los Estados miembros. La enunciación general del criterio no ofrece elementos seguros para precisarlo, dado que la tutela resulta diferenciada. Según algunos comentaristas, el TJ querría asegurar el nivel máximo de la protección acordada en los ordenamientos internos y referirse, por tanto, al ordenamiento que proporciona la tutela más amplia. Pero la Jurisprudencia del TJ no ofrece todavía indicaciones en este sentido. Por otro lado, la búsqueda no puede en muchos casos concluirse si no es ponderando diversos intereses individuales, colectivos o públicos en presencia, por lo que preferir la norma que otorga a una persona la tutela más amplia significa disminuir la protección de los derechos de otra.

Tampoco el TJ ha entendido la noción "tradiciones constitucionales comunes" en sentido minimalista: como los elementos comunes a los ordenamientos de los Estados miembros. Más bien, el TJ ha reconstruido los principios generales sobre la base de elegir ciertas normas de los derechos nacionales después de un sumario análisis comparativo de las normas relevantes. Ha elegido la "better law", esto es, la regla que mejor se adapta a las exigencias propias del derecho comunitario. Este es, precisamente, el criterio empleado en la Sentencia HAUER²⁴: la elección de la regla de la proporcionalidad por parte del TJ la extrae del Derecho alemán (si bien esta elección parece derivarse más que de un análisis comparativo del que no se ofrecen elementos, de la circunstancia de que la causa traía origen de una acción judicial intentada en Alemania, amén de la pretensión de persuadir a la reticente jurisdicción constitucional alemana de la conformidad del argumento con la GrundGesetz.). En resumen: la alusión a la tradición constitucional común no describe correctamente el modo en el cual el TJ procede a reconstruir los principios generales en materia de derechos fundamentales.

Por último, sí cabe extraer contundentemente del Derecho comunitario la regla conforme a la

cual el derecho de propiedad se ve directamente afectado por la aplicación del principio fundamental de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad: el ciudadano comunitario extranjero no puede sufrir ningún tipo de discriminación respecto del nacional sin violar el Derecho comunitario. Es elocuente, en este sentido, la Sentencia FEARON, de 6 de noviembre de 1984. Se trataba de una Sociedad formada por cinco británicos que adquieren tierras en la República de Irlanda. El Derecho irlandés permitía que la Irish Land Commission expropiara a las personas que poseyeran tierras pero que no residieran durante más de un año en ellas o a menos de tres millas de ellas. En el caso de las Sociedades propietarias de fundos, todos los socios o accionistas debían cumplir ese requisito si deseaban que los bienes de la Sociedad no fueran expropiados. Alegando el art. 222 TCEE, la Comisión aducía que en él estaba la solución a la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de la norma irlandesa con el Derecho comunitario. Pero el TJ no se conforma con esa solución y acude al art. 54.3.e) TCEE que, entre las medidas de supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, incluye la de hacer posible "la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro". De lo que se deduce que "si el art. 222 TCEE no cuestiona la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen de expropiación pública, tal régimen no escapa, sin embargo, a la regla fundamental de no discriminación que se encuentra en la base del capítulo del tratado relativo al derecho de establecimiento".

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES APLICABLES A NUESTRO DERECHO

Pues bien, a la luz del régimen internacional de la propiedad relevante y aplicable a nuestro ordenamiento con el alcance antes indicado, cabe deducir algunos elementos de interpretación básicos:

A) Desde el punto de vista objetivo, el derecho de propiedad privada es una institución jurídico-política fundamental, en la medida en que se garantiza radicalmente su existencia y tutela. El TJ de la Comunidad Europea ha llegado a afirmar, en su Sentencia HAUER, que es un

derecho fundamental integrante de los principios generales del derecho comunitario. La propiedad privada constituye, en el ámbito de la Unión Europea, un presupuesto estructural (junto a las tradicionales libertades de circulación de los factores de producción) de su organización y fines.

B) Los textos internacionales no contemplan (pero tampoco, evidentemente, prohíben) una cláusula de accesibilidad a la propiedad (semejante, por ejemplo, a la del art. 129.2 de nuestra Constitución, que ordena a los poderes públicos facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción).

C) En relación con los ciudadanos comunitarios, rige con fuerte pretensión de vigencia el principio de no discriminación por razón de nacionalidad aplicado al régimen de la propiedad privada.

D) El objeto sobre el que recae el contenido de la propiedad en los jurisprudencia internacional es extraordinariamente amplio, comprendiendo los bienes muebles, los inmuebles, algunos derechos reales, obligacionales e incorporales de valor patrimonial, etc.

