

UNIVERSIDADE DE SEVILLA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Alumno: Luiz Antônio Zanini Fornerolli

TRABAJO FINAL DE MASTER

TÍTULO:

PROPIEDAD PRIVADA Y FUNCIÓN SOCIAL:
una mirada constitucional hispano-brasileña

Sevilla – septiembre de 2007

RESUMEN

El derecho de propiedad clásico, en el curso del tiempo se ha transformado como consecuencia de los cambios económicos y sociales, modificando así, su enfoque original. El desarrollo experimentado por la sociedad a partir del inicio del siglo XIX ha conferido al derecho de propiedad un nuevo perfil. La propiedad antes caracterizada como absoluta pasó a ser vista como relativa, frente a la absorción de pigmentos sociales que pasaron a delimitar su contenido por razón de interés público. Las Constituciones de España y Brasil, acompañando ese nuevo culto a la propiedad, traen consigo, el reconocimiento y la garantía de tal derecho, pero establecen que ese deberá observar su función social, conforme doctrina prevista en la ley. Con esa previsión, las Constituciones sedimentan en la estructura orgánica del histórico instituto de la propiedad privada, un delimitador interno en su concepto primitivo, además de la existencia de los externos ya conocidos. En la actualidad para que la propiedad privada sea garantizada en los términos constitucionales, se debe cumplir con la función social definida por la ley. En el ejercicio del dominio el propietario tiene que observar las prescripciones legales, que deberán estar informadas por la supremacía del interés colectivo sobre el particular, que es, en conclusión, el delimitador intrínseco de la propiedad.

LISTA DE ABREVIATURAS

ampl. – ampliado

art. – artículo

arts. – artículos

atual. – actualizado

aum. – aumentado

ed. – edición

inc. – inciso

n. – numero

ob. cit. – obra citada

p. – página

rev. – revisado

v. – volumen

t. – tomo

trad - traducción

LISTA DE SIGLAS

ADI-MC – Acción directa de inconstitucionalidad – Medida cautelar

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BOE – Boletín Oficial del Estado

CC – Código Civil

CE – Constitución española

CRFB – Constitución da República Federativa do Brasil

EC – Enmienda Constitucional

F. J. – Fundamento Jurídico

IPTU – Impuesto Predial y Territorial Urbano

LC – Ley Complementar

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federa

STJ – Superior Tribunal de Justicia

TC – Tribunal Constitucional

SUMARIO

1 Introducción y antecedentes.....	07
2 La propiedad privada	19
2.1 Definición y terminología.....	24
2.2 Sujetos.....	27
2.3 Caracteres	28
2.4 Elementos constitutivos y clasificación.....	32
2.5 Objeto.....	36
2.6 Limitaciones.....	37
2.7 Extensión.....	40
2.8 Tipo legal.....	41
2.9 La visión constitucional de la propiedad en Brasil	43
2.10 La visión constitucional de la propiedad en España	48
3 La función social de la propiedad	53
3.1 Panorama del constitucionalismo brasileño	53
3.1.1 Noción general.....	54
3.1.2 Propiedad y constitución.....	55
3.1.3 Tutela jurisdiccional de la propiedad	61
3.1.4 Definición de función social	63
3.1.5 Sanciones previstas en la constitución por el incumplimiento de la función social	67
3.1.6 La función social y la propiedad inmueble urbana.....	71
3.2 Panorama del constitucionalismo español	78
3.2.1 Noción general.....	78
3.2.2 Propiedad y constitución.....	80

3.2.3 Definición de función social	86
3.2.4 Contenido esencial.....	92
3.2.5 Contenido esencial de la propiedad	97
3.2.6 Propiedad y ley.....	104
3.2.7 Propiedad y expropiación.....	111
3.2.8 La función social y la propiedad inmueble urbana.....	116
4 Consideraciones finales	121
Referencias bibliográficas	126

1 Introducción y antecedentes

La propiedad, como siendo toda y cualquiera cosa con capacidad de ser susceptible de apropiación por el hombre, es sin duda, un asunto de gran relevancia en el derecho de la cosas, una vez que los bienes de una forma general están relacionados con las personas, obteniendo varias dimensiones y repercusiones.

Delante de su importancia como derecho y su íntima relación con el hombre, la propiedad pasó a hacer parte de los derechos fundamentales. Las constituciones con objeto de garantizarla pasarán a disponer expresamente a su respecto.

Los ideales liberales de propiedad, concebidos en la facultad que tiene el titular del dominio de ejercer la propiedad de la forma más amplia posible, estando sometido solamente a su voluntad, sin la interferencia de otros, fueron guindados al texto constitucional.

De un derecho de tratamiento eminentemente privado, surgió otro en consecuencia de la inserción de la materia en las constituciones. Bajo esa nueva vestimenta, el interés público pasa a tener mayor importancia que el privado.

La transformación es fruto del avance de la sociedad pasó a determinar nuevas tendencias sociales en la concepción del vetusto instituto de propiedad, alejando el matiz sedimentado en el individualismo del clásico enfoque proveniente del derecho romano.

Esa nueva óptica es impuesta como consecuencia de una evaluación histórica más ajustada al desarrollo humano, teniendo en vista al aumento de la población en los últimos siglos, y también, por la nueva reordenación de la consciencia de los derechos naturales, donde sobrelleva la vida digna como dogma fundamental. No hay más, el carácter identificador del absolutismo de la propiedad, donde había una relación jurídica entre el hombre y la cosa puramente privada e individual, de carácter sagrado y absoluto.

Esa relación exteriorizaba la intangibilidad del dominio como resultado de una cultura ultrapasada de la propiedad. Entretanto, a partir de la novel dinámica social, el absolutismo, característica emblemática de la cultura clásica del derecho de propiedad, empieza a ceder en la medida que se hace una intelección entre esa perspectiva de derecho privado con el derecho de Estado o interés de orden social.

Delante de ese análisis, el presente trabajo tiene como tema el estudio comparado de la propiedad privada y la función social, observando las previsiones descritas en las Constituciones de España y Brasil, bien como las legislaciones infra constitucionales.

Como es sabido el contenido del derecho de propiedad tiene una extensión vasta en las ordenaciones legales, habiendo por eso la necesidad de la restricción del enfoque al tratar del tema. Aquí, la búsqueda es analizar la propiedad de una forma genérica, observando, sobretodo a migración de tónica vinculada única y exclusivamente al campo del derecho civil para su nuevo posición junto al derecho público.

El instituto del derecho de propiedad está garantizado en las Cartas Magnas de España y Brasil, todavía someten las referidas normas al cumplimiento de la función social. Delante de esta sumisión, la pretensión de ese estudio es caracterizar el contenido de la propiedad conforme moldura doctrinaria de cada país, presentando los matices de similitud y diferencias.

Las constituciones, en general, consagran los altos fines sociales de cada país se propone a cumplir. Con la propiedad social no es diferente. La función social de la propiedad no es novedad de nuestros días.

Desde el siglo pasado se ve una preocupación con respecto de ese nuevo panorama de la propiedad social. Las constituciones democráticas impregnadas con el interés social, visualizan el empleo de la propiedad a servicio del bien estar general, y no apenas centrado en la visión meramente individualista de los beneficios que la propiedad puede traer a favor de su propietario única y exclusivamente.

Lo que se observa hoy, es que, ha una preocupación mayor con el aprovechamiento y la utilización de la propiedad, traspasando del interés

singular al plural de la sociedad, motivo ese que determina su inscripción en las Constituciones.

La historiografía demuestra que desde de los primordios el hombre siempre estuvo vinculado íntimamente a la cosa. Con todo, es en Roma que surge el derecho civil que viene a influenciar los códigos de las civilizaciones occidentales. Es de origen del derecho romano el esqueleto del actual instituto del derecho de propiedad utilizado en las legislaciones de España y Brasil, como de diversos otros países.

La propiedad es lo más importante y más sólido de los derechos subjetivos otorgados al individuo y que, por largo tiempo, mantuviera la misma fisonomía que le fuera diseñada por el derecho quirítico. Sin embargo, en razón de la evolución, viene sufriendo, con el pasar de los tiempos, profundas alteraciones en su alcance.

La propiedad singularizada, alcanza su apogeo en la clásica visión del derecho romano, en el cual era dado al propietario el derecho de usar, fruir y disponer de la cosa con carácter ilimitado, absoluto, exclusivo y perpetuo sobre el bien que detenía, respetando solo, aquellas limitaciones más sencillas de orden administrativa y del derecho de vecindad.

En la edad Media, el concepto de propiedad individualista fue redimensionado, pues pasó a ser concentrada en pocas manos, siendo caracterizada por la superposición de derechos sobre el mismo bien. La cosa pertenecía al rey, que daba derecho de explotación al señor feudal, que por su vez permitía la utilización por los vasallos. El rey y el señor feudal tenían garantizado el derecho político, jurisdiccional y fiscal sobre la gleba de tierra.

En esa época el vasallo ejercía con limitación la propiedad, una vez que la propiedad era del rey y del señor feudal, pero tenía el vasallaje con un deber de solidaridad y fidelidad el derecho de explotar la tierra bajo ojos de los primeros.

El territorio era sinónimo de poder. Los vasallos servían al señor feudal. El señor feudal, por su voluntad, concedía el derecho de utilización económica de la cosa y recibía prestaciones pecuniarias y otros servicios, incluso militares.

Mismo en la Edad Media, la propiedad en las comunidades germánicas tuviera un tratamiento diverso de las demás regiones de la Europa. En esas comunidades se admitía formas de propiedades colectivas, en que el titular del dominio era un grupo social (familiar o tribal) y no el individuo, desmitificando la inteligencia proveniente de la noción romana.

El feudalismo desaparece con el surgimiento de la Revolución Francesa, lo que reemplaza la comprensión de la propiedad, retornando la concepción clásica nacida en lo derecho romano.

Como se percibe, en la Edad Medieval había un régimen singular de la propiedad privada. Por cierto, el poder del señor feudal no duraría mucho, como de hecho se sucedió. La desigualdad del pasado próximo y remoto, fue la pieza motriz para el consecuente conflicto entre señores y servos, ricos y pobres, nobles y plebe, resultando en la eclosión de la Revolución Francesa.

La Revolución defenestró los privilegios de la casta social, y trajo a la vida jurídica el concepto del absolutismo del derecho de propiedad, conforme el modelo unitario del derecho romano.

Debido a particularidad con que trataba el tema de la propiedad, el Código Napoleónico se quedó conocido como el Código de la Propiedad, una vez que articula en sus disposiciones el tratamiento de la propiedad como derecho sagrado y inviolable, resucitando la forma clásica concebida en el derecho romano sobre a la propiedad.

El código establece que, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga uso prohibido por las leyes o reglamentos, derrumbando así, la estructura de propiedad formada durante la edad media.

El Código Civil Francés fue el primero apunte moderno de la evolución del derecho privado, sirviendo de orientación e influencia a las codificaciones civiles de varios Estados, sin quedarse limitado por el continente Europeo, llegó a América, Asia y África.

La finalidad de la codificación civil, era hacer un cuerpo de leyes que viniese reglar las relaciones entre los ciudadanos. Por lo tal, su principio era el desarrollo del individuo como centro de la construcción legal, apoyándose así

en la propiedad entre otros derechos ligados, íntimamente, a las personas. Nace un Estado marcadamente construido con base en la igualdad, señalando la propiedad como fuente de riqueza y símbolo de estabilidad social.

En fin, fruto del modelo del código, la propiedad es elevada a la condición de incontestabilidad, restaurándose la idea individualista. Ese concepto seguía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, aprobado por la Asamblea Nacional constituyente francesa, en 26 de agosto de aquel mismo año, solamente admitiendo que, el titular fuese despojado en caso de interés público y con una justa indemnización.

El mismo sendero, siguió la 5ª Enmienda de la Constitución americana, que compone la *Hill of Rights* (Declaraciones de Derechos), llegada en la misma época fijó que nadie sería privado de la propiedad, salvo por interés público y observando el debido proceso legal compensación.

Siguiendo el curso del tiempo, la revolución industrial secundada en la cultural, determinó la reordenación del alcance de la cualidad ilimitada del derecho de propiedad. Nuevas ideologías surgieron desde la segunda mitad del siglo XIX, propiciando una nueva óptica a ese derecho, empezando del punto de vista de nuevos matices políticos-socios-económicos.

Debe hacerse notar que, a partir de ese nuevo momento histórico, el individualismo dictado por la norma civil napoleónica se vio superado, naciendo en consecuencia un desconocido movimiento jurídico que ampliaba el sentido solidario al derecho de propiedad, originando una nueva concepción en el derecho civil.

Pandectas alemanes, como Denburg y Windcheid, empezaron una reformulación de las normas civiles dando origen al que se conoce como BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que es el Código Civil de Alemania, que entró en vigor en 1900.

Esa codificación alemán, se convierte en norma de influencia para varios países, entre ellos el Brasil. Por otro lado, siendo anterior, el código Civil español no siguió su modelo.

El concepto alemán de propiedad difiere del derecho absoluto francés, pues el BGB es una norma de avance social, en la medida que

condiciona el derecho de propiedad al espíritu social. Es decir, el ideal socializante comienza en la búsqueda de fórmulas jurídicas de institutos para garantizar la protección de elementos considerados más débiles de la sociedad, determinando una conducta más intervencionista del Estado en la economía, con el fin de proteger, planteando actividades públicas de económica y social, a favor del interés de la sociedad.

El concepto socialista de la propiedad, rasgaba el concepto de propiedad como delineado por el modelo ortodoxo romano-francés, caracterizándose por la contrariedad del enfoque de la propiedad absoluta e individual, desarrollando el retorno de la idea de la propiedad colectiva.

Con el fin de la segunda grande guerra mundial, muchos países cambiaron su economía adecuándose a una nueva realidad político-social. Dentro de esas reformas ideológicas la propiedad privada recibió un tratamiento jurídico distinto en cada sitio.

En algunos países, la propiedad de determinada cosas sería del Estado, en cuanto que otros bienes podrían ser personales, pero utilizados con fines sociales. De una forma genérica, hubo el retorno a la propiedad colectiva, con la nacionalización de las propiedades privadas, que hacen con que el patrimonio individual pase a la condición de colectivo.

En cambio, en otros países, la propiedad permanecía en el marco del orden privado, conforme veterana concepción, aplicándole, sin embargo, restricciones de acuerdo con el modelo legal adoptado. No obstante, mismo en esos Estados donde la economía estaba basada en la libre iniciativa, el concepto de propiedad pasó a tener una amplitud más larga, siendo relativizada su inteligencia tras adopción de una nueva visión de Estado, en la cual, el interés social se sobrepone al carácter privado.

Bajo el impulso social, se verifica que el concepto más consistente para el derecho de propiedad, se aleja con contundencia del carácter privatista y pasa a ser concebido mayor largueza. Frente a ese nuevo examen del pensamiento, se viste la propiedad privada, con una mirada adecuada a su utilización apropiada de servir al bien común, en una dimensión de perspectiva mucho más avanzada que en la doctrina liberal. En si, el nuevo dogma sostiene

que la propiedad debe alcanzar un ideal social de utilización como derecho natural, y no más amparada por el arcaico y anejo uso privado del propietario.

Como consecuencia de los movimientos sociales nace la formación del Estado social. México, con su Constitución de 1917 y Alemania, con su Constitución de 1919, son marcas del nacimiento de los primeros Estados con modelo constitucional de naturaleza constitucional.

Dentro del marco Estado social, se encuentra la enseñanza diseñada a partir de 1911 por León Duguit sobre la propiedad privada. Por esa doctrina, se sostiene la idea de que la propiedad privada debe cumplir su función social, alejándose de la concepción antigua de ver la propiedad como derecho absoluto.

En esa nueva visión de la propiedad, el propietario no es reconocido como el titular de un derecho subjetivo, sino que apenas detiene la riqueza; es como una especie de gestor de la cosa que debería ser socialmente útil.

La idea en síntesis era que, todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una función social, en razón directa del lugar que en ella ocupa. Por consiguiente, el poseedor de riqueza, por el hecho de poseerla, puede realizar cierto trabajo que solamente él puede cumplir.

Solamente el poseedor puede aumentar la riqueza general y asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a cumplir esta tarea, y sólo en el caso de que la cumpla, será socialmente protegido. En si, la propiedad no es un derecho subjetivo del propietario, y sin una función del poseedor de la riqueza.

Esa nueva reordenación del enfoque de la propiedad hace con que la connotación individualista proveniente del derecho romano y posteriormente del modelo francés comienza a perder fuerza. Tanto es así, que las actuales constituciones de España y Brasil hacen mención de la observancia de la función social como elemento intrínseco del instituto jurídico del derecho de propiedad.

Como se percibe, en la actualidad, los perfiles de exclusivismo y absolutismo en el ejercicio del derecho de la propiedad no se sostienen. Los textos constitucionales establecen que hoy integra el conjunto intelectual del

instituto jurídico de la propiedad privada, un contenido que discurre sobre la utilización social.

Antes el tratamiento dado al derecho de propiedad era meramente en la orden civil. Hoy, al contrario, el tema gana dimensión constitucional. Con eso se percibe la importancia del papel del derecho de propiedad en el estudio del constitucionalismo, una vez que, la nueva cara del instituto jurídico deja las características vetustas para adoptar de los nuevos principios de democracia y Estado Social.

Sin embargo, es de se observar que ese modelo constitucional para la propiedad, no hace modificar, por si solo, las codificaciones civiles. En España, mismo con la redacción de la Constitución el texto del Código Civil aun no sufrió reparos. En Brasil, eso no es verdadero, pues con el Código Civil de 2.002, diversamente do que previa el de 1.916, ha expresa regla de respetar la destinación social que el bien debe cumplir.

De hecho, quiere en España como en Brasil, hubo un cambio del liberalismo del Estado, dado que la propiedad privada era vista como fundamental en el campo político para el fin de formación del Estado, tras el enfoque que la propiedad era símbolo de la realización del hombre, para un Estado con comprometimiento social.

