

## **PRIVACIDADE E ACCESIBILIDADE SOCIAL DA PROPIEDAD**

Antonio Díaz Otero  
Corpo Superior da Administración  
da Xunta de Galicia

### **O DEREITO DE PROPIEDAD**

O estudio de dereito de propiedade non é tarefa exclusiva e excluín-te do Dereito Privado; e non pode selo porque a configuración dunha sociedade, a tódolos niveis, descansa sobre o reparto das titularidades e utilidades dos bens nos que aquela satisfai as súas necesidades. Por iso, se ben cada concepción da propiedade ten un valor mutable segundo as circunstancias históricas, pódese afirmar que este dereito existirá sempre, alomenos nun plano obxectivo, na medida en que, inevitablemente, alguén terá que decidir acerca da disposición, uso e disfrute das cousas.

Sentado o anterior é doado comprender porque a propiedade cómpre un papel principalísimo na evolución do Dereito Público en xeral e do Administrativo en particular máxime cando as esixencias do Estado Social e Democrático de Dereito consagran unhas liñas de actuación transformadora do «status quo» económico-social nas que o Poder Lexislativo e a propia Administración pública lonxe de limitarse a un papel neutral, asumen un rol activo de reordenación e penetración das forzas sociais.

O aludido protagonismo do Lexislador levou a moitos a afirmaren que non estamos perante un instituto unitario senón plural dado que as diversas leis conforman o dereito consonte as diferentes características obxectivas de cada categoría de bens (1). Esta postura que arrinca dos xa clásicos estudos

---

(1) Bassols Coma y Gómez Ferrer-Morán, «La vinculación de la propiedad por planes y actos administrativos». V Congreso Hispano Italiano de profesores de Derecho Administrativo. I.E.A., 1973, pax. 80.

de Josserand, en Francia, e Pugliatti en Italia é consecuencia dos datos evidentes que nos subministra o Dereito positivo, que ó establecer enormes diferencias entre os réximes xurídicos segundo a natureza de cada ben, convidanos a superarmos un esquema apriorístico e abstracto do que sexa a propiedade.

Mais o dato incontestable da existencia dunha multiplicidade de estatutos propietarios non nos debe facer pasar por alto toda unha serie de materiais normativos, xurisprudenciais e doutriniais nos que subxace un concepto omnicompreensivo nos seus rasgos máis nucleares. O esnaquizamento da categoría xurídica da propiedade non é tan real se se ten en conta que para describir todo un feixe de facultades dispositivas e utilitarias sobre os bens segue sendo imprescindible botar man de nocións de propiedade totalizadoras. Centrarse exclusivamente nun determinado sector conlevaría unha descontextualización do réxime xurídico elixido de resultados parciais e insatisfactorios, cando non simplista. Hoxe en día o concepto xeral de propiedade segue a ser algo máis que un valeiro «nomen» carente de substancia como o desmostran os innegables vencellos que se manteñen entre as disciplinas sectoriais e o esquema unitario da propiedade (2).

Cómpre ter en conta que un réxime totalizador e omnicompreensivo, na época das codificacións, era o medio máis eficaz para combater os privilexios en nome das ideas revolucionarias. Asemade, o contido deste réxime como atribución de tódalas facultades posibles sobre un ben a prol dun único suxeito supuña a eliminación das cargas, vínculos e gravames que sobre a propiedade pesaban e a conseguinte derrota da concepción estamental fronte a individualista e liberal.

---

(2) Lobato Gómez, *Propiedad Privada del Suelo y derecho a edificar*, Ed. Montecorvo, Madrid 1989, pax. 364-365, quen sostén que «se se analiza a normativa dictada en materia de propiedade se evidencia que, aínda que a noción de propiedade debe ter en conta os diversos estatutos normativos, pode ser concebida en senso unitario, non só en base á xenérica constatación de que ó propietario lle é garantizada a apropiación do ben de forma exclusiva, senón tamén en canto ós devanditos estatutos representan especificacións dunha estrutura unitaria da cal xurdiron».

En *Contra López y López, La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos 1988, pax. 39 e 45.

Pronto as transformacións económicas determinaron a necesidade dunha intervención lexislativa en determinados sectores que foi concibida non como una excepción a aquel esquema dogmático, senón como unha adaptación deste ás novas realidades e que como moito introducían límites puramente externos. A clásica doutrina da elasticidade do dominio responde a estes criterios.

O paso do Estado Liberal ó Estado Social supón unha transformación cualitativa, pero a advertencia de Rodotá de que «non parece posible un esclarecemento serio das modalidades de funcionamento dos singulares estatutos que non teña en conta os condicionamentos que ata onte determinaban o esquema unitario da propiedade e as influencias que aínda exerce»(3) parece certa. Dende un punto de vista xa non histórico senón lóxico, este mesmo autor sinala que a especialidade supón xeneralidade polo que carece de senso falar de propiedades especiais se negamos ese contido xeral de referencia (4).

Acabamos de afirmar que o Estado Social supón un cambio cualitativo polo que debemos ter en conta os parámetros normativos que o informan. Estes encóntranse na cúspide no noso ordenamento xurídico, isto é, na Constitución. Pero se acudimos a esta para encontra-lo marco en que se desenvolve o dereito de propiedade haberá que partir primeiro do que o texto constitucional predica directamente do mesmo que non é outra cousa que a existencia dun contido esencial deste dereito.

En efecto a Constitución española, seguindo o modelo do artigo 19.2 da Lei Fundamental (Grundgesetz) da República Federal de Alemaña, garante, no seu artigo 53.1, xunto a reserva de lei para regula-los dereitos consagrados no capítulo II do Seu Título, a necesidade de que o devantado desenvolvemento lexislativo respecte, sempre, o seu contido esencial. Desta maneira, á luz do noso texto fundamental que ha de informar todo o noso ordenamento xurídico, cabe soste-la existencia dunha sustancia común a tódolos estatutos propietarios.

---

(3) Rodotá. El terrible derecho, Civitas 1986, pax. 56.

(4) Rodotá, op. cit. 49-55.

Segundo o enriba afirmado, os diferentes estatutos xurídicos da propiedade (xa sexa agraria, forestal, urbana etc) por expresa prescripción constitucional han de encerrar no seu seo un contido esencial común. Xa non se trata, polo tanto, de discutir se existe ou non un contido apriorístico en relación cos diversos estatutos legais na pescuda dó que é ese contido esencial recoñecido e garantido constitucionalmente, pois se ben tal expresión semella evocar conceptos dogmáticos previos, non cabe dúbida que a Constitución posúe, de seu, unha capacidade de definición autónoma.