E) Se reconoce un amplio margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales competentes para privar al dueño de su propiedad o para imponerle condiciones a su ejercicio. De ahí que DRZEMCZENSKI conceptúe a la propiedad privada como "derecho condicionable". Sin embargo, el TEDH ejerce un control de convencionalidad (es decir, de adecuación a la CEDH) sobre las medidas de intervención pública de la propiedad, fundamentalmente a través de:

a) La exigencia, en todo caso, de los principios de legalidad y de finalidad (utilidad pública, interés general).

b) La verificación de una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido con la medida pública y los medios utilizados.

c) La satisfacción de una reparación (indemnización en caso de privación; "satisfacción equitativa", en los otros posibles atentados) a favor del particular, que restablezca el equilibrio interés general/interés privado ofendido. Esta reparación debe efectuarse conforme a varios criterios deducidos por los órganos de la CEDH.

F) Acaso la conclusión más concreta que se deduce del análisis del Derecho europeo en materia dominical sea que a su vista resulta incomprensible (o mejor, injustificable) la reserva de aplicación del Estado español del art. 1 del Proto-

colo Adicional del CEDH. El ámbito protegido por este artículo no es en ningún caso mayor que el ámbito normativo del art. 33 de nuestra Constitución. El Derecho europeo aplicable concuerda perfectamente con nuestro orden dominical constitucional²⁵.

NOTAS

(1) Cf. el Recueil des Travaux Préparatoires de la CEDH, Vols. I a VIII. Marinus Nijhoff Pub., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1.985.

(2) El clima cultural de la última postguerra, a diferencia del periodo de Entreguerras, no fue propicio a poner en discusión el orden de la propiedad, por la urgente necesidad de "reconstruir". Ello explica (junto a la tendencia dominante en la época a observar en la propiedad su momento "social" más que el individual -en el marco del triunfo de la noción del "Estado Social"-) el escaso vigor doctrinal y político que suscitó la cuestión propietaria en las declaraciones internacionales (y en su plasmación constitucional en los diferentes países: República Federal Alemana, Italia, Francia, etc.).

(3) El significado de este precepto ha sido descubierto fundamentalmente por la actividad de los órganos de la CEDH, la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, CoEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), como pone de relieve la doctrina que se ha ocupado de este tema. Para obtener una información más precisa, se impone consultar los siguientes estudios: I. SEIDL-HOHENVELDERN: "La protection de la propriété privée par les organisations européennes depuis 1.950", en *Liber Amicorum Henri Brugmans*, Amsterdam, 1.981, pp. 402 y ss.; F. BOUYSSOU: "Les garanties supra-legislatives du droit de propriété", en *Dalloz*, 1.984, pp. 231 y ss.; F. SUDRE: "La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme", en *Dalloz*, 1.988, pp. 71 y ss.; L. SERMET: *La CEDH et le droit de propriété*, Pub. Consejo de Europa, Estrasburgo, 1.990; E. GARCIA DE ENTERRIA y otros: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Prólogo y epígrafe dedicado al derecho de propiedad (de L. ORTEGA), Madrid, 1983 (2. ed.), pp. 115 y ss.; AAVV: *Il diritto di proprietà nel quadro della CEDH*, Padova, 1.989; VAN DER BROEK, P.: "The protection of property rights under the ECHR", *Legal Issues of European Integration*, 1.986, pp. 52 y ss.; RAIMOND, J.: "L'article 1 du P.A. et les rapports entre particuliers", *Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Colonia, 1.988, pp. 71 y ss. GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo", *Documentación Administrativa*, n. 222, abril-junio 1.992, pp. 23 y ss.; PAPIER, H.J.: *Comentario al art. 14 de la Grundgesetz*, en el *Kommentar a cargo de MAUNZ y DÜRIG*, München, 1.986, pp. 112 y ss.; y BRYDE, B.O.: *Comentario al art. 14 de la Grundgesetz*, en el *Kommentar a cargo de I. von MUNCH*, München, 1.985, pp. 617 y ss.