Partiéndose de la óptica de la formación del Estado, la propiedad asume posición de relieve en su construcción. Para el pensamiento lockeano la propiedad era vista como derecho preestatal, a ejemplo do que pensaba el iusracionalismo.

No bastaba el reconocimiento de la propiedad en favor del individuo, pero era necesaria la existencia de mecanismo que posibilite una determinada garantía y seguridad. Esa carencia hace nacer la celebración del pacto social y, con él, el nacimiento de la Sociedad y el Estado, que proclama la renuncia parcial de las libertades ilimitadas del estado de la naturaleza.

Merece destaque aun, la visión de la iglesia católica a respecto de la propiedad. Así es que, del derecho canónico proviene la idea que el hombre está legitimado para la adquisición de las cosas, ya que la propiedad es garantía de libertad individual.

San Tomas de Aquino y San Agustín, promueven la difusión que la propiedad privada es inmanente a la propia naturaleza del hombre, razón por la cual, se exige que su utilización sea, por lo menos, justa.

San Tomas de Aquino alimenta el pensamiento cristiano de su época, difundiendo que sólo Dios es el único y verdadero propietario de los bienes, cuya utilización por los hombres, estaría condicionada a la obligación de colocar las riquezas a favor de los pobres y necesitados.

Con ese punto de vista que el hombre debe hacer justo uso de la propiedad, la Iglesia construyó una teoría muy singular sobre la materia. La socialización de la propiedad fuera disciplinada varias encíclicas no transcurrir del tiempo.

Por ejemplo, las encíclicas *Rerum Novarum*, del Papa León XIII, *Mater et Magistra*, del Papa Juan XXIII, y la *Quadragesimo Anno*, del Papa Pío XI, vehicularon de forma genérica, en el mundo cristiano el entendimiento que la propiedad privada tendría que ser bien utilizada, delimitando así, en la doctrina de la Iglesia el denominado “socialismo cristiano” el concepto de propiedad privada.

En la encíclica *Mater et Magistra* de 1961, el Papa Juan XXIII, describe cuán grave es la cuestión de la propiedad privada. Secundando años después, lo sugerido por el Papa Pío XI en los años de 1931, a través de la advertencia de que el individualismo podría negar el aspecto social y público de la propiedad privada. Lo que permitió al Papa Pío XII, sugerir que son legítimas las diferentes reformas agrarias realizadas.

A guisa de eso, se apunta que la propiedad privada se analizase en el curso de la historia. Con el progreso social, vestido de los más diversos matices, el concepto de propiedad privada se transformó.

Más y más pensadores se posicionaron en favor de la defensa de la idea de que la propiedad privada debería empaparse de un papel social, alejándose de la vieja concepción personal y exclusivista.

Las ideas, de una forma general, partían del pensamiento de que el propietario no es un titular de un derecho subjetivo, en verdad, es un mero utilizador de la riqueza, mero administrador de la cosa que debería ser socialmente útil, una mezcla de la doctrina católica con pandectista alemana.

Igualmente, es de verificar, en ese sentido, que la propiedad continua sendo privada, pero condicionada, como se vio, al interés de la comunidad. O sea, la propiedad privada fue relativizada, optimizada en su comprensión. Es decir, tiene que atender a un fin social que, en principio es el bien-estar social.

Además, como resalta el Papa Juan XXIII, en su encíclica social *Mater et Magistra*, la propiedad privada comporta, por su propia naturaleza, una función social, luego el ejercicio de ese derecho debe tener en cuenta no sólo el provecho del individuo, sino también la utilidad de todos.

En otras palabras, el Papa Juan XXIII, quiso difundir la idea que, la propiedad es un derecho natural que está subordinado al ejercicio de acuerdo con una función social, no en provecho propiedad del titular, sino también en beneficio de toda la colectividad.

Ese contexto histórico resaltado, habilita visualizar la importancia del tema de la propiedad en la construcción del Estado y de la Sociedad como un todo, permitiendo entender el régimen de amalgamiento hoy existente entre la propiedad y su función social, haciendo nacer la nueva dimensión del instituto del derecho de propiedad: la propiedad constitucional.

La observancia de la función social como elemento integrante del derecho de propiedad, inaugura un nuevo régimen jurídico. Este nuevo estilo arquitectónico, asigna al Estado el deber de establecer conductas activas en provecho de la sociedad, alejándose de la antigua concepción del liberalismo clásico.

La noción de propiedad en la actualidad, debe perseguir el ejercicio de una justificación, desviando de su concepción individualista del tiempo pasado. Como elemento integrante de su intelección hay que hacerla exégesis del cumplimiento de su función social, pues ahora, es porción inmanente del instituto jurídico.

Tras observar la evolución de un interés puramente individual, donde el carácter de ejercicio de la propiedad dependía, única y exclusivamente, del titular del derecho, llegase la idea de que la propiedad debe ser ejercida observando la combinación de afán privado y colectivo.

Delante de ese cambio de intelección a respecto del derecho de propiedad, es que se pretende establecer el desarrollo de ese trabajo con el objetivo demostrar, el entendimiento doctrinario y jurisprudencial de que consiste el instituto de la propiedad en las legislaciones de España y Brasil.

El trabajo dividido en dos capítulos. Un cuida de la doctrina de la propiedad privada genéricamente, y otro de la función social de la propiedad. En cada cual, ha referencia acerca del enfoque del estudio del derecho comparado de España y Brasil, procurando evidenciar las diferencias y similitudes a respecto del tema.

En el capítulo sobre la propiedad privada, después de una breve introducción, se aborda el instituto concebido como derecho fundamental en las ordenaciones constitucionales comparadas, y la importancia de ese derecho para la formación del Estado y de la Sociedad, como siendo condición de existencia y presupuesto de libertad del hombre.

Posterior a eso, la búsqueda es hacer una definición de que es propiedad. Para tal, se recoge la enseñanza proveniente del curso histórico con las ideas surgidas del código napoleónico, en que inmortalizó el absolutismo, la exclusividad, y la perpetuidad, como las características clásicas del instituto jurídico.

El trabajo explora también los elementos que constituyen la propiedad, que propicia no sólo verificar las facultades que el titular puede ejercer, como aun permite la formulación del concepto de ese derecho.

Cuida el trabajo de asignar los tipos, las limitaciones del instituto, y la extensión del derecho de propiedad. La tipología está limitada a un análisis superficial a respecto de los bienes corpóreos e incorpóreos. En las limitaciones, se busca adentrar en las posibles restricciones que el titular del dominio puede sufrir cuando ejerce sus facultades de propietario. En lo que toca a la extensión, demarcase la existencia de la horizontal y vertical, una establecida pela vecindad y otra por la utilidad del ejercicio del derecho.

El estudio aborda también el tipo legal descrito en los códigos civiles, subrayando las potestades del propietario al ejercer el derecho,

demostrando que ambos códigos sufrieron las mismas influencias en su construcción inicial.

Terminando el capítulo, se hace alusión al modelo constitucional de la propiedad, observándose una consulta histórica a los textos constitucionales de España y Brasil.

En el capítulo que trata sobre la función social de la propiedad, se hace dos apartados: un para España y otro para Brasil. En cada cual se persigue evidenciar el tratamiento dispensado por el texto constitucional, por la doctrina y por la jurisprudencia de cada país.

La función social de la propiedad en el panorama brasileño, es desarrollada desde una noción general hasta al enfoque particularizado de su observancia en la política urbana de las ciudades.

En el modelo español, se parte también de una noción genérica y se finaliza con una observación sobre el tratamiento dispensado a la propiedad inmueble.

Aunque el estudio comparado empieza y finaliza con los mismos temas, su avance es distinto en cada pasaje, pues a pesar de las influencias doctrinarias y sociales serien las mismas, cada país tiene sus características propias, como no podría dejar de ser.

Así es que, se por un lado en el marco constitucional brasileño describe cual la función social que un determinado bien tiene que cumplir, por otro lado, el modelo español establece con menudencia lo que debe se entender por función social, señalando, así, el contenido esencial de la propiedad en nuestros días

Por fin, se observará que, el cumplimiento de la función social en el ejercicio del derecho de propiedad, no se comporta con una simple limitación del poder del titular del dominio, y sin, forma parte de la estructura de composición del instituto jurídico de la propiedad, en virtud de la nueva dinámica constitucional.

Esa nueva concepción de la propiedad anuncia el nacimiento de un nuevo instituto del derecho de propiedad, en lo cual a propiedad a servicio de esa función, tiene de ser generadora de trabajo y de consecuencia empleo y

riquezas, siendo capaz de mejorar de esa forma para el bien general de la colectividad como un todo. Así, el carácter individual desaparece dando lugar al social.

2 La propiedad privada

La lectura del diseño histórico trazado, se destaca que hay una relación estrecha entre el hombre y la propiedad. La propiedad está encadenada al hombre mismo antes de la existencia del Estado, y con el nacimiento de este, la propiedad pasa a estar garantizada y simultáneamente limitada.

Vale verificar, ante al todo visto, que el contenido asignado a la propiedad difiere mucho a lo largo de la historia. Su dimensión y profundidad cambian en relación con los lugares y los tiempos, como aun, en razón de la estructura de las sociedades.¹

De ese modo, se puntualiza la importancia del instituto de la propiedad en la sociedad. Entre individuo, sociedad y la propiedad, hay una línea muy delgada y permeable, hasta el extremo de encontrarse el instituto entallado en una norma jurídica de mayor rango como la Constitución.

El derecho de propiedad, conforme su posición topográfica en la Constitución es considerado un derecho fundamental. Esto es cierto también, para el constitucionalismo brasileño, como es para el español. En el escenario brasileño no hay cualquier duda, pues su previsión de garantía se encuentra en el art. 5º, inc. XXII, incluido en el Título II de los Derechos y Garantías Fundamentales.

En el panorama español no quedan dudas. El derecho de propiedad es reconocido dentro del paisaje constitucional, estando reconocido en el Título I, de los Derechos y Deberes Fundamentales.

¹ ROGEL VIDE, Carlos. **Derecho de cosas**. Barcelona: Bosch, 1999, p.113.

De eso se infiere la importancia del instituto de la propiedad en el universo jurídico, hasta el extremo de figurar junto a los derechos fundamentales.

Como sabido, los derechos fundamentales, son una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra los excesos de poder cometidos por los órganos del Estado, siendo regla también para establecer mínimas condiciones humanas de vida y desarrollo de la personalidad humana.

Derecho fundamental es aquél que está directamente ligado a la personalidad del individuo y su dignidad, sirviendo como escudo para la arbitrariedad del Estado. En esa posición, goza de una observancia mayor entre los derechos dispuesto en la Constitución. Su dimensión en confronto con el ordenamiento jurídico puesto, sobresale como regla de hermenéutica más elevada y cara.

Sin embargo, eso no quiere decir que todos los derechos fundamentales son absolutos. En la realidad, son relativos, y se encuentran limitados en la presencia de otros tantos derechos dispuestos en la Constitución (principio de la relatividad o convivencia de las libertades públicas).

Con efecto, esa relatividad de los derechos fundamentales se ve presente en el art. 29, apartado 2º de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU. En tal precepto está descrito que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En el art. 30, de la misma declaración, se queda preconizada la supremacía de los derechos, al vehicular que “nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

En ese sendero, la propiedad privada es garantizada y reconocida como derecho fundamental, siendo parcela de la dignidad de la persona humana

y así, debe ser respetada por el Estado de forma relativa. Tanto es así, que en la propia estructura constitucional rige su relativización, ora sometiendo la posibilidad de interés estatal en la expropiación, ora por el atendimento de la función social que tiene que cumplir.

No obstante, que quede claro que, en un u otro caso, existen por parte del Estado la obligación de observar el debido proceso legal. El *due process of law* es una armadura del ordenamiento contra el posible arbitrio del Estado sobre la propiedad privada.

Es la propiedad, en cuanto hecho, una relación económica por excelencia, e implica como relación humana en un sistema o conjunto de condiciones cuya ordenación adecuada constituye el derecho especial de esa relación.²

Gumersino de Ascárate citado por Ignacio Fernández Sarasola³, afirmaba que “cada momento histórico adaptado el derecho de propiedad a sus dogmas: así lo había hecho el liberalismo, proclamando una propiedad exclusivamente individual, y otro tanto había perseguido el socialismo, abogando por la propiedad ‘común o social’”.

Según José Puig Brutau⁴, la justificación moral y jurídica del derecho de propiedad está en la libertad. En el sentido de que los seres humanos van a contar con los medios necesarios para vivir con independencia de toda voluntad ajena y poder salvaguardar su personalidad. Por supuesto, nada mejor entonces, que completarla con el derecho de propiedad.

La propiedad es una manifestación de la vida que tiene su embrión en el propio nacimiento de la sociedad. El individuo para su subsistencia, necesitaba por si solo, tener para su utilización, por necesidad, objetos que le permitiesen una vida más cómoda, cuando no, de supervivencia.

² MANRESA Y NAVARRO, José María. **Comentarios al código civil español**. Tomo III. 8. ed., rev. y puesta al día por Francisco Rico Pérez. Madrid: Reus, 1976, p. 152.

³ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. Ob. cit., p. 99.

⁴ BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. tomo III. v.1. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1989, p. 129.

El magistrado José María Manresa y Navarro⁵, en su 'Comentarios al Código Civil español', cita que "la propiedad es una condición fundamental y esencial de la vida humana, en cuanto implica aquella relación íntima que constantemente y de modo necesario mantiene el hombre con la naturaleza para obtener de ella, por aplicación racional de la actividad (trabajo), los aprovechamientos y utilidades de que es susceptibles".

La propiedad, antes mismo que fuese reglada por el hombre en instrumentos jurídicos, por sí sólo, ya existía. El hombre no necesitó la formación del fundamento jurídico de la propiedad para poseer la cosa como suya, dando a ella la destinación que mejor le gustase, sin la consulta a otro.

El acto de poseer es antecedente las reglas de protección del derecho. La propiedad era un hecho que precedió cualquier forma jurídica de tutela de ese derecho. Su nacimiento es natural. Es corolario del impulso instintivo de reservar el hombre para sí los bienes necesarios para supervivir en el ambiente que el cercaba⁶.

Eso permite establecer que el fundamento jurídico de la propiedad más apropiado es el de la teoría de la naturaleza humana⁷. Por esa teoría, la propiedad es inherente a la naturaleza del hombre, siendo condición de su existencia y presupuesto de su libertad.

La motivación es que, el instinto de conservación lleva al hombre a apropiarse de bienes para atender sus necesidades más emergentes, de orden física o moral, tal como hambre, frío, sed...

Explica Maria Helena Diniz⁸, que el hombre como ser racional y eminentemente social transforma sus actos de apropiación en derecho y que, como auténticos intereses, son asegurados por la sociedad, mediante normas jurídicas que garanticen la defensa individual, ya que es imprescindible que se

⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., p. 153.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 180.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 104.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 104.

defienda la propiedad individual para que la sociedad sobreviva. Como el hombre forma parte de la sociedad, la defensa de su propiedad, es así, la defensa de la propia sociedad.

La idea es que se debe encarar la propiedad del punto de vista utilitarista. La propiedad debe servir al hombre para satisfacer sus necesidades, concluyendo de él, su justificación en el escenario jurídico de los países que tienen cultura, respetan y promueven el Estado Democrático de Derecho.

Cumple decir, que existen otras teorías que desarrollan el fundamento jurídico de la propiedad. Sin embargo, es la teoría con ideal utilitarista la que se considera más razonable, por su carácter de condición de existencia y de libertad del hombre en sociedad.

En el estudio del concepto de propiedad muchas fueron las teorías creadas para tal fin. Apriorísticamente y de forma sencilla, la evolución cambió de una concepción privatista y absoluta hasta llegar a una concepción tomista socializante que hoy se apoya en el derecho positivo de países comprometidos con los fines sociales y de bien común.

Para los escolásticos, la propiedad no tenía un fin en si misma. En realidad, era un medio que permitía al titular del dominio alcanzar un uso racional de ella en beneficio propio y de sus semejantes⁹.

Sin embargo, esa doctrina tomista en el curso del tiempo, encuentra rechazo de la concepción construida por la escuela liberal. Pero, no importa la concepción adoptada, vez que cada momento histórico tuvo su propia axiología a respecto de la propiedad. Sin embargo, en su sentido etimológico, la propiedad no evidencia cambios fundamentales en el discurrir del tiempo.¹⁰

El sentido de propiedad, siempre se refirió a la relación del hombre con una cosa, eso viene así, desde del derecho romano. Lo que modifica, conforme la óptica del analista, es la extensión del ejercicio de la propiedad, como su objeto, alcance, interés...

⁹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. Ob. Cit, p. 24.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. C. Varialle. 7. ed. Brasilia: UnB, 1995, p. 1021.

Es más, se verifica que la unión del individuo a la cosa tiene un objeto inmediato, que es la extracción de beneficio que la cosa le puede proporcionar. No se puede negar la importancia de la propiedad privada para la naturaleza humana. El hombre jamás vivió lejos de la propiedad. Eso mismo sucedía en los tiempos primitivos, donde su primer vínculo con el bien, tenía el objetivo del principio de utilidad.

2.1 Definición y terminología

Recoge de la historia, a través del Código de Napoleón, el concepto clásico e inmortalizado del derecho de propiedad. En el modelo francés, la propiedad era definida como el derecho de gozar e disponer de las cosas de la manera más absoluta. Siempre que no se haga un uso prohibido por leyes y reglamentos.

Ese contenido conceptual sirve de postulado para varios modelos legales del mundo. No obstante, la definición propiamente dicha del derecho de propiedad no es una cosa sencilla. La propiedad es un fenómeno complejo a partir del cual son posibles numerosas definiciones. Por su dimensión y penetración en el tejido social y en un determinado contexto histórico, es lo que permite una definición más apropiada del instituto.