## **O CONTIDO ESENCIAL**

A garantía material dun contido esencial dos dereitos fundamentais responde á necesidade de facelos resistentes fronte ó Poder Lexislativo. O artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn contén unha técnica constitucional que pretende se-lo antidoto que impida que, por vía de desenvolvementos lexislativos posteriores, un dereito fundamental consagrado constitucionalmente quede valeiro de contido. Neste artigo se inspira o 53 da Constitución española onde a garantía do contido esencial se conecta coa garantía formal da reserva de Lei.

Nesta liña o Tribunal Constitucional, nalgunhas das súas primeiras sentencias (13 de febreiro de 1981 e 8 de abril de 1981) deixou claro que a natureza xurídica do contido esencial xoga como límite á liberdade de decisión política á hora de establece-lo réxime xurídico do exercicio dun dos dereitos recoñecidos no capítulo II do Título I da nosa lei de leis. Deste xeito estes dereitos, posúen un núcleo duro resistente fronte a calquera disposición legal e, xa que logo, e con máis razón, fronte a calquera acto administrativo de execución desa disposición.

Pero como é obvio o respecto ó contido esencial non é o único límite propio dos dereitos devanditos. Xa na mentada sentenza de 8 de abril de 1981 o Tribunal Constitucional fala duns límites constitucionais expresos e específicos. A parte dos que a Constitución establece expresamente en relación con algúns dereitos concretos (así a orde pública recóllese de xeito explícito como barreira á liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto ou ó dereito de reunión) están aqueloutros que derivan da necesidade de respectar outros

dereitos de análogo rango (así o dereito á intimidade e a propia imaxe limita a libre expresión e difusión de pensamentos, ideas e opinións) e tamén aqueles determinados pola necesidade de amparar bens constitucionalmente protexidos. Isto último ten especial interese pois, como afirma Parejo Alfonso» a ponderación de bens reclama a inserción do valor específico que represente o dereito fundamental de que se trate dentro da orde de valores contitucional para establece-la súa importancia relativa en relación a outros bens igualmente protexidos pola Constitución e resolver dende esta perspectiva o problema de valided dunha determinada incidencia no dereito fundamental considerado» (5).

Dende esta perspectiva, o Tribunal Constitucional ten afirmado a existencia de fins sociais que deben considerarse prioritrios fronte a algúns dereitos individuais, pero advertindo que esta superioridade de rango debe derivarse do propio texto constitucional, sinalándose como exemplo disto o artigo 33 que delimita o dereito de propiedade de acordo coa súa función social (Sentencia 22/1984, de 17 de febreiro, fundamento xurídico 3º).

Todos estes límites aquí aludidos configuran as condicións que definen o recoñecemento dos dereitos fundamentais polo que determinan o seu contido normal así pois nunca entrará en xogo, no que aqueles atinxe, a garantía do contido esencial. E no proceso ulterior de construción do Dereito onde esta garantía terá operatividade. Agora ben, chegados a este punto, cómpre sabermos que é o que constitúe ese contido esencial.

O Tribunal Constitucional propón dous vieiros complementarios: por unha banda o contido esencial se identifica con aquel feixe de «facultades ou posibilidades de actuación necesarias para que o dereito sexa recognoscible como pertinente ó tipo descrito e sen as cales deixa de pertencer a ese tipo e ten que pasar a quedar abranguido noutro, desnaturalizándose, por decilo así.» Agora ben, o Tribunal parece fuxir de calquera risco de conxelación dunhas determinadas concepcións e busca uns criterios flexibles e dinámicos ó establecer como criterio hermenéutico fundamental de cara a esa recognos-

---

(5) Parejo Alfonso, «O contido esencial dos dereitos fundamentais na xurisprudencia constitucional, a propósito da Sentencia do Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. REDC, vol 1, num. 3

cibilidade «o momento histórico que en cada caso se trata e as condicións inherentes ás sociedades democráticas,...». Tales condicións no noso sistema non poden ser outras que os valores contidos no artigo 1.1 da Constitución. Esta debe concebirse como algo que vai moito máis aló da organización das institucións políticas e a salvagarda de determinadas liberdades, de aí que os dereitos fundamentais sexan a manifestación de contidos materiais consistentes en valores de rango constitucional que deben impregnar de sentido o conxunto do ordenamento xurídico (6).

Po la outra banda o noso Tribunal mantén que cabe falar «dunha esencialidade do contido do dereito para facer referencia a aquela parte do contido do dereito que é absolutamente necesaria para que os intereses xuridicamente protexibles, que dan vida ó dereito, resulten real, concreta e efectivamente protexidos. Deste xeito, sobárdase ou descoñécese o contido esencial cando o dereito queda sometido a limitacións que o fan impracticable, o dificultan máis aló do razoable ou despoñan da necesaria protección» (7). Así pois será necesario ter en conta, ademais dunha introspección no contido do dereito, uns datos exteriores fundamentais: aqueles produtos, rendementos ou vantaxes por mor dos cales se outorga unha esfera de poder.

Obsérvese, xa que logo, unha posición flexible que foxe de encorsetamentos ríxidos e que se esforza por dotar de permeabilidade a esta cuestión crucial da dogmática constitucional. Nembargantes, flexibilidade e permeabilidade non poden ser aquí sinónimos de relativismo; a protección do contido esencial debe considerarse ou identificarse cunha garantía institucional.

Na sentenza do Tribunal Constitucional de 27 de febreiro, déixase claro que gran parte dos dereitos fundamentais que a Constitución reconece constitúen, asemade, garantías institucionais xa que ámbalas categorías xurídicas en modo ningún son incompatibles, o que, como non podía ser doutro xeito, xa se apuntara polo alto Tribunal dende as súas primeiras sentencias ó declarar que os dereitos fundamentais non son só dereitos subxectivos senón «elementos esenciais dun ordenamento obxectivo da

---

(6) Parejo Alfonso, «Os valores na xurisprudencia do Tribunal Constitucional» en Homenaxe ó Profesor García Enterría, Civitas.

(7) Sentencia do Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

comunidade nacional, en canto ésta se configura como marco dunha convivencia humana xusta e pacífica, plasmada historicamente no Estado de Dereito e, máis tarde, no Estado social de Dereito ou Estado social e democrático de Dereito, segundo formula a nosa Constitución» (Sentencia de 14 de xullo de 1981). O aspecto obxectivo dos dereitos fundamentais fai que non sexa convincente unha diferenciación excluínente entre estes e as garantías institucionais (8).

Agora ben, este aspecto obxectivo non pode facernos concebi-lo conxunto de dereitos e liberdades como un sistema pechado en si mesmo senón como unha estrutura aberta e receptora dos influxos temporais e históricos e nos que os especialistas en Dereito terán un especial protagonismo (9) sen que isto supona ningún tipo de reduccionismo pois á luz do artigo 10.2 da Constitución para delimita-lo contido esencial dun dereito haberá que ter presente, en palabras de Pérez Luño «a conciencia histórica que posúe a enteira humanidade» (10). Evidentemente non se trata dunha apelación retórica senón dunha remisión a textos moi concretos como a Declaración Universal de Dereitos Humanos da ONU e os tratados e convenios internacionais sobre dereitos humanos ratificados por España, entre os que destacan os Pactos Internacionais de Dereito Cívico e Político e Dereitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966, e o Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, asinado no seo do Consello de Europa en 1950.