(4) Al menos desde un punto de vista jurídico, pues, desde una óptica de interpretación política, acaso pueda apreciarse aquí una manifestación del temor del Ejecutivo español a que la CoEDH o el TEDH otorgasen protección al ciudadano J.M. RUIZ-MATEOS frente a la discutible expropiación de RUMASA por vía de Decreto-ley. En cualquier caso, sería altamente recomendable que se explicaran los motivos de la reserva. GARCIA DE ENTERRIA ("Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo", en *D.A.*, n. 222, 1.990, pp. 23 y ss.), preguntán-

dose por las razones de la demora en la ratificación española del Protocolo I (de más de 12 años respecto a la de la CEDH), alude a la intervención en el Pleno del Congreso de HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑON (sesión del 14 de junio de 1.990 en la que se aprobó el dictamen de la Comisión de AAEE favorable a la ratificación), quien se refirió a dos motivos concretos del retraso: los debates educativos de los años 80-81 (LOCE) y 85 (LODE y LRU), pues el art. 2 PA se dedica al derecho de instrucción, y, por otra parte, lo que califica como "algunas orgías jurídicas" (que, en opinión de ENTERRIA, "parece una probable referencia al caso de la expropiación de RUMASA").

(5) E. GARCIA DE ENTERRIA: Prólogo al libro colectivo "El sistema europeo...", ob.cit..

(6) Esto es así en mi opinión, aunque el Tribunal Constitucional cifra el ámbito de este precepto al art. 14 y a los derechos de la Sección 1 del Cap. 2 del Tit. 1. Sobre el significado y alcance del art. 10.2 CE en nuestro Derecho, permítaseme la remisión a mi estudio: "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales", *Revista general del Derecho*, núm. 537, 1.989, pp. 3611 y ss.

(7) "Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm.3, 1990. M. CAPPELLETTI realiza esta afirmación como argumento contra la necesidad de introducir el proceso de amparo en Italia, pero es válida también en nuestro contexto.

(8) Y también, y sobre todo, como consecuencia de la autovinculación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha efectuado a la del TEDH, en materia de derechos fundamentales, a través de la cobertura formal que implícitamente le proporciona el art. 10.2 CE. Esta auto-vinculación no resulta en absoluto extraña cuando se observan, como hace F. SUDRE ("La protection...", ob.cit., pp. 71 y ss.), las similitudes del control de conformidad a la CEDH ejercido por el TEDH y el control de constitucionalidad tal como viene siendo practicado por los órganos competentes (indeterminación del parámetro, que facilita la creación interpretativa por el órgano jurisdiccional, recurso a técnicas de control, como el principio de proporcionalidad, familiares en el contencioso de legalidad, etc.)

(9) Aunque no completamente los dos primeros, porque el propio TEDH ha declarado, en la reciente Sentencia VERMEIRE (de 29 de noviembre de 1.993), que el derecho a la herencia (una especificación del derecho a la apropiación privada de los bienes) está tan estrechamente ligada a la vida familiar que puede, de hecho, inclinarse en el ámbito del art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida familiar), el cual es, a su vez, parámetro interpretativo del art. 18.1 de nuestra Constitución.

(10) También las Decisiones e Informes de la Comisión son extremadamente valiosos en la labor hermenéutica del precepto en examen. No es infrecuente, sin embargo, la contradicción entre CoEDH y TEDH en la interpretación de algún aspecto concreto (como, por ejemplo, en el sentido del principio general "del respeto a los bienes" -vid. C. ZANGHI: "Il diritto di proprietà nell'ambito della Convenzione Europea", en "Il diritto di proprietà...", ob.cit., pp. 9 y ss.-, o en la comprensión del principio de proporcionalidad).

(11) De nacionalidad belga, la Sra. ALEXANDRA MARCKX y su hija se pretendían víctimas principalmente de un atentado contra su vida privada y familiar, así como de una discriminación entre madres solteras y casadas y entre hijos naturales y legítimos; existía en el caso un aspecto patrimonial en la medida en que la hija natural alegaba que, de acuerdo a la legislación belga, no podía recibir donaciones de su madre. El TEDH estima que el art. 1 PA no entra en juego porque únicamente garantiza la protección de los bienes actuales y no el derecho de adquirir otros bienes por vía de sucesión o de liberalidad. No obstante, sí concede la protección porque la distinción norma-

riva belga entre madres solteras y casadas posee carácter discriminatorio y no encuentra justificación objetiva y razonable.