Se percibe que la propiedad no sólo interesa el ámbito jurídico, sino también en los demás terrenos instalados en otras ciencias, razón por la cual, su mejor examen es de cuño interdisciplinario.

Etimológicamente, propiedad, según Bobbio¹¹, deriva del adjetivo latino *propius* y significa que es de un individuo específico o de un objeto específico, siendo apenas suyo.

Maria Helena Diniz¹² sostiene que el vocablo proviene del latín *proprietas*, que tiene la significación de pertenecer a una persona. De otro lado,

¹¹ BOBBIO, Norberto. Ob. cit, p. 1021.

algunos aluden a que el término tiene origen en la expresión *domare*, que significa sujetar o dominar, correspondiendo a la idea de *domus*, casa, en la que el señor de la casa se denomina *dominus*.

Así, *dominum* era utilizado para designar propiedad y *dominus* para se referir al propietario. El termo *proprietas*, con el significado de referencia a la cualidad de ser propia a cosa, o sea, de pertenecer de forma exclusiva y absoluta al propietario, fuera alcanzado tiempos después. Por fin, la palabra *dominium* pasó a exprimir el poder do propietario sobre la cosa que le pertenencia, o la soma de poderes que le competía.¹³

Queda entonces que, primeramente, el término propiedad, indicaría toda la relación jurídica de apropiación de un bien. Y, por otro, en consecuencia del dominio, el poder que se ejerce sobre la cosa que se poseen. A pesar de la distinción terminológica, dominio y propiedad, a efectos jurídicos actualmente son la misma cosa.

Entretanto, el vocablo propiedad es de utilización más genérica y de contenido más elástico que el dominio. De eso se puede afirmar que todo dominio es una propiedad, pero ni toda propiedad se constituí en un dominio.

La expresión dominio encierra un contenido que se encuentra alocado dentro del universo de comprensión de la propiedad. Propiedad así es, el género, y el dominio, digamos, es una especie particular de la propiedad. La primera cuida de los bienes incorporales y corporales; ya dominio se restringe, únicamente a los corporales.

Siempre que se alude sobre propiedad tenemos la idea de derecho patrimonial, o sea, derecho susceptible de apreciación pecuniaria, en cuanto que dominio se destina su utilización para el campo de las cosas muebles e inmuebles, o genéricamente bienes corpóreos.

De eso, la mejor terminología jurídica indica que, para los bienes inmateriales conviene usar el término propiedad, y para los materiales, dominio.

¹² DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p, 105.

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 183.

Sin embargo, no es incorrecto para ambos utilizar la denominación de propiedad, pura y simples, siendo admitido el sinónimo¹⁴. Sin embargo José Puig Brutau¹⁵ rechaza la terminología, entendiendo que demuestra una ausencia de técnica.

El autor español Xavier O'Callaghan Muñoz¹⁶, defiende la idea que no se puede admitir la definición basada en las facultades de la propiedad. Sostiene que, “el derecho de propiedad no es una suma de facultades, sino un poder unitario en el cual sus facultades son manifestaciones del mismo”.

Por eso, define que propiedad, es “el más amplio poder de denominación que el ordenamiento jurídico permite tener sobre las cosas”. Para rematar, dispone que la definición clásica no sea la mejor, pues técnicamente la propiedad no es la suma de facultades o poderes concretables, y si, es un poder unitario como definió. De otra forma presenta el error político que tal definición se mostrara, liberal, y por lo tanto, antisocial.

De hecho, ese no es la forma de entendimiento de A. Colin y H. Capitant¹⁷, que refutan la argumentación de esa bipolaridad. Los autores franceses sostienen que la propiedad es un derecho perpetuo, pues no se extingue, apenas se transmite, el poder de usar de una cosa y aprovechar toda su utilidad que es susceptible de buscar de un modo exclusivo.

No hay ninguna crítica sobre la definición basada en las facultades. La propiedad ya es así tenida desde los tiempos romanos, siendo su característica el *usus*, *fructus* y el *abusus*. Por otro lado, la crítica entre el absolutismo y el socialismo, es prudente, en la medida que, en una lectura literal se entiende el carácter único privatista de la propiedad, que en verdad sería antijurídica.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 88; y, VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. v. 5. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163.

¹⁵ BRUTAU, José Puig. Ob. cit., p. 151.

¹⁶ O'CALLAGHAN MUNÑOZ, Xavier. **Código civil: comentado y con jurisprudencia**. 5. ed. Madrid: La Ley, 2006, p. 393.

¹⁷ COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la revista general de legislación y jurisprudencia con notas sobre el derecho español por Demofilo de Buen. 4. ed. Revisada por Pascual Marín Pérez y Justo José Gómez Ysabel. Tomo segundo, vol. II. Madrid: Reus, 1984, p. 110.

2.2 Sujetos

La relación jurídica de la propiedad tenemos dos polos: un activo y otro pasivo. El activo, como elemento integrante de ese contenido morfológico, es representado por el titular del dominio. Ya el pasivo, corresponde a todas las demás personas que son obligadas a respetar el dominio ajeno.

De eso se percibe que, el sujeto activo del derecho de propiedad, es, en principio, toda persona que tiene capacidad. Es decir, tiene condiciones legales para ejercer la titularidad del derecho de propiedad para el acto que desea, pues para cada acto se exige un grado de capacidad. De ello, se deduce que ese sujeto puede ser una persona natural o jurídica, conforme sea la titularidad del objeto pasible de apropiación. Si el bien fuera privado, la propiedad será privada; de otro lado, se fuera público, tenemos la propiedad pública.

Vale registrar, que la propiedad puede ser de una única persona o de una colectividad de esas. En ese caso, tenemos lo que es de convención llamar condominio o copropiedad.

Sobre la capacidad del ejercicio de la propiedad, es imperioso llamar la atención que esa cualidad no presenta restricción otra que no aquellas dictadas en las leyes y en las constituciones. Cuando se habla en restricción proveniente de leyes, son aquellas inscritas en las ordenaciones civiles que atribuyen capacidad para las personas para el ejercicio del derecho como un todo.

Ya cuando se menciona de restricción constitucional para el desempeño de la propiedad, son todas las privaciones constitucionales previstas que inhiben las personas del ejercicio de una o más propiedades, quiera por interés social o nacional.

2.3 Caracteres

El estudio de los caracteres de la propiedad conduce a la comprensión de su propia naturaleza, lo que permite individualizar su importancia en el contexto del derecho.

De inicio, es de consignar que el derecho de propiedad, es lo más importante y sólido de todos los derechos subjetivos; es el derecho subjetivo por excelencia, es el eje en torno do cual gravita el derecho de las cosas.¹⁸

La propiedad es consagrada como un derecho absoluto, una vez que es oponible *erga omnes*, siendo lo más completo y extenso de todos los derechos reales, lo que permite visualizar su plenitud.

El carácter absoluto de la propiedad fuera amoldado por la doctrina liberal que prevalecía en el siglo XIX, que convergía en la persona del propietario toda suerte de poderes sobre lo bien que le pertenecía. La propiedad era un ejercicio egoísta, pues lo interesaba era la voluntad propiedad del propietario.

Los Profesores Mazeaud¹⁹ resumen las características del derecho de propiedad, exponiendo que los redactores del Código Civil francés, al afirmar el absolutismo del derecho de propiedad, hicieron del mismo un derecho excluyente e individual, total, soberano, y perpetuo.

Al principio, se percibe al analizar, el origen de la palabra propiedad, que esta viene de encuentro con la expresión pleonástica de la definición legal depositada junto al Código Civil francés. El absolutismo descrito en la figuración legal francesa, en un primer vistazo inspira redundancia, pues no existen grados de absolutismo. En verdad, alguna cosa es o no absoluta, y nada más.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por tualizado por Carlos Alberto Dabas Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.

¹⁹ MAZEUD, Henri y Léon y MAZEUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte 2. v.4. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 30.

Por otro lado, el arquetipo diseñado parece ser antagónico, dado que, si el propietario tiene poder absoluto, eso quiere decir que no está sometido a cualesquiera limitaciones. Pero, no es eso lo recogido en la previsión del mismo código, pues el gozo y disposición están disciplinados a determinadas reservas, aunque por el tipo legal la propiedad se ve protegida con el adjetivo de manera “más absoluta” posible.

Todavía esa reafirmación y contradicción, no tiene el fin de empañar el tipo legal civil francés. Buscando, nuevamente, en su etimología, como suele ser, el paradigma a ser irradiado es que, en la propiedad se trata la cosa como suya, exclusivamente suya, y de nadie más. Por lo tanto, es natural que se dé a la cosa el tratamiento que mejor le parezca, sin consultar en teoría, a nadie.

Así, el propietario puede disponer de la cosa como bien entender, sujeto apenas las determinadas limitaciones, impuestas a favor del interés público o por la coexistencia del derecho de los demás individuos.

En el contexto del absolutismo traído en el artículo francés, no sólo la propiedad es *erga omnes*²⁰, sino que también presenta un carácter de plenitud. No en tanto, es la marca del absolutismo el carácter esencial del derecho de propiedad, pese a las diversas restricciones vistas a partir de la segunda mitad del siglo XIX.²¹

Frente a la perspectiva socializante de la propiedad, en una crítica ajustada al perfil del carácter absoluto, este es considerado como distintivo de contenido negativo, pues repele, por sí sólo, la posibilidad del entendimiento de una propiedad con aprovechamiento colectivo o social, justamente lo que defiende la teoría pandectista proveniente de Alemania.²²

²⁰ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v.6. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 254.

²¹ MAZEUD, Henri y Léon y MAZEUD, Jean. Ob. cit., p. 35.

²² BRUTAU, José Puig. Ob. cit., p. 155.

El absolutismo, se puede afirmar, rechaza la versión socializante, el signo mayor de la propiedad, no consolidándose así, sólo por su característica de oponibilidad a terceros.

También conviene traer a colación que, la propiedad tiene una triple extensión: la primera, en cuanto a su titular; la segunda, cuanto a los poderes que le confiere; y, la tercera, en cuanto a su duración. En lo que toca a su titular, la propiedad es un derecho excluyente; en lo que dice respecto a los poderes, es total; y por fin, en cuanto a la duración, es perpetua.²³

Sin embargo, por la descripción legal no sustenta solamente el atributo del absolutismo, pero también hacen parte de su contenido de constitución jurídica, los caracteres de exclusividad y irrevocabilidad.

La señal de derecho absoluto, confiere al titular del dominio la facultad de usar el bien como mejor le parezca, subordinándose apenas a la satisfacción de su estrecho interés. Sin embargo, con la evolución legislativa ese amplio absolutismo se ve quebrantado por componentes internos y externos, que coronan el instituto jurídico de la propiedad no más como derecho ilimitado.

La propiedad, aún con el carácter de absoluta, se encuentra limitada al interés de otros, que no quede sólo al ejercicio de la facultad de uso y goce del propietario. Por ejemplo, como limitación interna tenemos la función social, y como limitaciones externas, hay todo un conjunto legislativo en vigor (v.g.: derecho civil, administrativo, ambiental,...).

Las limitaciones al derecho de propiedad, vienen del cuerpo de las constituciones como también del acervo de legislación de los países, observando aspiraciones a favor del interés público y de la colectividad, como también de otros valores más influyentes, como es lo caso de la propia subsistencia de hombre y al derecho de vivienda.

Por su carácter de garantía, la propiedad se considera el derecho real más completo, que añadido a su escudo de protección y oposición a terceros

²³ MAZEUD, Henri y Léon y MAZEUD, Jean. Ob. cit., p. 34.

se revelan como salvaguarda de los intereses del propietario. De ello, el titular del dominio puede disfrutar y disponer del bien como quiera, sujetándose sólo a las restricciones existentes en razón del interés público o de la convivencia de otros derechos de propiedad que pertenezcan a terceros.²⁴

En lo que corresponde al carácter de la exclusividad, esta restringe la intelección dando cuenta que, la propiedad es de su propietario y de nadie más. Eso es, lo que pertenezca a una persona, no puede, estrictamente, pertenecer a otra persona al mismo tiempo. La misma cosa no puede pertenecer con exclusividad y simultáneamente a dos personas. Eso es de la sustancia del derecho de propiedad.²⁵

En sí, el derecho de un sobre un determinado bien, tiende a excluir el derecho de otra persona sobre el mismo bien. Es de rigor describir que, eso no contradice la figura civil de la copropiedad, una vez que, todos los copropietarios son al mismo tiempo propietarios en una división abstracta de la propiedad. Cada condómino detiene una cuota ideal del bien.²⁶

La propiedad es también irrevocable. ¿Que significa? ¡Pues bien! la irrevocabilidad proviene de la inspiración de los dos otros caracteres. Es decir, que una vez adquirida, en rigor, no puede ser perdida, salvo por acto de voluntad del propietario. Su perpetuidad supone que subsiste el derecho de propiedad hasta que no sobrevenga causa extintiva legal o de la propia voluntad del titular²⁷. Eso quiere decir que, la propiedad no desaparece o se extingue por su no uso (visión estática).²⁸

De ese modo, la perpetuidad significa que, la propiedad no desaparece cuando fallece el propietario, ya que es transmitida, de inmediato, a su sucesor. Eso expresa que su duración es ilimitada. De otro lado, no ha como negar que la propiedad, en caso excepcional, pueda ser limitada en ciertos casos.

²⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 99.

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 85.

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. v. 5, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 98.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 90; y, RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 98.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 162.

En este caso estamos tratando de la propiedad con alcance restringido en el tiempo, lo que se llama de dominio temporal o imperfecto.

Esa propiedad *sui generis* condicionada al tiempo, cesa con el decurso de ese, como es lo caso de la propiedad fiduciaria, en la cual el alienante concluye el cumplimiento de la obligación pecuniaria que estipulara para la adquisición del bien, oportunidad en que el dominio pasa a ser pleno en su manos.

Respecto de la característica de la no interrupción de la propiedad, se puede decir que se divide en perpetua y resoluble o revocable. La primera, no tiene plazo de duración; las otras, por el contrario, cuando hay alguna motivación para su extinción.

En la enseñanza de Orlando Gomes²⁹, la propiedad tiene más un carácter, que en verdad es referido de forma sistémica por la doctrina: se trata de la característica de la elasticidad. La elasticidad, es la posibilidad que tiene la propiedad de ser distendida o contraída, en la medida en que se añaden o suprimen facultades o derechos que pueden ser ligados a ella.

En efecto, se dice elástica entonces, la propiedad que con la desaparición de una limitación o restricción del derecho, regresa a su figuración de plena, y no más como limitada, y por eso se refiere, en suma, elástica. Actúa como una especie de muelle.³⁰

2.4 Elementos constitutivos y clasificación

Dentro de la estructura del derecho de propiedad, partiendo del patrón legado por el derecho romano y francés, la propiedad en si, demuestra tres facultades distintas, que más que nada son sus elementos constitutivos. Esos

²⁹ GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 100.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 105; MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 88; y, VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit., p. 163.

atributos, son caracteres provenientes del derecho romano que hoy en día forman parte del tipo legal dispuesto en los códigos civiles en general.

De hecho, los códigos civiles describen medios para la formulación de un concepto de propiedad. Hacen así, a través de la exposición de su contenido estableciendo las facultades de su titular. En efecto, es lo que sucede con el Código Civil español y brasileño. Los códigos no definen, sólo permiten con su redacción, la formulación de un concepto.

Así es que, el propietario tiene la facultad de usar, gozar y disponer de los bienes que son suyos, y reclamarlos de quien injustamente lo posea. O en una mirada utilitarista, ya que hablamos de ella, sencillamente, el poder que una persona detiene de extraer de la cosa toda su utilidad.

De efecto, la propiedad puede pertenecer a sólo un sujeto o titular de derecho o a varios simultáneamente. Eso es lo que se llama de copropiedad o comunidad.³¹ Es la propiedad pluralizada por el ejercicio de la titularidad.

Volviendo al derecho romano, los atributos de la propiedad o como se quiera también llamar, sus elementos constitutivos, eran nominados como *jus utendi, fruendi et abutendi*. El conjunto de los tres atributos formaba la propiedad perfecta (*plena in potestas*).³²

Sin embargo, la propiedad no es sólo la suma de esos atributos, ella es el derecho que comprende el poder de actuar diversamente en relación al bien, usando, gozando y disponiendo de él.³³

De esa trilogía, mirase de inicio la facultad de usar. El uso de la cosa es colocarla, a servicio de su titular, en provecho propio o de tercero, pero sin alterar la sustancia, o sea, modificar su contenido. Es, en su sentido más abierto, requerir de la cosa, todos los servicios que ella puede prestar. La

³¹ BRUTAU, José Puig. Ob. cit., p. 149.

³² MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 87.

³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 90-91.

utilización del bien no se reduce sólo a retirar ventajas de él, sino también a tener el mismo en condiciones de servirlo en cualquier momento.³⁴

Esa utilización del bien, puede ser estática o dinámica. Estática, cuando el titular apenas detiene el bien sin utilizarlo; es dinámica, cuando el titular utiliza el bien de cualquier forma, generando riqueza.

El gozo del bien, trae el sentido de extraer de él, los beneficios y las ventajas que este puede propiciar.³⁵ Es el derecho de gozar de la cosa o de hacer su explotación económicamente. Son las llamadas percepciones de los frutos, que pueden ser naturales o civiles. En suma, es la posibilidad de hacer fructificar la cosa y coger sus frutos, o sea, percepción de los frutos y utilización de los productos de la cosa.

La disposición, es decir, el *jus abutendi* o *disponendi*, es la facultad del titular poder consumir el bien, alterar su sustancia, alienarlo o grabarlo, y aun, someterlo a servicio de otras personas. Se trata de la más envolvente de las facultades, una vez que abarca las dos otras facultades, pues quien puede disponer de la cosa, puede también usar y gozar de ella.