Se ben é certo que as consideracións anteriores supoñen a superación dun estricto formalismo xurídico o que debe quedar claro é que o recurso a contidos axiolóxicos, ás conviccións xeralmente admitidas, á dogmática xurídica comunmente aceptada ha de realizarse partindo da Constitución e en consoancia coa mesma e considerando a esta como un todo «no que cada precepto adquire o seu pleno valor e senso en relación cos demais»

---

(8) Baño: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española» REDC. número 24, 1988.

(9) «Os especialistas en Dereito poden responder se o que o lexislador regulou se axusta ou non ó que xeralmente se entende por un dereito de tal tipo». (Sentencia do Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981).

(10) Pérez Luño, Os Dereitos fundamentais, Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1988, pax. 79.

(Sentencia do Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de xuño, fundamento xurídico 2º.

Unha ponderación dos datos normativos contidos no noso texto constitucional dilucidará ata que punto son xustificadas posibles temores de inseguridade xurídica e porá de manifesto, como nós cremos, que o carácter extrínseco (11) da nosa Lei de Leis fornece a súa solidez entendida como sinónimo de permanencia e innovación.

É importante non perder de vista os dous camiños trazados polo Tribunal Constitucional na súa sentenza de 8 de abril de 1981. Se hai un momento afirmabamos que non resultaba axeitada unha diferenciación excluínente entre dereito fundamental e garantía institucional isto non nos pode levar a posicións cercanas a afirmación de que o respecto ó contido esencial existe simplemente do lexislador a única obriga de garanti-la existencia da institución de que se trate, isto é, a salvagarda dalgúns supostos de feito sobre os que pode recoñecerse o dereito. Consonte esta concepción, no que atinxe ó dereito de propiedade, o seu contido esencial quedaría preservado sempre e cando se conservaran unhas determinadas categorías de bens susceptibles, nalgunha medida, de goce e disposición privadas.

As dúas vías elixidas polo alto Tribunal como complementarias para o descirnimento do que sexa o contido esencial dun dereito poñen en claro o dobre carácter de titularidade subxectiva, por unha banda, e de institución obxectiva por outra. Como síntese superadora da dialéctica producida por ese dobre carácter cabe afirmar con Barnés que «o dereito-institución goza dun contido esencial do que participa calquera forma de expresión subxectiva do dereito. Existe entón un común denominador- contido esencial representado polo dereito obxectivo, que se proyecta- e se encontra presente en todo casos súas múltiples modulacións como dereito subxectivo». (12)

---

(11) Pérez Luño opus cit. pax. 142-154.

(12) Barnés Vázquez, La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario. Civitas, Madrid, 1988, pax 274.

## O CONTIDO ESENCIAL DO DEREITO DE PROPIEDAD

O artigo 33.1 da Constitución establece que «se reconece o dereito á propiedade privada» pero non a define como tampouco especifica dun xeito directo como que se debe entender, en referencia a ela, o contido esencial garantido polo artigo 53.1

Esta indefinición pode ser entendida como manifestación da vontade do constituínte de deixa-la expresión valeira de contido por mor de ceibar en mans do lexislador a posibilidade de construí-lo concepto sen vencellos que constrinxan a súa liberdade. Nembargantes esta primeira impresión queda desmentida en canto se repara que establecido no artigo 53.1 persegue xustamento o contrario na medida en que establece como límite da reuclación legal o respecto o contido esencial.

Puidera sosterse, así mesmo, que o que a Constitución pretende consagrar é a concepción da propiedade dominante no intre da súa promulgación. Sen dúbida, como afirma Díez-Picazo. «A Constitución toma prestados conceptos preexistentes na teoría e na metalinguaxe dos xuristas; ou se se prefire dicilo doutro xeito, os toma prestados do acervo das tradicións existentes na comunidade xurídica no intre da súa promulgación» (13). Pero este mesmo autor advirte que iso non pode supor un freo á evolución dos conceptos. A cuestión é, como él mesmo apunta, ata onde pode chegarse nese proceso evolutivo.

Parece claro que se afirmamos anteriormente que para indaga-lo contido esencial dun dereito hai que atender, por unha banda, a súa recognoscibilidade como categoría abstracta, así como ós intereses que se pretenden garantir co seu recoñecemento, o primeiro elemento dese contido será o aproveitamento economicamente rendible dos bens sen necesidade de intermediación.

En efecto, dende o primeiro punto de vista un dereito de propiedade só é merecente dese nome se nun grao significativo se manifestan nel as

---

(13) Díez-Picazo, Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en Homenaje al profesor García Enterría, Civitas, pax 1258.

clásicas facultades de usar, disfrutar e dispoñer («ius utendi», «ius fruendi» e «ius disponendi»).

Se a finalidade e a razón inmediata do recoñecemento e garantía deste dereito constitúe a esencia intanxible do mesmo non parece haber razóns de peso para soste que unha relación xurídica de dominio sen unha elemental facultade de goce por parte do seu titular non vulnera o artigo 33.1 da Constitución.

Así mesmo, dende un punto de vista non individual, senón colectivo, dado que o artigo 33 da Constitución reconece ese dereito a prol de tódolos cidadáns, dificilmente tal pretensión podería ter lugar se, xa de entrada, se negara unha mínima facultade de disposición por parte do propietario.

Outro argumento a prol da consideración do poder de disposición como facultade inherente ó dominio, é que no mesmo artigo e alínea relativa á propiedade, reconécese o dereito a herdanza, é dicir, o dereito a un tipo cualificado de transmisión, a que ten lugar «mortis causa». Incluso o artigo 132.1, como ten notado Barnés, pode ser utilizado como argumento a senso contrario en tanto en canto recolle as clásicas características do réxime xurídico do dominio público entre as que se encontra a inalienabilidade.

No que atinxe a recognoscibilidade deste dereito, malia os cambios cualitativos operados nel e que máis adiante serán obxecto de análise, non cabe dúbida que confirman as afirmacións anteriores e que incluso aportan un reforzamento engadido ás mesmas na medida en que aínda se pode manter que o rasgo diferenciador da propiedade en relación ós demais dereitos reais é que o poder que outorga sobre os obxectos é superior ó daqueles.

En efecto, o dato da recognoscibilidade impele a seguir predicando esa cualidade se non se quere que a propiedade quede diluída nos seus límites precisos diferenciadores con respecto ós restantes dereitos reais sendo precisamente ese carácter de maior amplitude e forza o que impide que se confunda con outros dereitos reais.