(12) Las dos demandas se referían a las consecuencias para los herederos del Sr. SPORRONG y para la Sra. LÖNNROTH, en su calidad de propietarios, del permiso de expropiación a largo plazo y las posibilidades de construir. Ambos eran propietarios de ciertos inmuebles en el centro de la ciudad de Estocolmo, edificados a fines del s. XIX. La municipalidad de la capital sueca había proyectado realizar grandes trabajos de urbanización, sobre todo la construcción de un viaducto y aparcamientos, en la zona donde se hallaban los inmuebles citados. Para ello, disponía de un permiso de expropiar tal zona. Sin embargo, tal permiso no fue utilizado en 23 años en un caso (SPORRONG) y 25 en el otro (LÖNNROTH); además al permiso le acompañaba la prohibición de construir en la zona (que duraba, al tiempo de presentar la demanda, 8 y 12 años respectivamente). Los actores denunciaban la larga duración de los permisos de expropiación vinculados a la prohibición de construir que habían afectado negativamente a sus inmuebles. Veían en ello un atentado ilícito a sus derechos sobre los bienes, garantizados por el art. 1 PA. No cuestionaban la legalidad intrínseca del permiso de expropiar o de la prohibición de construir, sino los efectos negativos de su larga duración sobre sus propiedades: habían perdido la posibilidad de vender sus inmuebles en condiciones normales de mercado, no tenían oportunidad de reclamar, después de la expropiación, la plusvalía por trabajos efectuados en el inmueble, la misma prohibición de construir sobre el propio suelo, etc. Sin alegar privación de su propiedad, sí denunciaban la sujeción excesiva de la libre disposición de sus bienes, a la vez que carecían de compensación alguna por ello. En definitiva, aducían que sus derechos de propiedad se hallaban vacíos de contenido durante el tiempo de vigencia de las medidas en cuestión.

El Gobierno sueco admite las restricciones al ejercicio normal del derecho de propiedad, pero acentúa que son medidas inherentes a la ordenación urbanística. Sin embargo, el TEDH no acepta este argumento: "Si se dejara jurídicamente intacto el derecho de los interesados de disponer y usar de sus bienes, los permisos de expropiación no hubieran reducido tanto la posibilidad y práctica de su ejercicio. Ellos afectan a la sustancia misma de la propiedad, ya que reconocían con antelación la legalidad de una expropiación y autorizaban a la ciudad de Estocolmo a proceder de esta forma y cuando ellos lo consideraran oportuno. El derecho de propiedad de los demandantes era así precario y revocable". El TEDH afirma que, aún cuando no ha existido una expropiación formal, "hay que analizar la cuestión más allá de la experiencia y considerar la realidad de esta situación litigiosa", ya que "el CEDH protege derechos concretos y efectivos"; con esta luz, aprecia en el caso una "expropiación de hecho": el derecho de propiedad "ha perdido su substancia", aunque no haya desaparecido. Se ha roto el equilibrio que debe existir entre interés general y del individuo; sólo si los demandantes hubieran podido reclamar la reducción de los plazos de las medidas exorbitantes acordadas o exigir una reparación se habría podido restablecer tal equilibrio.

(13) Los cuatro demandantes, contables holandeses, comenzaron a ejercer su profesión entre 1.947 y 1.950. Hasta 1.962, la profesión de contable no estaba reglamentada jurídicamente; en ese año, por ley se reserva el título de contable a aquellos que hubieran ejercido como mínimo los 15 años anteriores a la entrada en vigor de la ley, lo que les excluía a los cuatro. Ellos se sitúan bajo el ángulo del art. 1 PA para denunciar un atentado a sus bienes: su volumen de asuntos profesional se ha visto reducido en torno a un 60%. Se fundan en la opinión disidente del Juez WIARDA en la S. KÖNIG (de 28 de junio de 1.978). En esta opinión, premonitoria de la evolución jurisprudencial posterior, WIARDA estima que la clientela de la clínica

tiene un carácter de derecho privado, semejante en cierta medida al derecho de propiedad.

(14) El demandante es una Sociedad Anónima que rige un restaurante; ha obtenido su licencia autorizando la venta de cervezas, vinos y otras clases de bebidas alcohólicas. La decisión administrativa de revocación de la licencia, debida a la inexactitud de su contabilidad, carece de recurso judicial en derecho sueco. El demandante alega la violación de los arts. 6.1 CEDH y 1 PA. La CoEDH entiende que la autorización de venta de bebidas alcohólicas afecta a los intereses económicos ligados a la empresa, pues es un elemento importante de la explotación del restaurante y, por tanto, la revocación de la licencia es un atentado a los derechos garantizados a la sociedad por el Protocolo Adicional. Aunque la licencia no es un bien en sí misma considerada, sí constituye un elemento suficiente y significativamente necesario para la explotación de los intereses económicos y, en consecuencia, su revocación constituye una disminución del "goodwill". El TEDH va a seguir en este caso literalmente el argumento de la CoEDH.