Vale decir que, es la facultad que de hecho, más caracteriza la propiedad. Las otras dos facultades (usar y gozar) como suele ser, pueden ser ejercidas por otras personas que, necesariamente, no son sus propietarios, pero la disposición, sólo puede ser ejercida por el titular del dominio.

En cuanto al *jus abutendi*, no debemos interpretarlo como un simple abuso de la propiedad, es decir, en su inteligencia vulgar – una utilización antisocial de la cosa. No sería esa la correcta comprensión. La expresión elaborada por el derecho romano, consagra en conclusión, la idea de disposición, o sea, alienación y consumo, y no de abuso ilimitado y destrucción. Hay que recordar que, el titular tiene el derecho de utilizar la cosa, dentro de las restricciones legales, con el fin de evitar el abuso de derecho.

³⁴ Ibidem, p. 92.

³⁵ RODRÍGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 94.

Doctrinariamente, se clasifica la propiedad en plena y limitada. Genéricamente, los elementos constitutivos de la propiedad son autónomos, no se confundiendo unos y otros. Así, será plena, cuando coincide en un solo titular, el propietario, la facultad de ejercicio del uso, gozo y disposición. Desde otro ángulo, será limitada, cuando basada en un titular del dominio que transmite a otro el ejercicio de cualquier facultad, salvo la de la disposición.

La propiedad es el derecho real más amplio. El ejercicio del derecho de propiedad no puede ser fraccionado. Su manifestación es unitaria, siendo imposible el desmembramiento. La propiedad es la plenitud del derecho sobre la cosa; las diversas facultades, que en ellas se distinguen, son apenas manifestaciones de aquella plenitud³⁶.

Es un derecho fuerte, que no tiene más limitaciones que las establecidas en las leyes, y viene establecido en favor de su titular, que puede hacer con la cosa que le pertenece lo que quiera, incluso no usarla o gozarla.³⁷

De la concepción medular proveniente del derecho romano, se extrae también la facultad que tiene el propietario de perseguir la cosa como instrumento de la defensa de la propiedad. La reivindicación, como derecho real, es la posibilidad que tiene el titular del dominio de vindicar la cosa de quien, indebidamente, lo detenga. Esa facultad se amolda a una protección ejercida por el propietario, contra cualquier persona, con el objetivo de retomar el bien que le pertenezca, no importando adonde se encuentre la cosa.

En una visión procesal, sencillamente, el propietario para coger su propiedad, tiene que tener pruebas de su titularidad, comprobando el dominio con la trascipción inmobiliaria, caso el bien sea inmueble, como también, tiene que demostrar la filiación de los títulos dominicales para llegar en tiempo de generar la prescripción adquisitiva (la usucapión), sin descuidar de la descripción correcta y exacta localización del bien, su extensión, con todos los detalles geográficos que lo singulariza, como límites y confrontaciones.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p, 105.

³⁷ ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 115.

Pero, la acción no será estimada aunque hechas las comprobaciones arriba descritas, si el titular del dominio no prueba, cabalmente, que quien detiene el bien, y lo hace, injustamente.

2.5 Objeto

Como se puede ver arriba la noción de propiedad es más amplia que el dominio. Podríamos decir que, la primera es género y la segunda especie.

En razón de esa diferencia conceptual se extrae el vínculo que envuelve la propiedad con la cosa. De una forma genérica, la sustentación física de la propiedad comprende las cosas muebles, inmuebles y semovientes.

Por otro lado, existe una diversa forma de identificar el objeto de la propiedad. Así es, todo que tiene valor o estimación económica, es objeto de la propiedad. En ese caso, se está tratando de una cosa no corpórea, pero ni por eso está en la margen de la comprensión de que sea propiedad.

Por tanto, todo cuanto fuera valorado económicamente, o que representa un bien de estimación económica, se constituye en objeto de la propiedad.

Mismo que así sea, tenemos algunos bienes que delante de su singularidad no hacen parte de esa posibilidad de cuantificación de la cosa a través de la cotización financiera. Su importancia se destaca en la consideración que se tiene por la cultura.

Dentro de ese espectro tenemos las propiedades formadas por obras literarias, históricas, artísticas en general, como aún las científicas y hasta mismo las sentimentales – afectivas. En esas circunstancias, las cosas no son evidenciadas por el reconocimiento de su valoración económica, pues esta ni siempre existe o sea fácil de avaluar. En la verdad se orienta por otros atributos que son inseparables o no destacables de ellas. Son las cualidades particulares de los bienes conforme la visión de su propietario.

Pero la extensión de la propiedad no se queda subsumida a eso, pues tenemos otros bienes que por su dimensión e importancia proporcionan elasticidad al concepto de objeto de la propiedad. Es ejemplo de eso, la propiedad de bienes inmaterial, que son por su relevancia comerciables.

En los días actuales, dentro del avance del tiempo no curso de la historia y la evolución de la dinámica social como un todo, la propiedad, apropiándose de la construcción de nuevos padrones sociales y económicos, destinó la propiedad a la observancia del contorno de los bienes inmateriales, que son aquellos bienes que no son corpóreos, pero se puede enumerar con valor económico apreciable, como es el caso del fondo del comercio, la clientela, el nombre comercial, patentes de invenciones, las marcas industriales, los diseños, los modelos fotográficos...³⁸

Sin embargo, Orlando Gomes³⁹ a respecto de esa ramificación de la propiedad diverge. Sustenta él, que el fenómeno de la propiedad inmaterial se explica como reflejo del valor psicológico de la idea de propiedad, emprestado por la persistente concepción burguesa del mundo. Admite el autor que, que derechos nuevos tengan semejanza con los de propiedad, por eso que también son exclusivos y absolutos, con ella no se confunden. Asimilación es técnicamente falsa. Por fin, trae que, se podrían, con todo, encuadrarse en otra categoría de jurídica de una “casi propiedad”, con reglas muy propias.

2.6 Limitaciones

Aunque el derecho de propiedad se sustente en la idea de regla de contenido absoluto, es necesario dar una comprensión correcta a esa afirmación. Hoy en día, más que otrora, el ejercicio de la propiedad no es intangible. Su utilización está comprometida bajo la influencia de numerosas limitaciones, impuestas no sólo por el derecho privado, sino sobre todo, por el

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 185.

³⁹ GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 121.

derecho público, en el provecho de proteger los principios de interés general de la población y su bien común, como aun, la justicia.

En efecto, dentro del bloque de constitucionalidad, encontramos cláusulas represoras del ejercicio del derecho de propiedad en varios textos legales, especialmente, en la propia constitución. Esa afirmación es cierta sea para el constitucionalismo de España como para el de Brasil.

Eso es así como consecuencia de la evolución de las sociedades y de mayores las aspiraciones humanas, donde las aspiraciones colectivas empiezan a confrontarse con los intereses individuales, determinando en eses una cierta reducción.

Merece relieve verificar que, el avance social determina la elaboración de una nueva consciencia social, lo que permite el surgimiento de ideales divorciados de las teorías tradicionales. De eso, en razón de la mudanza del tiempo y de las aspiraciones colectivas, nacen restricciones a los ejercicios de derechos que antes eran cualificados como intocables, como es el caso de la propiedad.

Delante de eso, encontramos limitaciones de órdenes constitucionales, administrativas y legales y, de intereses particulares y públicos.

Dentro del marco constitucional, tenemos la garantía y el reconocimiento de la propiedad privada, aunque subordinada a determinadas limitaciones. La más discutida en la actualidad, es aquella que condiciona a su función social, o sea, la subordinación del derecho privado al interés colectivo o social.

Al respecto, se encuentra una controversia sobre si la función social es o no una limitación del derecho de propiedad. Para algunos autores y para los tribunales constitucionales de Brasil y España, no se trata de una limitación, ya que la función social forma parte ahora de la estructura de la exégesis de la propiedad. Por lo tanto, no es una limitación, que por su propia naturaleza, se caracteriza por una intervención externa al contenido intelectual de la propiedad.

En el marco del derecho constitucional y administrativo, tenemos el instituto de la desapropiación, que es la expropiación de la propiedad privada

por necesidad de utilidad pública, o por interés social, mediante una justa indemnización. En el constitucionalismo de Brasil se utiliza de la figura la expropiación para casos de inadecuada utilización y ocupación del suelo urbano y rural. Por su parte, la Constitución de España prevé también la expropiación de bienes y derechos, pero la regula de forma genérica, no haciendo alusión a que tipo de suelo o bien, se destina (CE, art. 33.3).

Como restricción también, tenemos el suelo donde en el subsuelo se encuentran minas y otros recursos minerales, y aun, suelos con potenciales hidráulicos, en los cuales se puede hacer explotación o aprovechamiento industrial.

Dentro de la esfera del derecho administrativo, tenemos la compleja red del derecho urbanístico disciplinado por las competencias municipales, estableciendo una extensa gama de limitaciones para el ejercicio de la propiedad privada.

Son disposiciones sobre edificaciones sobre zonas donde se puede o no edificar, y sobre lo que se puede y cómo edificar, en cada parte de la ciudad. Todo trae en resumen que, en esos casos, existe una fuerte sumisión del interés privado al interés público. Eso es, el interés general sobresale en detrimento de lo personal.

Merece atención que, muchas y muchas otras prácticas le son vedadas al propietario por la administración pública. Todas tienen a suministro la preponderancia del interés público y social, sobre el privado. Es conducta de altruismo tentar fijar un rol taxativo y exhaustivo de las restricciones urbanísticas, pues en cada sitio, conforme el interés general de la comunidad, puede haber una u otra limitación distinta de otros al ejercicio de la propiedad privada.

Como si no bastase con ello, existen también los obstáculos de orden civil (previstos en el Código Civil) y militar, y también, las limitaciones de naturaleza electorales, penales, y de protección históricas, de la flora y fauna en el sentido de limitar el pleno ejercicio de la propiedad privada.

Allá de ello, tenemos las limitaciones de orden privada, o sea, aquellas que están directamente relacionadas con el derecho civil. En esas preponderan armonía jurídica entre las personas con el objetivo de mutuo

respectos entre los derechos privados para la convivencia pacífica entre ellos, como es el caso del derecho de vecindad.

Los vecinos, como se sabe, pueden utilizar su propiedad desde que no perjudique la propiedad del vecino contiguo. El dominio puede ser usado como pretende el propietario, pero siempre observando su repercusión para con la propiedad próxima.

Por último existe aún, la posibilidad de que el propio titular del dominio establezca restricciones voluntarias a su patrimonio, como es el caso del establecimiento de las cláusulas de no establecer prenda, no comunicar, y de no alienar. Y patrimonio, conviene decir, es el conjunto de derechos reales y de obligaciones, activos y pasivos, pertenecientes a una determinada persona.

2.7 Extensión

No hay duda en lo que se refiere a la extensión horizontal de la propiedad. En la propiedad inmobiliaria la extensión horizontal está delimitada por la propiedad de los circundantes (vecinos). Sin embargo, lo difícil es la extensión vertical.

Partiéndose de la visión del suelo, ¿hasta donde se comprende la propiedad del titular del dominio? En la vetusta comprensión de la época romana, medieval, y napoleónica, se llegaba a entender que la propiedad del suelo se extendía del cielo al centro de la tierra⁴⁰.

Hoy en día, no más como en el tiempo pasado, el subsuelo y el espacio aéreo tienen gran importancia, debido a que son explotados económicamente.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 110; y, ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 118.

El Código Alemán rompe con la tradición del Código de Napoleón, y establece una limitación a favor del propietario, mientras que, en el Código Suizo, la limitación estaba circunscrita a la utilidad del aprovechamiento.⁴¹

A su modo, tanto el código español como el brasileño, caminan a la par, en el sentido de evidenciar un interés cierto y plausible sobre a utilidad del titular del dominio sobre la propiedad. Es cierto que la propiedad del suelo comprende también la del espacio aéreo y subsuelo correspondiente, en altura y profundidad útiles a su ejercicio.

Sin embargo, no puede oponerse a que sean realizadas por terceros, actividades a una profundidad o altura tales, que no haya el interés legítimo para embargar. O sea, su interés se queda debilitado a medida que aumenta la distancia vertical u horizontal.⁴²

2.8 Tipo legal

Hasta aquí ha sido visto el derecho de propiedad dentro de su concepción histórico-doctrinaria. Sin embargo ahora, veremos el derecho de propiedad observando su diseño legal tal cual fue concebido en el Código Civil de España y Brasil.

Para empezar, se ha de buscar el contenido dispuesto en la legislación civil española al respecto del derecho de propiedad. El art. 348 del Código Civil de España, expresa que **la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en leyes. Y aún, el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.**

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 110.

⁴² ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 119.

Ya el Código Civil de Brasil dispone en su art. 1.228 que, el propietario tiene la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa, y el derecho de reivindicarla del poder de quien quiera injustamente poseerla o detenga.

En un vistazo no se identifica mucha discrepancia entre lo descrito en las codificaciones comparadas. Las dos mencionan la facultad del propietario, pero la española omite la facultad de usar, mientras que, la brasileña expresamente la prevé. Eso no quiere decir que la comprensión de uno y de otro sea distinta, o que en el derecho español no se concibe la facultad de usar la cosa.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de España⁴³ ha entendido que, el derecho de propiedad tiene en su contenido las facultades de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa objeto del dominio. Por tanto, no quede duda de la inserción del uso dentro del concepto jurídico.

Por al contrario, como se ha visto, la acción de gozar tiene incluido en su contenido la acción de usar. El uso es un sentido positivo del ejercicio de la propiedad, al lado pues, del gozo.⁴⁴ Es ese, el uso, una especie de disfrute, que consiste en gozar personalmente de la utilidad o el placer que puede proporcionar una cosa.⁴⁵

Otras dos semejanzas encontradas son con referencia al ejercicio subordinado a las limitaciones, y la facultad de que el propietario pueda perseguir la cosa de quien indebidamente la detenga o posea.

Como se verifica, la inspiración de uno y de otro es la misma. A su vez, no hay discrepancia en el contenido ni en la extensión del instituto jurídico.

A guisa de una mejor comprensión, se pasa a un breve recorrido sobre las estructuras formadoras de los Códigos Civiles. Inicialmente, amparado por la historia, se observa que los pandectistas alemanes ejercieron una fuerte influencia en la construcción de diversas codificaciones civiles foráneas.

⁴³ STC 37/193, de 26/03/1987, publicada en BOE 89, Recurso de Inconstitucionalidad, ponente don Jesús Leguina Villa. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

⁴⁴ BRUTAU, José Puig. Ob. cit., p. 155.

⁴⁵ COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. Ob. cit., p. 110.

El Código Civil Alemán de 1886, cuyo original se llama *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB, fue el embrión morfológico para los países que tuvieron ideados sus códigos después del modelo por él inaugurado, limitándose a la materia civil, distribuyendo sus comandos en libros según un sistema lógico.

Es así, con Brasil, que tiene su Código Civil desde 1916, que fue revocado por el de 2002 (Ley 10.406, de 10 de enero de 2002). El código actual mantuvo la misma estructura orgánica del código de antes, siendo dividido en dos Partes: General y Especial, cada cual separada en Libros: De las Personas; de los Bienes; y de los Hechos Jurídicos, están contenidos en la Parte General.

No obstante, en la Parte Especial, tenemos los Libros de las Obligaciones; de Derecho de la Empresa; de Derecho de las Cosas; de Derecho de Familia; y, el último Libro es el de las Sucesiones.

De hecho, hay una inspiración en el BGB, que tenía, cinco libros, a saber: Parte General, Obligaciones y Contratos, Cosas, Familia, y Sucesiones.

Se debe destacar, en cuanto al cambio del respetado Código de 1916 para el actual en vigor, no hubo cambios relevantes a respecto del contenido esencial del instituto de la propiedad. Hubo en cambio, algunas aserciones relativas a la función social de la propiedad, compatibilizándose el texto infra con el Constitucional (1988).

La Constitución Federal de Brasil de 1988 como se ha dicho, trajo en su redacción una nueva dinámica al derecho de propiedad, incluyendo la función social de la propiedad entre los derechos fundamentales dispuestos en el art. 5º. Además de garantizar el derecho de propiedad privada en el inciso XXII, dispone en el inciso siguiente, que ésta deberá atender su función social (CRFB, art. 5º, inc. XXIII).

2.9 La visión constitucional de la propiedad en Brasil

En una consulta a la historia constitucional brasileña, fue la Constitución de 1934, la primera a regir la materia concerniente a la función social de la propiedad. Esa Carta Política tuvo una vida corta, ante la instauración del

Estado Nuevo por el Presidente Getúlio Vargas, que en 1937, otorgó otra Constitución, conocida como “La Polaca”, debido precisamente a la influencia de la Constitución de Polonia.

Después de la Constitución de 1934, la función social de la propiedad se hace presente en las Constituciones de 1946, 1967, 1988, y en la Enmienda Constitucional nº 1 de 1969. Entretanto, con vida en el constitucionalismo brasileño desde 1934, sólo se vio desarrollada por la doctrina después de la segunda mitad del siglo XX.

La garantía de la propiedad privada en sí, por primera vez ganó referencia constitucional en la Constitución del Imperio de 1924, después de tres años de la proclamación de la República. Traía el cuerpo constitucional (art. 179) que, la propiedad formaba parte de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y por eso, al lado de la libertad y de la seguridad individual, estaban garantidas por el Estado.

Expresamente, en el inc. XXII, del mismo art. 179, enfatizaba que, se garantiza el derecho de propiedad en toda su plenitud. Mencionando la posibilidad de expropiación cuando el bien público legalmente verificado exija el uso, y empleo de la propiedad del ciudadano, será él previamente indemnizado del valor de ella. Sin embargo, refería que la ley marcaría los casos en que tendría lugar esta excepción y daría las reglas para determinar la indemnización.

El 24 de febrero de 1891, después de un año de muchas negociaciones a respecto del texto Mayor, surge la nueva Constitución. Es decir, la primera de la República brasileña.