Un percorrido polos Códigos civís vixentes dos Estados do noso contorno e do noso propio Estado así como pola doutrina que se ocupa do

tema, especialmente civilista, é iluminadora ó respecto; unha cousa é o abandono de concepcións absolutistas do dereito de propiedade como un dereito inviolable e sagrado ó único servizo exclusivista do seu titular e outra moi distinta é o desdebuxamento deste dereito ata o punto de confundilo con calquera outro de carácter patrimonial e, no peor dos casos, valeiro de substantividade. (14)

Dende o anteriormente dito parece que os elementos formais contidos no artigo 348 do código Civil seguen sendo un inexcusable punto de partida por máis que na interpretación deste artigo haxa que xogar con principios informadores que leven a metas ben distintas das imaxinadas polos codificadores decimonónicos. (15)

O propio teor literal do artigo 33.1 permítenos aseverar que se contén no seu seo unha garantía institucional da propiedade que, posta en relación co análogo recoñecemento da liberdade de empresa, nos leva a afirmar que a Constitución consagra un sistema de produción e consumo no que a propiedade privada ha de xogar un papel de primeira orde. Este singular protagonismo da propiedade privada no eido económico só será posible se se inclúen como ingredientes necesarios da mesma o dereito de goce e disposición e se se segue sostendo que o grao nesas facultades é superior ó dos demais dereitos de contido patrimonial.

Se ben é certo que na Constitución non se realizan maiores determinacións e precisións en canto ó grao de intensidade das devanditas facultades, si que á luz das condicións sociais e históricas do momento presente (que toda operación interpretativa debe ter en conta) e contextualizando o artigo 33.1 dentro do conxunto normativo constitucional, podemos afirmar

---

(14). Unha postura contundente a este respecto en DE LOS MOZOS: «El Derecho de Propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica». Madrid, 1993, onde postula recobra-lo concepto de propiedade do Código Civil.

(15) Lobato Gómez, op. cit. «Esta unidade conceptual do dominio que aparece reflectida no artigo 33.1 do texto constitucional, ó declarar que «se recoñece o dereito á propiedade privada», e se reafirma aínda máis ante a garantía dun contido esencial prevista no artigo 53.1, é a mesma que se aprecia no artigo 348 do Código Civil (non contradita ó disciplinar algunhas propiedades especiais), a mesma que reflecte o artigo 1 da vixente Lei de Expropiación e, incluso, a mesma que latexa dos artigos 76 e 87 da LS, ou no artigo 2 da LRDA, por máis que o contido do dereito presente diferencias notables entre uns e outros casos.»

con Barnés que o que queda na nosa lei suprema protexido é «a presenza dunha facultade de goce tendencialmente plena e, relativamente, sempre superior ó dos restantes dereitos que teñan por obxecto a explotación de bens». (16)

A determinación concreta desde disfrute e aproveitamento será labor do lexislador que deberá construí-las configuracións do dereito de propiedade respectando os caracteres ata aquí descritos. Posuirá, xa que logo, o poder lexislativo dunha ampla marxe de manobra (da operatividade da cláusula da función social falarase máis adiante) pero o que nunca poderá facer, por exemplo, é transforma-la propiedade nun aproveitamento enfitéutico ou nunha concesión administrativa. Unha concepción da propiedade que non conteña no seu seo as facultades de goce e disposición non atendería ó interese xuridicamente protexido polo dereito nin outorgaría a este os perfís imprescindibles para a súa recognoscibilidade.

Agora ben, a garantía dun mínimo de aproveitamento rendible non inclúe a capacidade de decisión por parte do propietario acerca dos potenciais destinos do ben. O lexislador pode recoñecerlle ou non esta capacidade, ou só facelo dentro dunhas determinadas posibilidades, pero se non o fai, é dicir, se é a Lei a que decide en exclusiva a elección do tipo de goce non estaría vulnerando o contido esencial do dereito. A diferenza da codia formal do artigo 348 do Código Civil, o artigo 350 do mesmo texto, na medida en que afirma que o dominus pode face-las obras que lle conveñan, quedou completamente inutilizado por unha realidade lexislativa que o ven desmentir especialmente no eido do urbanismo.

Aínda que reflexións posteriores verbo da función social da propiedade nos aportarán novas luces en canto a isto, non cabe dúbida que os criterios interpretativos máis simples que nos remiten como referencia á realidade histórica do tempo presente abundan para deixar sentado que hoxe en día o poder público ten consumado un proceso de apoderamento no que atinxe á facultade de determinación das diferentes clases de aproveitamento dos bens privados.

---

(16) Barnés opus cit. pax. 323.

Do dito ata aquí infírese que, fronte a determinadas posicións doutrinarias que sosteñen que a diversidade estatutaria impide falar dun tipo abstracto único para o dereito de propiedade e, xa que logo, dun único contido esencial a él referido (17), estamos en condicións de afirmarmos, moi ó contrario, que o contido esencial supón un concepto unificador do dereito de propiedade que representa un contido xenérico de facultades encadrables nas clásicas de goce e disposición.

Todo este intento de indagar verbo do contido esencial do dereito de propiedade, nembargantes, debe ser contrastado co que a propia Constitución establece pois, se ben a pescuda emprendida por parte do seu texto, segundo os criterios sinalados polo Tribunal Constitucional, estes mesmos criterios impoñen un contraste co conxunto normativo da nosa lei fundamental por mor de comprobar se os resultados son correctos.

Dentro deste conxunto normativo destaca nunha primeirísima liña a función social pois inmediatamente despois do recoñecemento do dereito de propiedade no número 1. do artigo 33, no seu número 2, se preceptúa que aquela «delimitará o seu contido de acordo coas leis».

## **A FUNCION SOCIAL**

### **Perspectiva histórica**

A idea da función social da propiedade ten fondas raíces se ben a maneira de entendela sufríu ó longo dos tempos cambios cualitativos e substanciais. Bassols Coma e Gómez-Ferrer Morán pretenden incluso ver nas vinculacións e na propiedade amortizada do século XVIII, supostos concretos da función social, así como na serie de servidumes que resolvían a tensión gandería-agricultura, a prol da primeira. (18)

Paradoxalmente na introducción no sistema económico español dunha propiedade de corte liberal veu propiciada por un papel activo do Poder Público

---

(17) López y López, opus cit. pax. 45.

(18) Bassols Coma e Ferrer Morán, opus cit. 1977.

bastante alonxado da ideal neutralidade do Estado predicada polo liberalismo teórico. A desvinculación e liberación das cargas e trabas que ataban ó dominio, así como todo o intrincado e problemático proceso de desamortización o evidencia ben ás claras.