(15) La CoEDH ha afirmado esta regla en numerosas ocasiones. En un primer asunto, el demandante es un estudiante de hidroboránica que prepara una tesis en la Universidad de Uppsala. Denuncia la denegación de una ayuda a su investigación por parte de la Universidad. La CoEDH, tajantemente, afirma que "no se puede razonablemente deducir de la obligación estatal de asegurar a todos el derecho al respeto de sus bienes, un derecho que permita requerir la exigencia de una asistencia financiera pública que le permita disponer efectivamente de sus bienes" (Decisión X. c. Suecia, de 19 de diciembre de 1.974). Tampoco en su Decisión X c. R.F.A. de 6 de marzo de 1.980 ve la CoEDH en el art. 1 PA la obligación de un ajuste sistemático del ahorro de sumas bancarias en relación a la subida generalizada de precios.

(15) En este caso, cierto número de piezas de oro introducidas fraudulentamente en Gran Bretaña son confiscadas (a juicio del TEDH de manera legítima).

(16) Se trataba de un editor londinense que había pagado los derechos de traducción y publicación de un libro titulado "El pequeño libro rojo de los escolares", dedicado a la educación sexual; la obra comportaba ciertas partes que la jurisdicción inglesa había estimado como pornográficas. Según la legislación británica sobre publicaciones obscenas, tales obras no podían venderse a menores. En consecuencia, al editor HANDYSIDE se le impuso una multa y la destrucción de los ejemplares. Este reacciona ante el TEDH basando su demanda en la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y de propiedad (art. 1 PA). El TEDH afirmó que la noción de "protección de la moral" del art. 10.2 CEDH está comprendida en la idea más amplia del "interés general", por lo que la restricción de la propiedad estaba justificada, y que existe un principio común a todos los Estados miembros, en virtud del cual se permite al Estado confiscar para su subsiguiente destrucción las cosas cuyo uso ha sido regularmente juzgado como ilícito o peligroso para el interés general, por lo que no ha existido infracción del art. 1 PA.

(18) Ver por todos, HIGGINS: "The taking of property: recent developments in international law", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1.983, t. 176, La Haya.

Parece posible identificar la "substancia de la propiedad" con el concepto de "contenido esencial" de los derechos al que se refiere nuestro art. 53.1 CE.

(19) Ver sobre este problema RUSSO, C.: "L'applicabilité des principes généraux du droit international visés à l'article 1 du Protocole no. 1", en *Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Colonia, 1.988, pp. 547 y ss.; CONDORELLI: "La proprietà...", *ob.cit.*, pp. 175 y ss. y ZANGHI: "Il diritto di proprietà...", *ob.cit.*, pp. 9 y ss.

(20) "Le droit a la propriété et la CEDH", en "Il diritto di proprietà nel quadro della CEDH", *ob.cit.*, pp. 27 y ss.

(21) En "Il problema dei diritti di proprietà e l'ordinamento comunitario", *Affari sociali internazionali*, n. 3, 1985, pp. 33 y ss.

(22) Los criterios generales enunciados por el TJ en materia de tutela de derechos fundamentales han sido los siguientes:

a) En la Sentencia INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT (de 17 de diciembre de 1970), la Corte afirma: "La tutela de los derechos fundamentales constituye parte integrante de los principios jurídicos generales cuya observancia garantiza el Tribunal. La salvaguarda de estos derechos... se garantiza dentro del ámbito de la estructura y fines de la Comunidad". Tales derechos resultan de "las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros".

b) En la Sentencia NOLD (de 14 de mayo de 1974), el TJ renueva la llamada a las "tradiciones constitucionales comunes" y añade otro criterio: los tratados en materia de derechos humanos a los que los Estados miembros se han adherido o han cooperado (referencia implícita a la CEDH y a Francia, que aún no pertenecía a tal organización).

c) Desde la capital Sentencia HAUER (de 13 de diciembre de 1979), se hace referencia tanto a las tradiciones constitucionales comunes como a la CEDH (aunque más tarde el TJ ha acudido a otros instrumentos internacionales, como algunos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, etc.).

(23) En "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", *Nuove dimensioni nei diritti di libertà* (Scritti in onore di P. BARILE), Padua, 1990, pp. 621 y ss.

(24) Como ya había advertido K. ZWEIGERT ("Les principes généraux du droit des États membres", en *Les Nouvelles*, 1969, p. 445), la definición del principio general del Derecho comunitario no consiste en la búsqueda de la solución acorde al mayor número de ordenamientos, sino aquella "cualitativamente mejor" por ser "hacia la que cada ordenamiento jurídico tiende a dirigirse, al menos inconscientemente".

(25) Para un comentario del derecho de propiedad privada en el ordenamiento español, puede consultarse mi estudio: "El derecho de propiedad privada en la Constitución Española", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