La Constitución de 1891, como primera del nuevo régimen, persiguió fundamentar jurídicamente la nueva base de sustentación del Estado brasileño que nacía. Tal Constitución tuvo la inspiración norteamericana cuando trató de los principios fundamentales, sin embargo menoscabó los principios liberales de aquella Carta.

En relación al derecho de propiedad, se mantuvo la garantía de la propiedad tal cual aparecía en la Constitución imperial. En realidad, en una visión crítica, no podría ser distinto, ya que en la época, existía una gran influencia de las oligarquías latifundistas dando los rumbos a la política nacional.

Siendo así, la Constitución en su art. 72, garantizó a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la libertad, a la seguridad individual y a la propiedad, estipulando en el § 17, que el derecho de propiedad se mantenía en toda su plenitud, resaltando la expropiación por necesidad pública, mediante indemnización previa.

El 16 de julio de 1934 nace la nueva y efímera Constitución, fruto de la Revolución Constitucionalista de 1932, cuando la Fuerza Pública del Estado de São Paulo luchó contra el Ejército brasileño.

Según su preámbulo, venía para organizar un régimen democrático que asegurase a la Nación la unidad, la libertad, la justicia, y el bienestar económico. Su duración fue de tres años, pero sólo tuvo vigor por un año, ya que fue suspendida por la Ley de Seguridad Nacional.

Con el fin de la revolución, gana relevancia la discusión del régimen político del país, lo que da inicio en 1933, a la instauración de una Asamblea Constituyente, que al fin y al cabo, promulgó la segunda Constitución de la República.

La Carta cambió profundamente el Estado brasileño, haciendo aparecer cambios progresistas, pero fue de corta vida, ya que Getúlio Vargas, de presidente revolucionario, se transformó en dictador, en un Estado autoritario que tuvo origen en la Constitución otorgada de 1937, "La Polaca".

Como ya se ha sido dicho, fue la Constitución de 1934 la innovadora en la institución en su cuerpo constitucional de la materia concerniente a la función social de la propiedad. En su art. 113, subraya el texto que queda garantizado el derecho de propiedad para todos los brasileños y extranjeros residentes en el país.

Estableciendo, precisamente, en el inc. XVII, que es garantido el derecho de propiedad, que todavía no podrá ser ejercido contra el interés social o colectivo, en la forma que la ley determinar.

A su vez también, en el mismo apartado, menciona que la expropiación por necesidad o utilidad pública quedará hecha en la forma de ley, mediante justa y previa indemnización. Aduce aun que, en caso de peligro

inminente, como guerra o conmoción intestina, podrán las autoridades competentes usar de la propiedad particular hasta donde el bien público lo exija, resaltando el derecho de indemnización.

El 10 de noviembre de 1937 raya la Constitución otorgada por el presidente Getúlio Vargas, día en que también se instala la dictadura del Estado Nuevo, bajo un régimen autoritario con una inspiración fascista que perduró hasta al fin de la Segunda Guerra Mundial. Como marca, la Carta que era la tercera de la República, y la cuarta de la Nación, presentaba un antagonismo, desfilaba un contenido pretenciosamente democrático, pero, centralizadora concentraba en las manos del dictador la fuerza del poder.

Es de evidenciar que, esa Constitución ha sido la primera autoritaria de la reciente historia republicana brasileña, atendiendo al interés de fuertes grupos dominantes (positivistas⁴⁶, militares y caudillos) en su mantenimiento en el poder y de favoritismo por el Estado.

En el aspecto de la propiedad, por nueva orden la Constitución hace desaparecer la inspiración socializante nutrida por la Carta de 1934. Demarca, reinstaurando la redacción predecesora, asegurando a los brasileños y extranjeros residentes el derecho de propiedad, con la posibilidad de expropiación por necesidad y utilidad pública, mediante indemnización previa, resaltando, todavía, que su contenido y sus límites serán definidos en leyes que reglamenten el ejercicio (art. 122, inc. 14)

Con el fin de la gran guerra mundial, cae Vargas y brota en el ordenamiento positivo la Constitución democrática de 1946, que tenía la característica de ser muy avanzada para su tiempo.

Con la Constitución de la República de 1946, la función social de la propiedad retornó al texto constitucional en la parte que trata sobre el orden económico y social (art. 147), regulando que el uso de la propiedad estará

⁴⁶ Doctrina de Auguste Comte, caracterizada, en especial, por la orientación antimetafísica y antiteológica que pretendía imprimir a la filosofía, y por preconizar como válida únicamente a admisión de conocimientos basados en hechos y datos de la experiencia.

condicionado al bienestar social, resaltando que la ley podrá, con observancia de lo dispuesto en el art. 141, § 16, promover la justa distribución de la propiedad, con igual oportunidad para todos.

El § 16 preconizaba que es garantizado el derecho de propiedad, salvo el caso de expropiación por necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante previa y justa indemnización en dinero.

El mismo artículo iba más adelante trazando que, en caso de peligro inminente, como guerra o conmoción interna, las autoridades competentes podrán usar la propiedad particular, si así lo exigiera el bien público, quedando todavía asegurado el derecho de la indemnización posterior.

Es de se enfatizar que la propiedad estaba localizada en sede de los derechos y garantías individuales, pero la función social de la propiedad se ubicaba junto al orden económico y social.

La Constitución de 1967, mantuvo la función social de la propiedad exactamente donde quedó la de 1946, o sea, dentro de los principios del orden económico y social, en el inc. III, del art. 157. A su vez, la propiedad fue garantizada en el marco del derecho y garantías constitucionales, en su § 22, del art. 150.

En lo que se refiere a la Enmienda Constitucional (EC) nº 01, del 17 de octubre de 1969, la función social de la propiedad alcanzó el mismo status Constitucional, reposando en el seno del orden económico y social en el inc. III, del art. 160. La propiedad ya había sido garantizada en el § 22, del art. 153.

La Constitución de 1988, hoy en vigor, se presenta con innovación al atraer junto a los derechos fundamentales, la función social de la propiedad (CRFB, art. 5º, inc. XXIII). Ahora se ubica junto a los derechos y garantías individuales y colectivas, la garantía de la propiedad y la función social de la propiedad. Mientras, la misma previsión se encuentra también en el orden económico y social (CRFB, art. 170, inc. II y III, respectivamente garantía de la propiedad privada y de la función social de la propiedad).

Conviene destacar que, el art. 5º de la Constitución está inserto como cláusula de intangibilidad (cláusula pétrea), conforme la prescripción del inc. IV, § 4º, art. 60 de la Constitución Federal de Brasil.

Esto hace irradiar para todo el sistema constitucional, que la propiedad deberá cumplir su papel social para ser garantizada, relativizando así el concepto privatista. En vista de ello, el derecho de propiedad se revela dentro de las modernas relaciones jurídicas, políticas, sociales y económicas, con limitaciones de uso y gozo, en consecuencia de las nuevas disposiciones constitucionales previstas en los art. 182, 183, 185 y 186 de la Constitución Federal de Brasil.

El Ministro Milton Luiz Pereira, del Superior Tribunal de Justicia, delante de ese nuevo modelo, dijo que hubo un paso del Estado-propietario al Estado-solidario, transportándose del mono-sistema para el poli-sistema del uso del suelo.⁴⁷

2.10 La visión constitucional de la propiedad en España

En el constitucionalismo de España, bajo el mando de Napoleón Bonaparte, es otorgada por el Rey la Constitución o Carta de Bayona de 1808, que a su vez, inaugura en España la monarquía constitucional.

En el cuerpo de la Carta de Bayona, no había ninguna referencia a la garantía a la propiedad, y mucho menos había referencia a la función social de la propiedad, dado que imperaba la concepción francesa. Tal texto constitucional hace disponer de forma muy tenue a respecto de algunos derechos y garantías individuales, pero lo hace de forma desordenada.

En 1810, ante el tumultuario escenario político vivido en España, se crea la Junta Central que inicia a convocatoria de Cortes. El 24 de septiembre de 1810, se constituyeron la Corte de Cádiz, en las que se aprueba y así aparecen las primeras marcas sobre del futuro texto constitucional. Sus huellas fundamentales son: la división de los poderes y la soberanía nacional.

⁴⁷ STJ, Mandado de segurança nº 2.046/DF, de 18 de maio de 1993, relator ministro Milton Luiz Pereira. Disponible en: www.stj.gov.br.

La Constitución de 1812, promulgada el 19 de marzo, tiene una vida efímera y no continúa, se quedando en vigor por seis años, pero en períodos distintos. Sintéticamente, fue una Constitución extensa, o sea la mayor del constitucionalismo español y se caracterizaba por ser demasiado rígida, teniendo como señal la regulación exhaustiva de determinadas materias.

En el campo de los deberes y derechos de los ciudadanos, esa Constitución absorbe los enunciados provenientes de la Constitución de Francia de 1791 y de la Constitución Americana, pero pecaba por no tener un capítulo propio para concentrar los derechos de los ciudadanos, en general.

La “Pepa” es la primera Constitución de España a establecer un tratamiento de garantía de la propiedad, al establecer en su art. 4º, que la Nación está obligada a conservar y proteger por ley sabia y justa la propiedad, como también la libertad civil y los demás legítimos derechos de todos los individuos que la componen.

Por Decreto del 4 de mayo de 1814, Fernando VII derogó la Constitución de 1812 y todas las disposiciones dictadas en su desarrollo, y a partir de esa fecha fueron restableciéndose las del Antiguo Régimen Absolutista, bajo la promesa de redactar una nueva Constitución.

El Estatuto Real de 1834, es una norma puente entre la crisis del Antiguo Régimen y el inicio del Estado Liberal, establece un casi absolutismo del poder del Rey, fundamentándose en las leyes tradicionales del Reino para proceder a la convocatoria de las Cortes Generales.

En realidad no es una Constitución en la acepción de la palabra técnica, sino una Carta otorgada. Su contenido es un texto incompleto: extensión muy breve, no contemplaba ninguna regulación de derechos, y tan sólo regulaba las Cortes y sus relaciones con el Rey. En el mismo camino, tampoco hay referencia al derecho de propiedad.

El sistema del Estatuto Real se mantuvo vigente hasta 1836, cuando la Guardia Real de la Granja, impuso a la Reina Regente el restablecimiento de la Constitución de 1812 y la convocatoria de Cortes constituyentes. Se mantendría la declaración de soberanía nacional y de los

derechos ciudadanos del texto gaditano, la división de poderes y un cambio del sistema electoral.

El Estatuto Real de 1834 genera una crisis política en España, por lo cual la Reina Regente María Cristina resucita el texto constitucional de 1812, permitiendo así, la formulación de un Gobierno de corte progresista que instaura una Corte constituyente para reformar la Constitución.

La Constitución de 1837 se basó en la Constitución de 1812. Tiene como mérito la reintroducción la España de la monarquía constitucional, e instauró unas Cortes bicamerales, además de llevar a cabo, por primera vez en el país, la incorporación de una declaración sistemática y homogénea de los derechos.

Rige sobre los derechos individuales, garante, a ejemplo de la Carta de 1812, la propiedad, subrayando en su art. 10, que no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previendo para eso la correspondiente indemnización.

Después de ocho años, viene la Constitución de 1845. Con la proclamación de la mayoría de Isabel II después de la renuncia de la Regente, se convocan nuevas Cortes con el intento de reformar la Constitución.

La nueva Constitución, en lo concerniente al derecho de propiedad repite el texto revocado de 1837, estableciendo en su art. 10 la misma redacción.

Tras la Revolución de 1848, el Presidente del Consejo de Ministros, Juan Bravo Murillo, de índole marcadamente conservadora, elaboró un proyecto constitucional en 1852, cuyo objetivo era volver a una normativa absolutista más propia del Antiguo Régimen o del Estatuto de 1834. No obstante, la repulsa al texto no permitió prosperarse.

La Constitución de 1856, fue un proyecto que jamás fue promulgado. Su texto era, en cambio, rígido y su articulado es más amplio y completo que el contenido en la Constitución de 1845. En lo que se refiere al derecho de propiedad, el articulado no se distancia en nada de las Constituciones predecesoras. En ese sentido establece el art. 13, que ningún español será

privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa correspondiente indemnización.

En cuanto a la Constitución de 1869, fue construida bajo la convocatoria de las Cortes constituyentes, que siguió a un nuevo texto constitucional que se mantuvo en vigor hasta 1871.

A respecto del derecho de propiedad, la Constitución traza en el art. 13, que nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables por el daño causado. Quedando exceptuados de ella los casos de incendio o de inundación u otros casos urgentes de análoga clase, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiera o hubiera sobrevenido.

Después, en su art. 14, reafirma la garantía del dominio, dictando que nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización reglamentada por el juez, con intervención del interesado.

El Proyecto de la Constitución Federal de 1873, de 17 de julio, exalta la propiedad al situarla en el Título Preliminar, previendo que el derecho de propiedad es asegurado por la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, y ninguna ley tenga autoridad para mermar todos los derechos naturales.

En su art. 15, el constituyente retorna a la garantía de la propiedad, erigiendo que, nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de auto o sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables por el daño causado. Resaltando que, quedan exceptuados de ella los casos de incendio e inundación u otros urgentes análogos en que por la ocupación se haya de evitar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiera o hubiera sobrevenido.

En el art. 16, expresa que, nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización, reglamentada por el juez con intervención del interesado.

La República española no fue lejos, ante la inestabilidad del gobierno frente a los grupos políticos. Alfonso XII, regresó de Inglaterra sujetándose a un gobierno con fórmula de monarquía liberal.

Cánovas, hizo un borrador, que posteriormente fue transformado en un preproyecto de Constitución. Ese último texto fue aprobado sin grandes cambios por las Cortes Constituyentes.

Esa nueva Constitución, a ejemplo de las otras anteriores, garantizaba el derecho de propiedad, articulando que no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa correspondiente indemnización. Si no procediera este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán la posesión al expropiado.

Con la Segunda República viene la Constitución de la República de 1931, que estuvo vigente hasta 1939 con el advenimiento de la Guerra Civil Española. Esa Carta, en el Título III, trataba sobre los derechos y deberes de los españoles, enfatizando en el art. 44, que toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, estaría subordinada a los intereses de la economía nacional y afectaría al sostenimiento de las cargas públicas, en conformidad a la Constitución y a las leyes.

Más adelante edificaba, que la propiedad de toda clase de bienes podría ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Y aun, con los mismos requisitos la propiedad podría ser socializada. Sin embargo, en ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

Nace de esta forma en texto constitucional, para el derecho español, por primera vez, la concepción socializante de la propiedad. Se observa que el constitucionalismo español ya conocía del derecho de propiedad, pero el

primer marco constitucional de la preponderancia del interés público sobre el privado en materia de dominio, se da con esa Constitución.

Con la llegada del General Franco al poder en España, se crea un conjunto de leyes que se establece como estructura político-institucional, sirviendo de modelo para la organización del Estado totalitario impuesto.

Las Leyes Fundamentales del Reino, que en total fueran ocho, siguieron su curso desde 1939 hasta 1977. Entre varias leyes fundamentales, fue la Ley del Fuero de los Españoles de 1945, la que trató de reglar la garantía de la propiedad privada.

La Ley del Fuero, estableció en su art. 30 que, la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.

Sin embargo, complementa que todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común. Y además, que la riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.

3 La función social de la propiedad

Tras abordar un sucinto histórico de la evolución del derecho de propiedad y de un análisis de lo que sea el instituto de la propiedad tanto en las codificaciones civiles con también en las constituciones de España y Brasil, ahora se analizará el modelo socializante de la propiedad constitucional.

3.1 Panorama del constitucionalismo brasileño

La actual constitución brasileña, además de garantizar la propiedad, establece la vinculación de esa con el cumplimiento de la función social. El texto constitucional presenta dos marcos a respecto del tema: un, como derecho fundamental, y otro como principio de la actividad económica.

Delante de ello, se percibe la importancia de la propiedad con nítido carácter social como pieza clave en la esfera patrimonial personal de cada individuo, como también el valor que se destina ella en la estructura de la orden económica y financiera del país.

3.1.1 Noción general

La Constitución Federal de Brasil de 1988, a ejemplo de las anteriores, en su art. 5º, inc. XXII, garantizó el derecho de propiedad en general, estableciendo otras formas o modalidades de propiedad en el cuerpo de su texto y dejando antever la importancia con la cual distingue la materia, en la medida que brinda un tratamiento diferenciado a cada una de ellas.

El texto constitucional creó varios tipos de propiedad que especifican la teoría clásica del derecho de propiedad. Así es que se observa: en los arts. 184, 185, 186, trata de la propiedad rural; en el art. 182, § 2º, de la propiedad urbana; en el art. 176, de la propiedad de recursos minerales; en el art. 222, de la propiedad de la empresa periodística y de radiodifusión sonora y de imágenes; en el art. 5º, inc. XXVII, de la propiedad del derecho de autor; y, en el inc. XXIX, la propiedad de las marcas.

De hecho, delante de ese expreso tratamiento diferenciado, es de percibir que hoy en día, no hay solamente un orden de propiedad, sino varias modalidades de propiedad, cada una poseyendo su signo diferenciador, asumiendo su aspecto característico y, en consecuencia, una función social destacada a cumplir.

Es de la lección de José Afonso da Silva⁴⁸, que la Constitución consagra la tesis de la doctrina italiana, según la cual la propiedad no constituye una institución única, sino varias instituciones diferenciadas, en correlación con

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2 .ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 64.

diversos tipos de bienes y de titulares, donde no hay más espacio para hablar de propiedad, sino de propiedades (plural).

De esa forma, conforme a lo que fue considerado, la propiedad puede ser considerada: pública, privada o social; urbana o rural; de bienes o de consumo; de uso personal o de capital, etc., estando todas, sin embargo, sometidas a tratamiento específico como consecuencia del destino del bien objeto de la propiedad.