Neste tránsito das mans mortas á propiedade libre oíronse, así mesmo, voces como a de Flores Estrada que defendían unha reforma social das estruturas co gallo da desmortización de Mendizábal que reportara beneficios ós sectores desfavorecidos do campesiñado. E unha vez que a concepción individualista do dominio foi ocupando un lugar central na realidade socio-económica e xurídica da España foi quedando patente como a espontánea consecución do ben colectivo mediante o libre xogo das forzas productivas e de mercado era desmentido pola realidade nunha medida o suficientemente significativa como para facer necesaria a intervención estatal tanto a nivel normativo como meramente administrativo.

Isto fixose patente, nun primeiro momento, no eido do urbanismo onde, baixo os títulos xustificativos de policía urbana e obra pública, se dictaron Ordenanzas municipais a nivel local e unha lexislación específica que foron deseñando todo un conxunto variado de limitacións á propiedade que, malia isto, se recollería no Código Civil como un dereito potencialmente absoluto cun contido idéntico sexa cal for o obxecto sobre o que se vai exercitar coa única excepción das denominadas propiedades especiais (augas, minas...). Así pois, por hipótese, unha derogación da normativa limitante suporía una reasunción automática do propietario de todo o seu poder ilimitado.

Pero se ben nun principio as limitacións se cinguían a cuestións moi determinantes (relacións de vecindade, servidumes legais, salvagarda dunhas condicións axeitadas de salubridade e hixiene ou a seguridade arquitectónica das construcións) (19) o seu volume así como a xeneralización de técnicas administrativas clásicas como a expropiación para fins que rebasaban con moito a súa orixinal operatividade, foron dotando á propiedade urbana dunha disciplina peculiar que non tardaría en sentirse incómoda dentro dos parámetros dogmáticos do Código Civil.

---

(19) García de Enterría, Actuación Pública e actuación privada no Dereito Urbanístico, REDA, num. 1, 1974, pax. 82.

Non tardou tampouco en manifestarse o problema do financiamento das operacións urbanizadoras pois ós entes públicos éralles practicamente imposible afronta-los elevados custos de gran número de obras e servicios municipais.

A isto había que engadir unha cuestión de xustiza material, aínda non moi acuciante na mentalidade da época, como era o reparto das plusvalías xeradas. Reparto que beneficiaba dunha maneira completamente arbitraria a uns poucos en detrimento do conxunto dos cidadáns.

Houbo que esperar á segunda década do presente século para atopar unas medidas con pretensións de auténtica coherencia e globalidade; na Lei do Ensanche de 1876 aparecía xa a técnica expropiatoria como sanción do incumprimento do deber por parte dos propietarios de realizaren determinadas aportacións de terreos sen indemnización, pero non será ata o Real Decreto de Ventosa, de 31 de decembro de 1917, cando se artelle un sistema de contribucións especiais que pretenda non repercutir na xeneralidade os gastos públicos que teñen uns beneficiarios concretos.

A modernización progresiva das infraestructuras traerá tamén consigo una normativa limitante no que atinxe a estradas e ferrocarrís, ribeiras fluviais ou marítimas na que se establecían supostos de servidumes non indemnizables.

Este panorama, sucintamente descrito, amósanos que a promulgación do Código Civil en 1888, lonxe de introduci-la carga revolucionaria de principios do século XIX, supuña, a esas alturas, unha inadecuada defensa do «statu quo» dunha burguesía acomodada nada ó abeiro do proceso desamortizador e da política decimonónica de grandes obras públicas. (20).

O latifundismo improductivo nunhas zonas, así como a inviabilidade do excesivo fraccionamento da propiedade noutras, o crecemento urbano e as bolsas de miseria provocadas pola primeira industrialización, determinaron unha intensificación da acción pública nos ámbitos aludidos así como no solo agrario e nun sector moi específico: a vivenda.

---

(20) Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, III, 1º, pax. 172.

A promoción da construción de vivendas para as capas desherdadas da poboación introduce, nesa esfera concreta, unha vinculación a un fin social manifestada nunhas importantes limitacións á teórica liberdade de disposición de todo propietario.

No que atinxe o solo agrario o problema era distinto segundo a zona do territorio a que nos refiramos. Nunha o absentismo dos grandes propietarios titulares de enormes superficies mantiña o nivel de produtividade do agro baixo mínimos e era fonte de tensións sociais cada vez máis graves. Esta situación propiciou o fornecemento daquelas correntes de pensamento que defendían a existencia duns deberes a cargo dos propietarios, o incumprimento dos cales era causa xustificativa de expropiación.

Esta concepción da propiedade, entendida non só como ibérrimo conxunto de facultades en proveito do propietario senón como determinante dunha serie de obrigas, vai xerando una conciencia xurídica que incorpora inescindiblemente á propiedade unha funcionalidade social. Funcionalidade que había que garantir mediante mecanismos tan drásticos como a expropiación forzosa.

A outra cara da moeda o representan aquelas áreas do territorio onde o problema é inverso, é dicir onde minifundismo é a tónica dominante. Aquí a tendencia ó fraccionamiento fundiario é acentuada polas disposicións do Código Civil que substitúen a unha serie de institucións consuetudinarias que, dalgunha maneira, freaban a progresiva división das fincas. neste senso, o caso de Galicia é paradigmático. Perante estes casos era imprescindible restrinxir e encauzar-la liberdade de disposición do propietario por mor de manter determinadas unidades indivisibles.

Contemplando esta situación e dadas as fortes resistencias a unha racional reforma agraria así como a agudización do problema obreiro, non nos pode estrañar que as correntes socializantes tiveran o seu eco no texto da Constitución republicana de 1931. Neste se proclamaba a subordinación da riqueza do país, calquera que fose o seu dono ós intereses da economía nacional, recollíase a expropiación por causa de «utilidade social, sen que a correspondente indemnización tivera que ser previa e, incluso, contemplábase

a posibilidade de que tal indemnización non tivera lugar se así o dispuxera unha lei aprobada polos votos da maioría absoluta das Cortes (artigo 44).

Como é doado de apreciar, a garantía do dereito de propiedade amósasenos cuns rasgos que supoñen o seu debilitamento. Así mesmo, doutra banda, tal dereito se concibe non ó servizo do particular en primeiro termo, senón do prevalente interese da economía nacional. Foi este marco o que permitiu ensaiar un primeiro intento serio de reforma agraria.

A situación política dimanante da guerra civil «non implicou unha brusca solución de continuidade coa situación inmediatamente anterior» (21) polo menos a nivle declarativo. A Declaración XII do «Fuero del Trabajo» de 1938 dispuña que tódalas formas de propiedade estaban subordinadas «o interese supremo da Nación, que ten como intérprete ó Estado», o cal «asume a tarefa de multiplicar e facer asequibles a tódolos españois as formas de propiedade ligadas vitalmente á persoa humana». O «Fuero de los Españoles», de 1945 no seu artigo 30 contiña previsións análogas e engadía que «a riqueza non poderá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente nin ser aplicada a fins ilícitos». Máis tarde en 1958 a Lei de Principios do «Movemento Nacional» dispuxo no seu Principio X que «recoñécese á propiedade privada en tódalas súas formas como dereito condicionado á súa función social». Nembargantes, o valor destas declaracións no seo dun sistema dictatorial e alleo ás máis elementais garantías democráticas, estable enormemente debilitado.

Este breve repaso pola situación xurídica española anterior ó noso sistema constitucional debe indicarnos como a idea da función social ou, alomenos, da conciencia dunha dimensión social do dominio é un produto histórico non só plasmado na elaboración doutrinal (Giner de los Ríos, Azcárate, en España, Duguit, Ihering, Gierke etc. en Europa) senón no propio dereito positivo.

---

(21) Lobato Gómez, Propiedad privada y derecho a edificar, Ed. Montecorvo, Madrid 1989, pax. 285.

## **FUNCION SOCIAL**

### **Concepto**

O artigo 33.2 da Constitución española establece, en referencia ó dereito á propiedade, que a función social delimitará ó seu contido de acordo coas leis. Esta mención directa á función social determina a necesidade de outorgarlle un valor normativo. (22) Imponse, xa que logo, supera-la súa aparente indeterminabilidade, a cal ben dada, sobre todo, pola facilidade con que o seu contido pode encherse en función de presupostos ideolóxicos contradictorios. (23)

Este carácter ambiguo e contradictorio da expresión leva algúns a afirmaren, por mor de evitar que se quede en mera retórica sen unha axeitada concreción normativa orientadora da interpretación e aplicación do dereito positivo, que o texto do artigo 33.2 debe lerse á inversa, isto é: as leis delimitarán o contido do dereito de propiedade de acordo coa función social. (24)

Nembargantes, esta lectura pode encerra-lo risco de chegar a un certo valeiramento do precepto ó entender que as leis mesmas so as han de configura-lo concepto de función social, como se esta non fora un prius do que aquelas deben partir e ó cal deben cingirse. (25) Por outra banda, ese

---

(22) En contra DE LOS MOZOS, opus cit. pax. 202 que defende que «a función social da propiedade non é un concepto xurídico en senso propio e non pode poñerse no mesmo plano que o concepto de propiedade».

(23) Rodotá, opus cit. 1987, pax. 187 a 210.

(24) Montes, Panorama de la propiedad privada después de la Constitución de 1978, en Propiedad, Urbanismo, Derecho Comunitario Europeo y Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ciclo de Conferencias de los Centros Hipotecarios de Galicia y Madrid). Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, 1986 pax. 63.

(25) López y López, opus cit. pax. 55 «... a función social preséntase, pois, como un «prius» ó que as leis han de aterse, non un «posterius» inducido das mesmas por vía de consecuencia. Tal proceder, de utilizarse, valeiraría totalmente de senso o precepto.»

No mesmo senso Rodotá, opus cit. pax. 205 «Teríamos fundadas razóns para dudar da utilidade da investigación que ata agora fixemos se nos aprestásemos a concluir que, de todos xeitos, a determinación do que debe entenderse por social queda sempre confiado ó lexislador. Nós estamos de acordo en opoñernos a un indiscriminado aumento dos poderes

teor á inversa dificultaría un entendemento da función social vinculante para tódolos poderes públicos e non só para o lexislador. No mellor dos casos levaría a entendelo como un principio de carácter programático que ten como destinatario ó lexislador, lexitimador da intervención deste, pero sen operatividade inmediata.

Se afirmamos que as leis, en principio, non xogan outro papel que o de instrumento de concreción dun concepto previo, é preciso determinalo o máis claramente posible e fixa-lo seu alcance. Labor que ha de partir dun plano superior ó das propias leis, que non é outro que a Constitución mesma.

O artigo 33.2 emprega un verbo decisivo que ilumina e enriquece a maneira de entede-lo dereito de propiedade por parte do constituínte. A expresión «delimitará», elimina de raíz toda tentación de considerar á función social como un mero límite externo do dereito que o deixa intacto na súa estrutura interna e que tan só o debe modular dende fóra da mesma cando entre en conflito cun xenérico interese xeral. (26)

Delimitar significa configurar, determinar dende dentro. Isto quere dicir que a modulación non é extrínseca senón intrínseca polo que, por forza, debe atinxi-la natureza mesma do dereito. A súa substancia adquire, xa que logo, un novo significado. Non é un mero principio orientador sen incidencia nas titularidades concretas sobre os bens (27) senón que a natureza das mesmas queda afectada formulando unha nova maneira de entendelas.

Isto é así porque o artigo 33.2 afirma que a propiedade privada ha de cumprir unha función que trascende o puro interese exclusivo do propietario. Este non ha de ser anulado pero debe dirixirse cara á satisfacción do ben común da colectividade. Unha conclusión así é a única posible se se queren concilia-los números 1 e 2 do artigo 33, isto é, o teor garantista do primeiro e os postulados máis acordes co Estado social do segundo.

---

das autoridades lexislativas; e non vemos que haxa formas diferentes da lei para establecer sancións ou para impor obrigas concretas. Mais diso a un valeiramento total da disciplina constitucional media unha distancia moi importante.

(26) Rodotà, opus cit. pax. 188.

(27) Albadalejo: Derecho Civil III, Vol 1º, Barcelona 3ª edición, 1977, pax. 247 ess.

Unha lectura fragmentaria de cada un iría contra as máis elementais regras da hemenéutica, e moi especialmente da interpretación dos preceptos constitucionais. O propio Tribunal Constitucional ten repetido en múltiples ocasións a necesidade de considera-la norma suprema como un todo só entendible con criterios sistemáticos e integradores. O apego a unha lectura literalista e automatizada, polo demáis, desembocaría en antinomias irreducibles. (28)

Como non se trata de privar ó propietario das facultades inherentes ó seu dereito (o que sería igual a negalo vulnerándose, xa que logo, o artigo 33.2) o que se persegue é que o exercicio de tales facultades sexa socialmente útil. Non se trata de volver ás ideas liberais onde dun xeito connatural o interese individual ven coincidir co da colectividade, senón de esixir ó titular do dereito determinados comportamentos positivos.

Iría contra o contido esencial do dereito de propiedade converter ó propietario nunha sorte de funcionario que debe atender ó interese xeral. Se non se quere valeirar de contido o 33.1 en relación co 53.1 non se pode impor ó dominus a consecución de fins contrarios ó seu poder de goce e disposición orientados á procura do seu propio ben pero si se lle pode esixir que no exercicio dese poder contribúa ó benestar xeral.