Esa lectura nos conduce a constatar que la propiedad sale de las raíces del derecho civil, para encontrarse actualmente en una vasta gama de normas, como por ejemplo, en el campo del derecho administrativo, comercial, tributario, y de consumo. Cabe reflexionar que, todos tienen por fundamento las premisas descritas en la Constitución Federal. Con eso, de ese nuevo modal se positiva un naciente régimen jurídico para el entendimiento del instituto de la propiedad.

3.1.2 Propiedad y Constitución

La Constitución Federal, como dispone el art. 5º, inc. XXII, garante la propiedad privada, manteniendo íntegra toda la teoría civilista a respecto del asunto. El texto constitucional expresa una garantía, pero no la define y ni la conceptúa, dejando soportar sobre la misma una concepción jurídica ya nutrida o conocida.

Aunque estaba garantizada la propiedad, el constituyente originario, instaló en el inc. XXIII, del mismo art. 5º de la Constitución, la intención socializante de que la propiedad deberá atender su función social.

La Carta de 1988 innovó a respecto de la relación de la garantía de la propiedad con su función social, tratando las dos como derechos fundamentales. Por la propia topografía de desarrollo constitucional, el constituyente trató la materia de una forma íntimamente ligada (CRFB, art. 5º, inc. XXII y XXIII, y art. 170, inc. II y III), señalando así, la inserción de la atención de la función social dentro del contexto del derecho de propiedad.

Al aproximar la adjetivación a la propiedad, aún más, destacándola como cláusula de petrificación, quiso él – el constituyente –, dar nuevo rumbo a la teoría de la propiedad privada, no dejando subyacer dudas en aquello que buscaba distinguir.

Puede verificarse entonces que, del nuevo marco constitucional, la función social forma parte ahora de la órbita de definición de la propiedad privada. Con la nueva tónica, aparece la sustitución de la concepción puramente abstracta de un derecho de libre dominio y disposición, por un concepto de propiedad privada social.⁴⁹

Tanto es verdad, que en momentos distintos del texto constitucional, destacó, expresamente que, la inobservancia de conferir a la propiedad su función social, sujetaría la propiedad a la expropiación, conforme dispone el art. 182, en su § 4º, y el art. 184 de la Constitución Federal de Brasil.

Cabe destacar aún, que la importancia dada a la propiedad y su destinación social fueron de tal magnitud, que el constituyente la incluyó como principio de la actividad económica, en el capítulo que trata sobre el orden económico y financiero, garantizando a todos la existencia digna, conforme los conceptos de la justicia social (CRFB, art. 170, inc. II y III).

A su vez, la teoría civilista del derecho de propiedad en nada cambió tras la nueva postura constitucional. Lo que cambió, fue la interpretación dada al instituto jurídico de la propiedad privada con la conexión del derecho público, pues en un razonamiento integrado, la propiedad sólo queda garantizada desde el cumplimiento de su función social. Es esa, en sí, la nueva senda proveniente del enlace constitucional con el derecho civil.

La teoría surgida para el derecho de propiedad, es que el tenedor del dominio tiene que observar una serie de obligaciones, a las cuales clásicamente, no estaba condicionado. Sobresale la observancia del interés

⁴⁹ El Supremo Tribunal Federal, diversamente del Tribunal Constitucional de España, no pavimentó una definición jurídica para la función social de la propiedad.

colectivo sobre el individual, atento pues, a la finalidad o utilización social de cada categoría de bien, que debe el titular del dominio hacer cumplir.

Se observa que el novel reconocimiento constitucional sobre la propiedad, determinó una nueva forma de entenderla. Sale de una teoría puramente civilista, tal cual había sido modulada por el derecho romano- napoleónico para aproximarse al derecho de la propiedad socializada, inspirada en los pandectistas alemanes. Con objeción de algunas opiniones, la propiedad privada tal cual está insertada en la Constitución, quedó marcada con considerables limitaciones en su ejercicio.

Pondera Maria Clara Motta⁵⁰, que existen limitaciones en función del objeto y límites impuestos en función del sujeto, por los cuales el acceso a la propiedad está vedado por fuerza de la nacionalidad del propietario, dependiendo de criterios estrictamente ligados a directrices de política migratoria.

No se debe olvidar, que según la concepción proveniente de la teoría civilista pura, la propiedad tiene el carácter de absolutismo, conforme elementos instructivos resultantes del desarrollo romano- napoleónico. No obstante, con la nueva fórmula constitucional, con espíritu nítidamente socializante, viene a quebrantar la vetusta interpretación, por lo cual impuso, al lado de otras ya existentes, una seria restricción más – la función social.

De esa manera se visualiza que la función social, con amparo en los art. 5º, inc. XXII e XXIII y 170, inc. II e III, de la Constitución Federal, pasó a formar parte del concepto de propiedad.

Por alto, algunas veces, se menciona la función social como una restricción o limitación al derecho de propiedad. Esa visión, rechaza la sencilla lectura integrada de la Norma Fundamental. En verdad, dicha restricción no es un limitador, sino un adjetivo que dilata la comprensión, permitiendo creer que el propietario sólo estará resguardado por la Constitución, en la medida que pueda conferir a su propiedad una función social.

⁵⁰ MOTTA, Maria Clara Mello. **Conceito constitucional de propriedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 56.

En la actualidad, la función social condiciona el derecho de propiedad, siendo parte de su instituto, es parte de su concepto, y no es por eso, un embargo externo, como, por ejemplo, son el derecho de vecindad o administrativo...

En la doctrina de José Afonso da Silva⁵¹, se percibe que la función social forma parte de la estructura del derecho de propiedad, y por esa razón, no es una limitación al ejercicio de la propiedad como un todo.

La posición de José Afonso da Silva no es aislada. Fábio Konder Comparato⁵² lo acompaña y enseña que, la llamada función social de la propiedad representa un poder-deber positivo, ejercido en el interés de la colectividad, inconfundible, como tal, con las restricciones tradicionales al uso de los bienes propios.

Por el mismo camino sigue Orlando Gomes⁵³ al difundir que el principio de la función social de la propiedad alcanza la sustancia del derecho de propiedad, dando origen a una nueva concepción del instituto.

Aun sujeta a esa nueva concepción, la propiedad, antes amplia, mas absoluta en su orden original, pasa a contar con un contundente ingrediente que la condiciona y le presta un carácter no existente, obstruyendo las facultades de usar, gozar y disponer de la propiedad, lo que, resalta, es una disminución antes no conocida.

Una advertencia tiene que ser hecha: sin importar la interpretación que se quiera dar al nuevo formato del derecho de propiedad, la realidad, en cambio impone una reducción a las facultades de ejercicio del derecho de propiedad, pues hay un nuevo condicionante que forma parte de su contenido, y por eso tiene que ser respetado.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 254.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. Título. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. **Anais ...** Salvador, 1986. p. 60.

⁵³ GOMES, Orlando. Função social da propriedade. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. **Anais ...** Salvador, 1986. p. 63.

Vale decir, que todo lo que afecta al ejercicio de cualesquiera facultades de la propiedad es diagnosticado como un impedimento de esa misma propiedad. En esa esfera, se puede decir que entonces son varios los motivos que imponen a la propiedad una restricción. De hecho, hay limitaciones de orden estética, urbanística, higiénica, de defensa del consumidor, de seguridad ciudadana, de preservación ambiental, así como, las consecuencias de las confiscaciones y expropiaciones.

Todas las restricciones están previstas en los ordenamientos legales: unos administrativos, otros de naturaleza civil y del consumidor, y por fin, los de orden tributaria.

De modo que, se percibe delante de lo analizado, que la teoría civilista de la propiedad al respecto en nada cambió. Lo que se produce es el cambio proveniente de la interpretación de esa teoría frente la concepción socializante descortinada por la Constitución Federal. Esa intelección irradiada por la Constitución, se presenta como un lenitivo para alcanzar una sociedad más equilibrada económica y socialmente.

Es la aplicación de la supremacía del interés público frente al privado. Es la *publicização do direito privado*⁵⁴. Se trata, pues, de un cambio de referencial. El derecho de propiedad deja de ser visto desde el punto de vista del derecho individual para insertarse en el contexto de la colectividad.

Esa nueva orientación del derecho de propiedad fue impelida por la necesidad de garantizar los intereses sociales relevantes, pues la anterior se demostró disonante con la realidad.

Con efecto, como si no bastase todo el orden de cambios ocurridos en el escenario político mundial a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX, el éxodo rural y la industrialización, contribuyeron a un aumento vertiginoso de la población en los centros urbanos, resultando en una conturbada convivencia y una irascible discrepancia social.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. p. 14.

En el campo, no es diferente. Durante siglos y siglos, los campos han sido estuarios de acumulación de riqueza. Es signo de poder económico y social. Muchas veces las tierras no son productivas, son apenas mantenidas en poder del propietario como forma de estabilización y manutención de riqueza, mientras que, son miles los agricultores sin tierras para cultivar. Esa disparidad lleva a una disputa social.

Esos problemas que antes no eran presentes, o si existían eran tratados de espaldas y con repudio, hoy son aparentes y promueven por eso un cambio de referencial jurídico, mucho más afinado con la teoría de los pandectistas alemanes que con los idearios de la norma romano-napoleónica.

En Brasil, el problema de la mala distribución de la renta demuestra una seria crisis de orden social. Actualmente, el problema no está solamente centrado en el campo, sino, sobre todo, en las ciudades.

La función social de la propiedad, dada su dimensión de importancia fue establecida en la Constitución Federal como garantía fundamental y como principio de orden económico y social. En desarrollo de la norma constitucional se quedó cambiado el Código Civil.

Con el nuevo Código Civil, el derecho de propiedad cuenta con un nuevo formato, absorbiendo los comandos traspasados por la Constitución. La actual redacción del caput del art. 1.228 del Código Civil, fue poco alterada frente a lo dispuesto en el art. 524, del Código Civil revocado.

El tipo descrito en la norma civil ahora faculta, mientras que el anterior aseguraba, que el propietario de la cosa venga a usarla, gozarla, disponerla y reivindicarla frente a quien injustamente la tenga.

Hasta ese momento, no hubo ninguna disonancia en relación al texto revocado. La redacción permanece intacta en los postulados históricos privatistas del derecho de propiedad. Sin embargo, fue en el párrafo primero, que se observó que estaba absorbida la matriz constitucional socializante.

En el § 1º del art. 1.228 del Código Civil de 2.002, se afirmó el nuevo formato, enfatizando que el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con las finalidades económicas y sociales y de modo que sean preservados, de conformidad con lo establecido en ley especial, la flora, la fauna,

las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, así como debe ser evitada la polución del aire y de las aguas.

Dicen Nelson Nery Júnior y Rosa Maria Andrade Nery⁵⁵ que la naturaleza jurídica de la función social de la propiedad es principio de orden público, que no puede ser excluido por voluntad de las partes, conforme previsión descrita en el párrafo único del art. 2.035 del actual Código Civil, que rige que ninguna convención puede prevalecer si contraría preceptos de orden público.

La propiedad, antes tenida como absoluta, actualmente se encuentra con su concepto más roto, más flexibilizado, dado que el propietario está sujeto a las restricciones, no sólo de carácter privado, sino también y principalmente, de orden público, que es ese nuevo parámetro de observación social (art. 1.228, § 1º). Y, es el cumplimiento de esa nueva normativa social la que se legitima el título del dominio.

A ese respecto dijo el ministro del Supremo Tribunal Federal Celso de Mello⁵⁶, que el derecho de propiedad no se reviste de carácter absoluto, y que, sobre él, pesa una grave hipoteca social, lo que significa que, descumplida la función social que le es inherente, estará legitimada la intervención estatal en la esfera dominical privada, observados, no obstante, para ese efecto, los límites, las formas y los procedimientos fijados en la propia Constitución.

3.1.3 Tutela jurisdiccional de la propiedad

Si la propiedad está condicionada a su función social, entonces se convierte en requisito para la tutela del derecho de propiedad el cumplimiento de la función social. De ello, la no satisfacción de ese requisito de la función social de la propiedad, puede llevar a la pérdida de la protección constitucional.

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 418.

⁵⁶ STF, ADI-MC 2213/DF, de 04/04/2002, rel. Min. Celso de Mello. Disponible en: www.stf.gov.br.

De ese modo, en el sistema jurídico-constitucional brasileño, la propiedad dotada de función social está legitimada por esa misma función. Esto es, la que no cumpla con la función social no será más objeto de protección jurídica.

Esa es la orientación pasada por Pietro Perlingieri, citado por Gilberto Bercovici⁵⁷, en la cual evidencia que, la ausencia de actuación de la función social, hace que falte razón de la garantía y del reconocimiento del derecho de propiedad.

En ese camino, el no cumplimiento de la función social, aleja el derecho del propietario de defenderse, cuando haya cualquier ofensa a su propiedad, de las protecciones posesorias.⁵⁸

En suma, la connotación de la propiedad no es más individual, sino social, ya que, dentro del concepto de propiedad existe la obligatoriedad de cumplir la función social en consonancia con las reglas dispuestas en las leyes, para el fin de ser garantizada.

Del encadenamiento de los incisos XXII y XXIII, del art. 5º, sumados a los incisos II y III del art. 170, se conduce a la idea de que el carácter privatista de la propiedad sufrió una relativización, como bien observa José Afonso da Silva⁵⁹.

Alude él que, el constituyente al incluir la función social de la propiedad en el orden económico, determinó que el concepto de propiedad fuese relativizado, una vez que lo somete a los dictámenes de la justicia social, donde sale el razonamiento que la propiedad sólo es legítima en cuanto cumpla una función dirigida a la justicia social.

Así, el derecho de propiedad continúa existiendo en Brasil, modulado en consonancia con los mismos principios que siempre lo informaron. Lo que cambió, fue su cotejo delante de la función social. Finalmente, con la

⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de direito privado**. n. 7, p. 83-84.

⁵⁸ Ibidem, p. 84; y LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade. **RT**, p. 738-739.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed., p. 690.

Constitución Federal de 1988, nace bien norteadada la flexibilización del derecho de propiedad, dejando de tener un sentido meramente individual para connotarlo como social.

Como hasta se ha visto, la Constitución Federal al mismo tiempo que da relevancia al derecho de propiedad garantizándolo como derecho inviolable y como principio de orden económico, vincula en ambos pasajes el ejercicio del derecho de propiedad al desempeño de una función social.

José Afonso da Silva⁶⁰ enseña que hay en las constituciones proposiciones de cuño programático, las cuales son principios para cumplimientos por los órganos (legislativos, ejecutivos, jurisdiccionales, y administrativos), como programas de las respectivas actividades, visando la realización de los fines sociales del Estado.

En efecto, la interpretación que se extrae de la Constitución Federal, tras establecer como programa que la propiedad debe atender su función social, es en el sentido de orientar toda y cualquier actividad estatal con el objetivo de condicionarla.

3.1.4 Definición de función social

No es fácil definir lo que es función social. Por su contenido de interés difuso, nada recomienda la precisión bajo la pena de elaborarse un paradigma injusto. La especificidad del sentido que se quiere elaborar debe ir al encuentro del hilo del propio ordenamiento, por sí sólo analizado.

No se veda el análisis sistemático, al contrario, desde que sea dentro del mismo ordenamiento, cuidando para no exceder sus lindes. No olvidemos que la CFRB genera varias propiedades y cada cual tiene una distinta

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 18.

función social a cumplir, por eso es conveniente no hacer una definición globalizada⁶¹.

No hay como entender que el constituyente haya obrado con indeterminación cuando trató la función social de la propiedad sin particularizarla. Todo conduce para lo contrario. La ausencia de precisión debe ser comprendida como el contenido genérico que la norma programática pretende establecer, cuyo perfecto entendimiento continúe siendo extraído a través de una lectura sistemática de los dispositivos que se relacionan de cualquier forma con el precepto.

Sin embargo, la cuestión no se imagina resuelta, pues aun hay un cierto vacío en la expresión, aunque de ella se pueda extraer una interpretación por la vía coordinada de atinar los artículos de ley.

Para una comprensión inteligible hay que situarse en la cuestión, dado que la ley no contiene palabras ociosas, mucho más cuando el origen del término está inserido en la Constitución Federal. De hecho, la expresión función social inspira un sentido, pues de ella se debe determinar un efecto jurídico individualizado, de lo contrario no tendría sentido en su reconocimiento.

Se debe intentar alcanzar un sentido mínimo para la expresión función social. En esa tentativa, se sugiere, inicialmente, una interpretación literal, y en ella se observa que la palabra función está vinculada al sentido de servidumbre y utilidad. Es decir: es la utilización para un determinado fin. De eso, es posible concluir que, el uso tiene inmanente un determinado deber, ante la obediencia de la propuesta programática pasada por la Constitución.

Por otro lado, existe el adjetivo social que conduce a la idea de relación con la sociedad, que a ella interesa. El sentido no es otro que el mero interés social, o sea, lo que traiga efectivamente beneficio, ventaja a la sociedad. Importante: no hay como particularizar la sociedad, ya que hay varias, y el precepto esta destinado a todos.

⁶¹ La doctrina española trata del asunto como plasticidad de la propiedad. El Tribunal Constitucional ha referido sobre el termo en la STC 37/1981.

Bien, reuniendo los dos vocablos surge la idea de que la función social de la propiedad es un deber del propietario de utilizar la propiedad para atender a un fin social. Como está sometido al principio de la reserva legal por imposición constitucional, puede observarse que ese fin debe estar previsto en ley.

Vale recordar que el principio de la función social de la propiedad surge de la supremacía del interés público sobre el privado. De la lección de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² surge que, el principio de la supremacía del interés público sobre el interés privado es un principio general de derecho inherente a cualquier sociedad.

Dice más, que es la propia condición de su existencia. Por lo tanto, no radica en ningún dispositivo específico de la Constitución, aunque muchos aludan o impliquen manifestaciones concretas de él, como por ejemplo los principios de la función social de la propiedad, de la defensa del consumidor o del medio ambiente, entre otros tantos. Sostiene finalmente que, el principio en causa es un supuesto lógico de convivencia social.

De esa manera, el propietario al ejercer las facultades de usar, gozar y disponer de sus bienes, tiene el deber de respetar las leyes que abrigan los intereses bienes y valores, que por su relevancia, se sobreponen a los meros intereses privados del individuo.

Debe constatar que la limitación no es sólo en el sentido de vedar. Lo pretendido por el legislador es dar un sentido social conforme a la ley. Luego, el particular no está condicionado tan sólo a la restricción de actos (dejar hacer), sino también sometido a la impulsión, o sea, a la posibilidad de actuar positivamente, haciendo alguna cosa. A propósito, se debe citar el art. 182, § 4º de la Constitución Federal, en el cual, el propietario está impelido a la construcción obligatoria.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67.

En otras palabras, la disposición constitucional no se dirige tan sólo al legislador, sino también al propio propietario del bien, que debe ejercer su derecho, no sólo buscando alcanzar sus propios intereses, sino también los intereses de la sociedad. El arbitrio del titular del dominio está condicionado por el interés general.

Se reafirma, el interés no es privado, sino social, ya que dentro del concepto de propiedad está la obligatoriedad de cumplir su función social, que es un elemento integrante.

Es de vaticinar que el deber se dispone como un encargo. El encargo como incumbencia trae inmanente una carga y ésta hace nacer una conducta, que por consecuencia lógica es una obligación (teoría alemana).

Observando el trabajo de Nelson Nery Júnior y Rosa Maria Andrade Nery⁶³, en el cual enfatizan que la regla del art. 5º, inc. XXIII y art. 170, inc. III, ambos de la Constitución Federal, provienen del art. 153 de la Constitución Alemana de 1919 (Constitución Weimar), y tiene inspiración en Martin Wolf, con pasajes de que la propiedad obliga (*Eigentum verpflichtet*) y la función social de la propiedad (*Gebrauch nach Gemeinem Besten*).

En esa cita, la propiedad es un poder-deber que trae consigo la sujeción de una función, lo que determina al propietario una obligación positiva para con la sociedad. Su acción debe ir al encuentro del interés colectivo previsto en ley, caso así no sea, estará sujeto a una sanción.

Dentro de la fórmula constitucional brasileña, la función social de la propiedad es una norma programática. Sin embargo como no se puede admitir una norma desprovista de eficacia, la propia Constitución trató de reservar los castigos para aquellos que no cumplen el papel social de la propiedad (v.g.: art. 182, § 4º).

Debe resaltarse, que a los ojos de los más incautos, delante del panorama nutrido sobre el concepto de la propiedad privada, la expresión función

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Ob. Cit, p. 418

social de la propiedad constituye una paradoja, ya que son dos principios, de ordinario, inconciliables.

Para poder resolver el antagonismo, sobreviene la inspiración de otro principio que es más influyente y que asienta la correcta comprensión de aquello que es, en principio, percibido como absurdo. La solución no admite dudas, ya que pasa de la supremacía del interés colectivo al individual, como también, la atención al principio de la dignidad de la persona humana (CRFB, art. 1º, inc. III).

En los objetivos y principios fundamentales de la República (art. 1º y 3º) la Constitución Federal recomienda que el camino a ser ofertado para la comprensión de la función social de la propiedad pase por los conceptos de igualdad material y de protección de la dignidad humana.⁶⁴

3.1.5 Sanciones previstas en la Constitución ante el incumplimiento de la función social

La Constitución Federal estableció un tratamiento para la ocupación de la tierra rural y urbana. Para la propiedad rural, disciplinó el constituyente, en el art. 184, que la Unión puede expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no esté cumpliendo su función social.

En el art. 186, el constituyente estableció lo que entiende por cumplimiento de la función social, dictando que, la propiedad rural atiende la función social, cuando simultáneamente, según criterios y grados de exigencia establecidos en ley, cumple los siguientes requisitos: aprovechamiento racional y adecuado; utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; observancia de las disposiciones que

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade a pessoa humana como valor supremo da democracia. In: _____. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 144-149.

reglamentan las relaciones del trabajo; y, la explotación que favorezca al bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

El STF en la sentencia ADI-MC 2213/2002⁶⁵, ha establecido que el acceso a la tierra, la solución de los conflictos sociales, el aprovechamiento razonable y adecuado del inmueble rural, la utilización apropiada de los recursos naturales disponibles y la preservación del medio ambiente, constituyen elementos de realización de la función social de la propiedad.

La Constitución dispone la expropiación como forma de sanción al titular del dominio que incumple la función social conforme lo dictado en ley.⁶⁶ Esa sanción constitucional es un instrumento destinado a dar consecuencia práctica a los compromisos asumidos por el Estado en el orden económico y social.

La norma programática constitucional alcanza cierta carga de materialidad, en la medida que otorga al propietario de la tierra un deber jurídico con contenido social, imponiéndole la obligación de cultivar y explotar adecuadamente su propiedad rural, bajo penalización expuesta en la Constitución sobre la existencia de inmuebles rurales ociosos (no cultivados y/o improductivos).

Conviene referir que la expropiación-sanción, por sí sola, no aleja la atención al debido proceso legal. Así, verificado que el suelo es improductivo o que, genéricamente, no observa la función social a él dirigida, el poder estatal no puede expropiarlo sin observancia a la garantía del debido proceso legal, que a su vez, también es derecho fundamental ostentado por la Constitución (art. 5º, inc. LIV – nadie será privado de sus bienes sin el debido proceso legal)⁶⁷.

Cabe resaltar que, en su art. 185, la Constitución dice que no son susceptibles de expropiación para fines de reforma agraria, la pequeña y mediana propiedad rural, así definida en ley, desde que su propietario no tenga otra, como tampoco es apta la reforma, para la propiedad dicha productiva. En cuanto a esa,

⁶⁵ STF, ADI-MC 2213/2002, rel. Min. Celso de Mello. Disponible en: www.stf.gov.br.

⁶⁶ STF, MS 24.503, de 05/09/2003, rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponible en: www.stf.gov.br.

⁶⁷ STF, MS 24.307, de 21/11/2002, rel. Min. Celso de Mello. Disponible en: www.stf.gov.br.

traza el párrafo único que, la ley garantizará tratamiento especial a la propiedad productiva y fijará normas para el cumplimiento de los requisitos a su función social.

En lo que concierne a la propiedad urbana, el tratamiento es diverso en la forma, pero no distinto en el contenido. O sea, la mala utilización del suelo urbano es un supuesto de expropiación, como también está sujeta la medida extrafiscal del impuesto municipal sobre el inmueble ocioso.

En el § 4º del art. 182, vehicula el texto constitucional que el inmueble urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado estará sujeto a sanciones correspondientes por el Poder Público. El objeto de la previsión es que, no se admite hoy en día, que el propietario del inmueble urbano no dé al bien la utilidad conveniente a aquella concebida por las ordenaciones locales.

Así es que, tenemos una imposición, que tiene por propósito obligar al propietario a desempeñar el deber social de su propiedad. La propiedad tiene que tener una utilidad social, conforme prescripción legal.

Recordando, la previsión constitucional no suprimió por completo el concepto privatista de la propiedad, apenas le proporcionó una nueva indumentaria, al subordinarla al cumplimiento de la función social.

Esa advertencia es válida para que se verifique que la cuestión sencilla de que el inmueble esté sin edificación, o cuando existente sea subutilizado no quiere decir, por sí sólo, que se está delante del incumplimiento de la función social de la propiedad. Hay que indagar, en ese caso, si hay legislación disciplinando la materia para aquel sitio específicamente.

No debemos olvidar que la propiedad admite una utilización estática. Pero tiene que observar lo que está reservado a ella en las normas de derecho urbanístico de la ciudad en la cual está ubicada. Al fin, la reserva constitucional se destina a proveer la ocupación del inmueble, objetivando el

aprovechamiento del suelo urbano, con el fin de evitar las actividades especulativas o acumulativas.⁶⁸

Una advertencia tiene que ser hecha: aquellos inmuebles utilizados para el fin de temporalidad y otros en que el uso sea esporádico, y no diario, no descumplen su función social, por sí solos. De nuevo, hay que buscar la forma modular para verificar si hay disposiciones en ley que disciplinan la materia.

De un vistazo, por un criterio de lógica social, es patente la distorsión, pues en cuanto muchos sufren ante la no obtención de un inmueble, sujetándose a vivir de favores, de sudor, o amontonados en cualquiera rincón de una ciudad, otros que tienen recursos, no se sirven de la propiedad como sería esperado que lo hicieran, tan sólo intentando un fin especulativo.

Eso no quiere decir, que hay un aplauso a la eficacia del principio tomista, pero es innegable que serias interrogaciones alcancen nuestras mentes cuando se parte de la comprensión de que la propiedad es un bien natural, proveniente de Dios para satisfacción del hombre, no habiendo razón lógica para que muchas personas sufran por su ausencia.

El entendimiento que proviene de la iglesia católica, atribuyendo a la propiedad una hipoteca social no es el mejor consejo, no obstante, se entienda depositando en el derecho natural que la propiedad tiene como función atender a la sociedad. Esta función puede ir más allá de aquellas que a justo título alcanzaron la propiedad.

Tampoco es justo que aquellos que nada hicieron para obtener una propiedad puedan, al verla titularizada, apropiarse, invocando para legitimar tal acto el derecho divino, o que aquel titular ya sea propietario de otro determinado bien. No se debe olvidar que el titular, por un motivo u otro, detenía el capital y fue ese capital lo que le proporcionó la adquisición de la propiedad.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 249.

Siempre válida es la lección de José Afonso da Silva⁶⁹, en la cual diserta que el principio de la función social de la propiedad no autoriza a suprimir, por vía legislativa, la institución de la propiedad privada.

Resultado de esa compleja visión social pasada por la iglesia católica, la Constitución Federal, objetivando establecer reglas, por lo menos en lo que trata de la propiedad inmueble urbana, estampó en el § 2º del art. 182, lo que se entiende como cumplimiento de la función social, a ejemplo de lo que sucedió con la propiedad rural.

3.1.6 La función social y la propiedad inmueble urbana

Dice la Constitución, en el § 2º del art. 182, que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de la ordenación de la ciudad expresadas en su plan directriz. En efecto, la finalidad del § 2º del art. 182 en nada se aproxima de aquella visión tomista pura de hipoteca social. La raíz de la previsión está impregnada de un referencial socializante mucho más afinado a la teoría pandectista.

La regla constitucional está informada por la subordinación de la propiedad en hacer cumplir su papel social, en la medida que al propietario está destinado a cumplir una obligación que deriva de un postulado general que sostiene un bienestar colectivo.

El ideario social establece una redacción constitucional con el fin de minimizar los efectos de los problemas sociales provenientes de los movimientos poblacionales, que fueron definidos por el avance del éxodo rural, por la industrialización, por la búsqueda de mejores oportunidades de empleos en el comercio, prestación de servicios, entre otros factores.

La animación social causó el crecimiento incontrolable de las ciudades, ocasionando, como consecuencia, la complejidad de la vida en los

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. p. 256.

grandes centros urbanos. Los problemas son numerosos y sin fin, pasan por la ausencia de estructura del Estado para garantizar a los ciudadanos la prestación de servicios básicos como: salud, transporte público, educación de calidad, ocio, saneamiento, hasta problemas con la vivienda digna.

Con la aspiración de reordenar el desarrollo de las funciones sociales de las ciudades y asegurar el bienestar de los habitantes, la política de expansión urbana tiene un instrumento, obligatorio para ciudades con población superior a veinte mil habitantes.

El cumplimiento de la función social de la propiedad urbana se vincula a la satisfacción de las exigencias de ordenación de la ciudad, contenidas en el plano directriz que es de competencia municipal, desde que sean compatibles con las directrices de desarrollo urbano instituidas por la Unión (CFRB, art. 21, inc. XX).

Siendo así, se observa que la utilización del suelo urbano está sujeta a las condiciones establecidas en las leyes urbanísticas y en el plan directriz del municipio. Las directrices para el desarrollo urbano, como fue señalado arriba, son de competencia de la Unión, sin embargo, la competencia para legislar sobre derecho urbanístico es concurrente, conforme se interpreta del mensaje dispuesto en los art. 24, inc. I y art. 30, inc. II, ambos de la Constitución Federal.

Por tal dispositivo, está el Municipio, al lado de los Estados y de la Unión, autorizado a legislar sobre el derecho urbanístico. Sin embargo, cuando legislen concurrentemente, deben observar las normas generales delineadas por la Unión.

Por otro lado, las políticas públicas habitacionales y de saneamiento básico son de competencia común de la Unión, de los Estados, y de los Municipios. Por lo que se llega a la conclusión de que la propiedad privada urbana está sujeta, no sólo a las leyes de cuño urbanístico (de orden: federal, estatal y municipal), sino también al plan directriz.

En ese aspecto, el § 4º del art. 182 de la CFRB, faculta al Poder Público Municipal, mediante ley específica para área incluida en el plan directriz, exigir la propiedad del suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado, en

los términos de la ley federal, que promueva el adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente, ser parcelado o edificado de forma obligativa; en segundo lugar, sufrir la imposición del Impuesto Predial Territorial Urbano (IPTU) progresivo, y, en tercero, la expropiación punitiva.

Como el texto establece, las imposiciones deben ser sucesivas, solamente debiendo aplicarse las posteriores, caso hayan fracasadas las anteriores. Explicándolo mejor: la primera es parcelar el suelo o la edificación obligatoria, en cuanto la segunda es el impuesto sobre la propiedad predial urbana, progresivo en el tiempo.

Se observa que el constituyente dejó la posibilidad de institución del IPTU progresivo en el tiempo para un segundo momento. En verdad, una gran infelicidad de él, según el curial debería dejarlo como medida antecedente a cualquier otra. Primero, por ser mucho menos oneroso para el contribuyente. Segundo, porque su aplicabilidad por el fisco sería más expedita. Tercero, su administración por el municipio sería menos gravosa, y por último, su imposición sería menos traumática para el propietario.

La Constitución de 1988 institucionalizó el planeamiento urbano, conforme se verificó, pero no dejó nacer dudas que cabe al municipio la ejecución de la política de desarrollo urbano, observando las normas generales fijadas por la Unión.

Recuerda José Afonso da Silva⁷⁰ que las normas expuestas en los arts. 182 y 183, ambos de la Constitución Federal, fundamentan la doctrina según la cual la propiedad urbana está formada y condicionada por el derecho urbanístico a fin de cumplir su función social específica (habitación, trabajo, recreación y de circulación humana). Eso es, la utilización del suelo urbano queda sujeta a las determinaciones de leyes urbanísticas y del plan directriz.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. p. 71.

Marise Pessôa Cavalcanti⁷¹ enseña que en el § 4º del art. 184 de la Carta Magna, son encontradas sanciones previstas para propietarios que no hayan promovido un adecuado aprovechamiento del suelo urbano. Eso es, en la medida que el propietario incumple la adecuada ocupación del suelo, nace para el Poder Público la posibilidad de sancionarlo por la inadecuada ocupación.

Con el objetivo de reglar los art. 182 y 183 de la Constitución Federal, el legislador ordinario desarrolló la Ley nº 10.257 de julio de 2.001. El Estatuto de la Ciudad como es conocido, estipuló directrices generales de la política urbana, rigiendo otras providencias correlacionadas con la disciplina.

El Estatuto de la Ciudad establece normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en pro del bien colectivo, de la seguridad ciudadana y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio ambiental.

Esa ley hace reflejar en legislación infraconstitucional la norma contenida en la CFRB por la que la propiedad urbana deberá atender a su función social. El derecho de propiedad sobre los inmuebles está asegurado siempre que sea cumplida su función social. Una función social que esta descrita en la legislación urbanística, sobre todo en lo plan directriz.

Cabe al gobierno municipal promover el control del proceso de desarrollo urbano a través de la formulación de políticas de ordenamiento territorial, en las cuales los intereses individuales de los propietarios necesariamente coexista con otros intereses sociales, y aun, culturales y ambientales de otros grupos y de la ciudad como un todo.

Siguiendo ese rumbo, a los gobiernos municipales les ha sido dado el poder de, a través de leyes y diversos instrumentos urbanísticos, determinar la medida de equilibrio posible entre los intereses individuales y colectivos en lo que se refiere a la utilización de ese bien no renovable, esencial al desarrollo sostenible de las ciudades, que es el suelo urbano.

⁷¹ CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície compulsória**: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 73.

El referido estatuto se mueve en la búsqueda de una adecuada política urbana que tenga como objetivo el pleno desarrollo de las funciones sociales de las ciudades y de la propiedad urbana. La garantía del derecho para ciudades sustentables es una de sus directrices de cuño general.

El derecho a la tierra urbana, a la morada digna, al saneamiento ambiental, a la infraestructura urbana, al transporte y a los servicios públicos, al trabajo y al ocio, para las presentes y futuras generaciones, es entendido como garantía a las ciudades sostenibles.

Como directriz de la política urbana, sintonizado con el espíritu concebido en la Constitución Federal de que la propiedad sólo debe ser garantizada siempre que sea cumplida su función social, el Estatuto cuidó de la ordenación y control del uso del suelo, con el fin de evitar la utilización inadecuada de los inmuebles urbanos y la retención especulativa de los inmuebles, que resulten en su baja utilización o no utilización.

El Estatuto cumpliendo el mandato constitucional, establece en su art. 7º, observando la redacción del inc. II, § 4º, del art. 182 de la CRFB, la posibilidad de que el Municipio utilice el IPTU progresivo en el tiempo.

Dicha norma refiere que, en caso de no cumplimiento de las condiciones y de los plazos previstos en el propio Estatuto, o no siendo cumplidas las etapas previstas en la ley, el Municipio procederá a la aplicación del IPTU progresivo en el tiempo, mediante el aumento de la cuota por un plazo de cinco años consecutivos.