Esta esixencia será o fundamento lexitimador da intervención pública sobre o contido da propiedade na que o lexislador ostentará un protagonismo indudable configurando para cada categoría de ben en que debe consistir esa utilidade privada para que sexa socialmente útil. Agora ben, esa utilidade privada deberá estar presente sempre agás nos supostos expropriatorios.

Así as cousas, pódese afirmar que estamos perante un novo fundamento da atribución privada de bens no senso de que esta xa non é incondicionada; en palabras de Rodotá «a posición do particular consiste no goce cualificado dunha función» (29)

---

(28) Sobre a necesidade de considera-lo texto constitucional como unha estrutura unitaria dotada de coherencia interna en relación ó artigo 33 vide. Pérez Luño, «Comentarios a las Leyes políticas» (dirixido por Oscar Alzaga) «Constitución española de 1978», III, «Comentario ó artigo 33» pax. 405 e 406.

(29) Rodotá, opus cit. pax. 202.

«A función maniféstase, en primeiro lugar, como falta de atribución ó propietario de determinadas facultades; en segundo lugar, como conxunto de condicións para o exercicio das facultades atribuídas, e, finalmente, como obriga de exercitar determinadas facultades sobre a base dunha apreciación libre e de acordo con modalidades sinaladas. (30)»

Como se pode apreciar a función social ten unha incidencia directa no exercicio do dereito subxectivo, atinxe de xeito directo a verquente individual do dereito configurando o seu contido normal polo que as modulacións introducidas (reducción de facultades, exercicio condicionado das mesmas e deber de comportarse nun senso determinado), non son indemnizables.

A idea de función e o concepto de dereito subxectivo non poden, polo tanto, considerarse incompatibles, é preciso abandonar definitivamente a concepción clásica deste último que a identificaba como unha atribución unilateral de facultades. Se a manifestación típica e paradigmática do dereito subxectivo era a propiedade e esta sufriu unha mutación esencial haberá que admitir que a propia categoría de dereito subxectivo no marco do Estado social de Dereito non pode ser idéntica á que foi construída dende as esixencias do Estado liberal. Evidentemente, os valores do primeiro difiren en gran medida dos do segundo polo que as institucións, por forza, han de recibir novos significados. Xa autores como Hernández Gil advertiran que «a consideración teleolóxica da función social é un grao máis avanzado da reflexión que se enuncia a través dun xuízo de valor... a función -Concluía-inclúe unha actitude axiolóxica (31)». Introducidos uns novos valores (artigo 1º da Constitución) as institucións se transforman interiormente, o que no caso da propiedade supón a incorporación de determinadas obrigas, e así o dereito subxectivo deixa de ser o que foi para converterse nunha situación xurídica complexa na que conflúen facultades e deberes. (32)

Ata agora temos afirmado que a función social consagra a necesidade de que o aproveitamento privado dun ben por parte do seu titular sexa

---

(30) Rodotá, opus cit. pax. 238.

(31) Hernández Gil, La función social de la posesión. Madrid, 1969, pax. 74.

(32) Sobre a interacción das transformacións dos conceptos de dereito de propiedade e dereito subxectivo, vide. Pérez Luño, opus cit. pax. 419-425.

socialmente útil. Queda, pois, por contestar unha pregunta fundamental ¿en que consiste esa utilidade social? Unha vez máis haberá que rastrexar na Constitución as claves para a resposta. A pescuda deberá ter en conta os valores superiores do ordenamento xurídico, en especial a harmonía e combinación entre a liberdade e a igualdade.

En efecto, a propiedade debe ser un instrumento utilísimo e irrenunciable á hora de garantir instrumentos materiais para que a liberdade dos individuos e dos grupos sexa algo máis que unha posibilidade teórica. Agora ben, a liberdade debe predicarse de todo individuo, como corresponde á dignidade da persoa (artigo 10) co que a procura da corrección de desigualdades materiais deven como tarefa irrenunciable na que os poderes públicos corresponde un obrigado protagonismo prescrito polo artigo 9.2

A dicción literal do precepto é dunha claridade meridiana: «Corresponde ós poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos nos que se integra sexan reais e efectivas; remove-los atrancos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilita-la participación de tódolos cidadáns na vida política, económica, cultural e social». Téñase presente que do propio teor do texto se deduce que a igualdade á que se refire non é identificable a unha mera «non discriminación» (contemplada concretamente no artigo 14) senón que se trata dun principio de igualdade material que, iso si, terá que compatibilizarse co recoñecemento da propiedade privada e da liberdade de empresa.

Deste xeito, esváense as fronteiras entre o público e o privado, producíndose una interconexión entre Estado e Sociedade que algúns ven como determinante da primacía dos dereitos sociais sobre os individuais (33). Non parece, nembargantes, que haxa unha base clara para establecer relacións de supremacía e subordinación entre uns dereitos e outros segundo un suposto carácter máis social ou máis individualista dos mesmos. Do que se trata é de establecer unha interpretación integradora de todos e cada un dos dereitos de xeito que na determinación do seu contido e significado se teñan en conta os datos informantes dos demais e do conxunto do ordenamento.

---

(33) Sánchez Blanco, *El Sistema económico de la Constitución española*. Civitas, Madrid 1992, pax. 127 a 132.

En definitiva, do principio de igualdade como valor superior do ordenamento xurídico (art. 1), do papel dos poderes públicos e da necesidade de facilita-la participación dos cidadáns na vida económica xa se pode deducir con Barnés que «o dereito de propiedade privada se atopa transido e surcado por un eixo esencial, consistente en facilita-lo disfrute económico dos bens ós demais cidadáns, ou á enteira sociedade». (34)

Dende logo, se non se pode negar que a Constitución deseñou un sistema económico no que a propiedade xoga un papel importantísimo ó abeiro dunha indiscutible garantía institucional e que é así mesmo evidente o recoñecemento dun contido esencial deste dereito, unha participación na vida económica do cidadán non será máis ca unha declaración retórica se non se traduce nunha accesibilidade ó disfrute económico dos bens. E a isto xustamente ó que debe atender a función social cando determina para unha categoría de obxectos as limitacións, poderes e deberes que constituirán o réxime da propiedade privada.

Esta comprensión da función social parece ser confirmada por outros datos como o propio teor do artigo 33.1 que «alude expresamente ó recoñecemento do dereito á propiedade privada e non ó dereito de propiedade privada (35). Pero dedúcese tamén, por exemplo, da «protección social, económica e xurídica da familia», do dereito á educación de todos compaxinado co recoñecemento ás persoas físicas e xurídicas de creación de centros docentes dentro do respecto ós principios constitucionais (art. 27) - pois é evidente que tal liberdade sería ficticia sen un recoñecemento da propiedade privada-. Así mesmo está nesta liña o dereito de todos a disfrutar dun medio ambiente adecuado para o desenvolvemento da persoa, así como o deber de conservalo xunto coa necesidade dunha utilización racional de tódolos recursos naturais. (art. 45)

Seguindo a relación, tamén poden ser citados o deber de conservación do patrimonio histórico, cultural e artístico calquera que sexa a súa titularidade (art. 46) o dereito de todos a disfrutar dunha vivenda digna e

---

(34) Barnés, opus cit. pax. 71.

(35) Pérez Luño, *Derechos fundamentales, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pax. 390.

adecuada, a utilización do terreo de acordo co interese xeral (art. 47) ou a subordinación de toda a riqueza do país nas súas distintas formas e sexa cal sexa a súa titularidade ó interese xeral (art. 128).

Particular interese na fundamentación desa accesibilidade dos bens tena o artigo 129.2 cando se dispón concretamente que os poderes públicos establecerán os medios que faciliten o acceso dos traballadores á propiedade dos medios de produción. Se isto se establece a prol das categorías sociais que máis difícil acceso teñen á propiedade é porque existe un principio de accesibilidade en beneficio de tódolos cidadáns.

Negar este criterio de accesibilidade sobre a base de que na Constitución non existe unha formulación expresa deste criterio parece non ter en conta a globalidade aquí exposta que é á que hai que atender se non se quere caer nunha interpretación literalista que non atende a criterios sistemáticos. Ademais, nin sequera é exacto o aserto pois o artigo 129.2 o ven desmentir.

Fundar, así mesmo, a negación da accesibilidade en que a función social non se estende ós modos de adquisición non ten en conta que cando se está a falar de acceso estámonos referindo á participación no disfrute dos bens de maneira que o aproveitamento do propietario permita ós demais unha participación na vida económica, polo que ten pouco que ver coa adquisición do dereito «estricto sensu». (36)

Non se trata tanto de que todos poidan adquirir una cuantía mínima de propiedades como que o dereito subxectivo mesmo estea penetrado pola función social que lle esixe exercer socialmente os seus poderes.

A propiedade privada non é, xa que logo, un atranco senón un instrumento utilizable polos poderes públicos para promove-las cotas de benestar colectivo esixidas polo Estado Social e Democrático de Dereito. Nesta liña o Tribunal Constitucional ten afirmado que «o recoñecemento dos denominados dereitos de carácter económico-social conduce á intervención

---

(36) López y López, opus cit. pax. 53 a 52 onde este autor expón de maneira sintética os argumentos contrarios á idea da accesibilidade dos bens.

do Estado para facelos efectivos, á vez que dota dunha trascendencia social ó exercicio dos sus dereitos polos cidadáns - especialmente dos de contido patrimonial como o de propiedade - e ó cumprimento de determinados deberes... a consecución dos fins de interese xeral non é absorvida polo Estado, senón que se harmoniza nunha acción mútua Estado-sociedade, que esvae a dicotomía Dereito público-privado» (37).

Chegados a este punto estamos en condicións de comprender por qué non consideramos incluídas no contido esencial do dereito de propiedade nin a intensidade do aproveitamento correspondente ó propietario nin a elección do tipo de goce xa que ó abeiro da función que o dereito debe cumprir o legislador está lexitimado para decidir estes extremos sen que isto supoña unha indemnización a prol do titular pois estamos perante un fenómeno de delimitación, é dicir, de configuración do contido normal do dereito.

O ata aquí afirmado ven coincidir coa doutrina do Tribunal Constitucional. Este establece que a fixación «do contido esencial da propiedade privada non pode facerse dende a exclusiva consideración subxectiva do dereito ou dos intereses individuais que a este subxacen, senón que debe incluír igualmente a necesaria referencia á función social, entendida non como mero límite externo á súa definición ou ó seu exercicio, senón como parte integrante do dereito mesmo. Utilidade individual e función social, definen, xa que logo, inescindiblemente o contido do dereito de propiedade sobre cada categoría de bens». Isto terá como consecuencia lóxica que a Constitución recoñeza «un dereito á propiedade privada que se configura e protexe, certamente, como un feixe de deberes e obrigas establecidos de acordo coas leis, en atención a valores ou intereses da colectividade, é dicir, á finalidade ou utilidade social que cada cateogoría de bens obxecto de dominio estea chamada a cumprir». Agora ben, esta imposición de deberes e obrigas non pode ser de tal grao que destrúa o interese particular do propietario a protección xurídica do cal outorga de senso ó recoñecemento do dereito. Por iso, o benefico social «non pode chegar a anular a utilidade meramente individual do dereito, «Na defensa dese nivel mínimo inatacable debe vir a competencia de control da constitucionalidade das leis por parte do Tribunal Constitucional sen prexuízo do labor que compete ós outros órganos xudiciais.»

---

(37) Sentencia do Tribunal Constitucional de 7-II-1974, fundamento 4.

E de suliñar que o Tribunal Constitucional chega a estas conclusións ó abeiro de criterios aquí expostos tales como «a imaxe do dereito que se ten formado a sociedade contemporánea» ou o «xeralmente admitido» pero, iso si, contrastados e confirmados debidamente cos «principios establecidos e intereses tutelados pola propia Constitución (38)» posuidores dunha eficacia informadora e normativa que necesariamente haberá que ter en conta. En definitiva, o Tribunal Constitucional, por máis que teña afirmado que a propiedade é un dereito debilitado, emprega os mesmos mecanismos de indagación e defensa do que sexa o contido esencial de calquera dereito fundamental: interese ó que atende, e recognoscibilidade.

Ata aquí chega todo o que xuridicamente se pode afirmar verbo da función social como elemento configurante da propiedade. Defender, como Barnés, que o fundamento da mesma está no destino común dos bens parece xa unha proposición ideolóxica ou filosófica coa que podemos coincidir pero que non ten unha apoiatura positiva clara, por máis que se matice que non pode entenderse como un dereito subxectivo de acceso ós bens de todos e cada un dos membros da colectividade senón como unha idea forza insita no dereito de propiedade (39).

Non parece que sexa precisa unha construción semellante para defender o carácter lexitimador da función social no senso de que o seu incumprimento xustifica a acción expropiatoria do poder público. Isto e así nin máis nin menos porque a función social pasou a introducirse no contido do dereito por imperativo do art. 33.2 pero non porque a colectividade sexa titular dun dereito previo e superior.

O recoñecemento dun contido esencial do dereito de propiedade supón a admisión da existencia dun interese propio do titular materializado nun goce e unha facultade de disposición concretos. Se o propietario non é un simple axente da Administración, tampouco o é da colectividade ou do conxunto da sociedade por máis que a Constitución estableza que a satisfacción dese interese particular deba ser socialmente útil.

---

(38) Tódalas citas desta doutrina están extraídas da Sentencia 37/1987, do 26 de marzo.

(39) Barnés, opus cit. pax. 73 a 76.