Debe recordarse, que el art. 5º del Estatuto de la Ciudad, dispone que la ley municipal para las áreas incluidas en el plan directriz pueda determinar el desmembramiento, la edificación o la utilización obligatoria del suelo urbano no edificado, subutilizado o no utilizado, debiendo fijar las condiciones y los plazos para implementación de la referida obligación.

Para el Estatuto, inmueble infrautilizado es aquel que cuyo aprovechamiento es inferior al mínimo definido en el plan directriz o en legislación de él consecuente (§ 1º, art. 5º).

Se observa que, en este punto la legislación federal abre oportunidad para que el legislador municipal, conocedor de su región, construya

más apropiadamente su plan directriz, identificando las características del municipio y del local donde está situado el inmueble, lo que entiende por mejor aprovechamiento del suelo.

No cumplido el desmembramiento, la edificación o la utilización obligatoria de la propiedad en los plazos establecidos en ley, debe el municipio autorizado por ley, aplicar el IPTU progresivo en el tiempo, mediante el aumento de la cuota, hasta en lo máximo quince por ciento del valor del inmueble en un plazo de cinco años consecutivos.

Con esta fijación de cuota máxima, el legislador federal impide la posibilidad de que el aumento progresivo consiga agredir la propiedad, hasta el extremo de que se produce una confiscación.

El aumento progresivo, tiene el objetivo que el propietario frente al alto valor del impuesto, le diese una función social u obligaría su alienación para que otro se la diese. Pues se tornaría inviable la manutención de una propiedad con fin especulativo, altamente onerosa.

Entretanto, una vez alcanzada la cuota máxima de 15% y, no habiendo el desmembramiento, la edificación o la utilización obligatoria se mantendrá inalterada la cuota en el valor máximo hasta que el propietario efectivamente cumpla la obligación pretendida por el Poder Público municipal, quedando, en este caso, vedada la concesión de exención o amnistía.

Sin embargo, decorrido el plazo de cinco años en el cual el inmueble había tributado por su cuota máxima, y aun así el propietario no haya dado cumplimiento a su parte de la obligación legal que le había impuesto el Municipio, estará ese autorizado a proceder a la desapropiación del referido inmueble, con el pago en títulos de la deuda pública (art. 8º del Estatuto de la Ciudad y art. 182, § 4º, de la Constitución Federal).

Estribado en el § 2º del art. 182 de la CFRB, el art. 39 del Estatuto de la Ciudad, rige que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de la ordenación de las ciudades expresadas en el plan directriz asegurando la atención a las necesidades de los ciudadanos en relación a la calidad de vida, a la justicia social y al desarrollo de

las actividades económicas, siendo respetadas las directrices previstas en el art. 2º del Estatuto.

La ley discriminó que la función social de la propiedad estará atendida mediante el cumplimiento de tres condiciones: atender a las necesidades de los ciudadanos en relación a la vida, justicia social, y en cuanto al desarrollo de las actividades económicas.

En consecuencia, el legislador municipal al construir el plan directriz de su Municipio, debe estar atento para atender las tres condiciones establecidas como eje, con el fin de cumplir la función social de la propiedad situada en la zona urbana.

Se debe observar que el legislador federal resaltó en pie de igualdad un triple derecho. Y todos deben verse asegurados con el fin de tener preservada la vida, con dignidad, mediante intereses que reflejan lo colectivo, sin impedimento del desarrollo de las actividades económicas (Capítulo I, Título VII, de la Constitución Federal).

El plan directriz es el instrumento básico de la política de desarrollo y expansión urbana. Sirve al planeamiento urbano de las ciudades, debiendo ser tratado como proyectos de gestión a través de planos plurianuales y revisados cada diez años. Cabe a él aún para fines del § 4º del art. 182, delimitar las áreas urbanas donde podrán ser aplicados el desmembramiento, la edificación o la utilización obligatoria, considerando la existencia de infraestructura y de demanda para utilización.

El art. 41 del Estatuto de la Ciudad reproduce el § 1º del art. 183 de la CFRB, sin embargo deja expresado en el inc. III que, el plan directriz será obligatorio para las ciudades donde el Poder Público municipal pretenda utilizar los instrumentos previstos en el § 4º del art. 182, del texto constitucional.

Así, cualquier ciudad puede valerse de las disposiciones sancionadoras descritas en el § 4º, del art. 182, de la CFRB, independientemente de que tenga una población inferior a 20 mil habitantes (CFRB, art. 182, § 10).

De hecho, se puede constatar que la Constitución Federal de 1988 inauguró una verdadera reforma urbana en Brasil, en el momento que establece en su cuerpo el diseño para una política urbana sostenible. El fin fue el

de hacer construir una sociedad más justa y equilibrada, en especial, destinando a la propiedad uno de sus instrumentos para la consecución de tales objetivos.

En suma, la propiedad privada urbana, según el formato constitucional, pasa a ser garantida desde que sea observada en ella el cumplimiento de su función social, pues de lo contrario habrá intervención del municipio, que constreñirá al propietario a utilizar convenientemente el suelo, bajo pena de que no haciéndolo, vea su propiedad sufriendo desmembramiento, edificación y utilización obligatoria, y en caso de no hacerlo, que el inmueble sea objeto de tributación por el IPTU, progresiva en el tiempo, llegando incluso, para los recalcitrantes, a la expropiación.

De esa forma, se puede percibir que la Constitución Federal y el Estatuto de la Ciudad, pretenden que la propiedad privada urbana deje de ser un medio de acumulación de riquezas, para finalmente ser alba de utilización, o sea, darle una construcción productiva, en el deseo de cumplir su función social.

La elevada concentración de inmuebles no utilizados, sumada a la ausencia de políticas públicas para el desarrollo urbano y el movimiento social en las urbes, fueron el resorte propulsor para esta verdadera revolución social urbana que se inició a partir de la Constitución Federal de 1988.

3.2 Panorama del constitucionalismo español

Observando el art. 33 de la Constitución Española, se percibe que la propiedad privada también está sujeta a su función social. Guardadas las peculiaridades de orden positivas, la función social de la propiedad en España ha recibido los mismos influjos que en Brasil.

3.2.1 Noción general

En España, la concepción de propiedad cambió en los últimos siglos, saliendo de aquella visión individualista concebida por la doctrina liberal,

alcanzando una concepción más social. En ese concepto, como ya fue visto, el individuo tendría que compaginar la titularidad del derecho de propiedad con el interés colectivo.

La Constitución española en su construcción de la propiedad, sigue la formulación adoptada de Weimar (Alemania, 1919). Aquí como allá, el texto constitucional informa que la propiedad obliga o comporta deberes del titular del dominio en el ejercicio de la propiedad.

La propiedad, por esa connotación, además de ser un derecho subjetivo, pasa ser un *munus* en el sentido del vínculo derecho-deber, para el fin de desempeñar su función social. Su función es amalgamada: individual y social. Hay coexistencia de un equilibrio entre el interés personal del titular del dominio y la función social que tiene de cumplir.

Eso es, en el ejercicio de la propiedad, el propietario tiene que convergir sus actos de desempeño de las facultades del dominio a favor del interés público y del cumplimiento de deberes para con la sociedad. Se puede decir entonces que, el interés privado está condicionado al público.

Esa clara mutación, informa que la titularidad del derecho, del privado al social, se constituye en una nueva visión de la sociedad. Pues, en España esa novel perspectiva del enredo del derecho de propiedad “cobró especial fuerza” a “partir de la recepción e influencia del krausismo, a la sazón popularizado por autores como Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate y Adolfo Posada. El krausismo se hallaba conectado con un organicismo de profundas raíces germanas – desde Althusio –, que concebía la sociedad ya no como la mera suma de individuos, sino como corporaciones y grupos que venían a insuflar vida al cuerpo social. Relegado el individuo a un segundo plano, no es de extrañar que estos nuevos componentes sociales tuvieran que ocupar su puesto en la titularidad de los derechos, incluido, claro está, el de propiedad⁷².

⁷² FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. Ob. cit., p. 99.

3.2.2 Propiedad y Constitución

Demostrado está que, las concepciones ortodoxas del individualismo y del socialismo no se mantuvieron puras en la estructura del derecho positivo. Hoy en día, hay un formato particular de propiedad que se muestra como evolución del curso histórico de la propiedad privada. La pluralidad puede coexistir no sólo en la titularidad, sino en el objeto del derecho de propiedad, ante la diversidad existente entre las “propiedades”.

La Constitución Española en su apartado 1º, del art. 33, garante el derecho de propiedad trayendo que, **se reconoce el derecho de propiedad**. No obstante en su apartado 2º, trae que **la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes**. A su vez, dice el apartado 3º que, **nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en leyes**.

Antes de abordar la forma constitucional establecida al respecto de la propiedad privada y su función social, conviene hacer una retrospectiva en el tiempo y verificar las señales constructivas que hoy se ven incluidas en la Constitución de España.

En una síntesis, el constitucionalismo español al respecto de la propiedad trae dos referencias muy claras: una, en las constituciones del siglo XIX, y otra, en la Constitución de 1931.

En las primeras, encontramos insertada en alguna de ellas una referencia a la garantía de la propiedad, en los tópicos que tratan sobre el derecho de los ciudadanos españoles. Tal cual fue modulado en esas Cartas, la fuente de inspiración era el liberalismo, razón por la cual el trazo constitucional para el instituto de la propiedad privada fue el proveniente de la doctrina romana- napoleónica como un todo, donde la propiedad era un derecho absoluto con ciertas limitaciones.

Lejos de la influencia conceptual del absolutismo y ajustada a la influencia proveniente da Constitución Weimar, surge la Constitución de 1931. Esa Constitución en su art. 44, relativizó el derecho de propiedad hasta convertirlo en

una garantía institucional, admitiendo tres formas distintas de supresión del dominio privado (expropiación, socialización y nacionalización). Además, resaltando que las interferencias al dominio están condicionadas a la adecuada indemnización, con posibilidad, establecida en ley, de no serlo.

Se enfatiza que ninguna de esas formas fue concebida en la redacción del texto constitucional en vigor. La propiedad es consagrada nuevamente en el Texto Fundamental, pues a ejemplo de lo que siempre fue y es, su concepción es elemento esencial para determinar la estructura económica y social de los Estados.

Resalta el profesor Sarasola⁷³, “pocas dudas puede haber de que, ante todo, en el vigente texto constitucional prevalece una concepción social de la propiedad, lo que explica, por otra parte, que en la sistemática constitucional este derecho no se integre en el ‘núcleo fuerte’ de los derechos fundamentales (Título I, Capítulo II, Sección 1ª), donde estos se hallan protegidos por todas las garantías orgánicas, normativas y jurisdiccionales posibles”.

Sustenta el mismo profesor⁷⁴, que los constituyentes y posteriormente la jurisprudencia constitucional se posicionara entorno a que el art. 33 de la Constitución de España “contenía un derecho fundamental dotado de doble naturaleza”.

Sobre la “doble naturaleza”, el Tribunal Constitucional de España⁷⁵ afirmó que más allá de un derecho subjetivo es también una garantía constitucional.

Señala el TC que, “el derecho de propiedad, incluido en la Sección Segunda del Capítulo 2.º del Título I, aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde

⁷³ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. Ob. cit., p. 114.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ STC 111/183, de 02/12/1983, publicada en BOE nº 298, Recurso de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado.” (F. J. 8)

El Tribunal Constitucional al asentar la “doble naturaleza” del derecho de propiedad, siguió las enseñanzas de la doctrina alemana e italiana que preconizaba la doble garantía del derecho de propiedad: como institución jurídica y como derecho subjetivo.⁷⁶

Lo recordaba también el profesor Carlos Rogel Vide⁷⁷, que “la propiedad es un derecho de los ciudadanos, si bien no estrictamente fundamental, al no figurar – de propósito – en la Sección Primera del Capítulo referido. Con todo y por figurar en dicho Capítulo, le es de aplicación el artículo 53.1 del texto constitucional, razón por la cual su ejercicio sólo podrá regularse por ley, que, en todo caso, habrá de respetar su contenido esencial”.

En efecto, hay que hacer un paréntesis, para afirmar que esa nueva modalidad de propiedad, con nítida imposición de deberes positivos al titular del dominio, ha afectado de manera muy especial la propiedad inmueble, sea la urbana, sea la rural. Cada cual, ateniéndose a un cuadro propio de limitaciones conforme el objetivo a ser persguido.

El texto constitucional en su redacción (art. 33), no utilizó cualquier fórmula de discriminar que la función social debía ser dirigida a un bien u otro. La aseveración de la Constitución es que la propiedad privada es reconocida, pero la función social descrita en ley, delimitará su contenido.

No es novedad, que el tecnicismo civilista guarda una distinción entre dominio y propiedad. Reserva la utilización de dominio para el ejercicio de la propiedad material, y genéricamente propiedad, para los bienes inmateriales. Por lo tanto, puede concluirse que, en ese caso, propiedad es el género y dominio es la especie.

⁷⁶ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. **La disciplina constitucional de la propiedad privada**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 56.

⁷⁷ ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 115.

Dicho eso, no parece prudente interpretar que, solamente la propiedad material, y muy en especial, la inmueble, tiene un contenido social a cumplir. En recuerdo: si el legislador constitucional no excepcionó, no puede el intérprete hacerlo.

En suma, todos los bienes, se encuentran sometidos al cumplimiento de su operatividad social. De hecho, todos los bienes que tienen trascendencia económico-social están sujetos al análisis de valoración de contexto social.

Como ya fue señalado, la propiedad puede ser dividida en estática y dinámica. La primera, no se destina a la producción, por lo tanto se dice que es de consumo. En la dinámica, en cambio, su característica es la producción.

Ángel M. López y López y Orlando Gomes, abogan la posición que solamente las propiedades tenidas como dinámicas están aptas a tener sujeción social, pues, en suma, sólo los bienes productivos pueden tener una valuación económica, justificando el interés social.

Desde otro ángulo, el bien estático, por ser de consumo, atiende a una reclamación más singularizada: el mantenimiento más cercano de la exigencia necesaria de vida individual y del colectivo familiar.

En particular López y López⁷⁸, sustenta que sólo los bienes que se destinen a la actividad productiva están sujetos a la función social. Los de consumo, a su vez, no se encuadran en aquellos que pueden tener utilización social.

Ludovico Barassi⁷⁹ apunta que la función social de la propiedad en la forma jurídico-positiva sería instrumentalidad de la propiedad de los bienes de producción. Sin embargo, en su posición jurídico-negativa, sería una limitación a los poderes del propietario para atender a los intereses sociales, como salud pública, cultura, economía popular, seguridad nacional, higiene, etc.

⁷⁸ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 64-65.

⁷⁹ Apud DINIZ, María Helena, Ob. cit., p. 102.

La inspiración para la propiedad constitucional es inequívocamente de índole social. De la estampa que puebla la propiedad en el escenario de la Constitución de España, como también en la Constitución Federal brasileña, su reducto pertenece más acentuadamente al campo del derecho público que al de derecho privado, ya que es el texto constitucional el que traza su nuevo ropaje jurídico, con carácter indudable de predominio de los intereses públicos a los individuales.

En este sentido, recuerde el dicho por José Afonso da Silva⁸⁰ sobre la propiedad de los medios de producción. Dijo él que, en consecuencia de esa nueva posición axiológica del instituto de la propiedad, ella no puede ser más tenida como derecho individual.

Debe advertirse, oportunamente, que el derecho de propiedad se considera dentro del terreno constitucional de España como un derecho fundamental, sin embargo no goza de los recursos inherentes a los derechos fundamentales propiamente dichos (Título I, Capítulo II, Sección 1ª), como por ejemplo, el recurso de amparo (STC 16/1981, F. J. 10).⁸¹

Sobre eso, la sentencia 67/1988⁸², en su F. J. 4, es más enfática, dictando que el derecho de propiedad y sus garantías, no son susceptibles, de acuerdo con el art. 53 de la Constitución, del recurso constitucional de amparo. Aunque esté desasistido del recurso característico de los derechos fundamentales, el derecho de propiedad está protegido por las garantías del art. 53.1 que establece la reserva de ley ordinaria y no orgánica⁸³, recibiendo también, la garantía genérica que se deriva del derecho a la tutela efectiva (CE, art. 24).

⁸⁰ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. p. 283.

⁸¹ STC 16/1981, de 18/05/1981, publicada en BOE nº 143, Recurso de amparo, ponente magistrado don Ángel Latorre Segura. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

⁸² STC 67/1988, de 18/04/1988, publicada en BOE nº 108, Recurso de ampro, ponente magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

⁸³ SERRANO ALBERCA, José Manuel. **El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo**. 2.ed. Cizur Menor: Arazandi, 2003, p. 63.

El TC sostiene en el STC 22/1984⁸⁴, en el F. J. 3, que existen, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derecho individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Como es el caso del derecho de propiedad que está delimitado por su función social.

En la sentencia 37/1981, el Tribunal Constitucional enuncia que la propiedad privada, “en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil”.

En esa dirección afirmó que, “por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recaer”.

La plasticidad o flexibilidad, como ha acuñado el TC, viene a diseminar el entendimiento que, las dificultades distendidas a la propiedad son siempre vestidas de su aspecto social, lo que de cierta forma disipa la concepción pura de propiedad de antaño. No se habla más de propiedad en singular y si en plural, una vez que diversas y distintas son las propiedades, cada una con diferentes régimen y funciones sociales a cumplir.

⁸⁴ STC 22/1984, de 17/02/1984, publicada en BOE nº 59, Recurso de amparo, ponente magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

El texto constitucional, atribuye una nítida sujeción social al nuevo concepto de propiedad. Vale decir, que el concepto de propiedad se ha mantenido íntegro, conforme rótulo y bagaje dispuesto en la esfera del derecho civil. Lo que hay es que, por inspiración constitucional socializante, la función social tiene que ser observada en la intelección colectiva, donde el interés a ser preservado no siempre corresponde o coincide con el de su titular. En ese novel modelo de propiedad, la función social demuestra, por fuerza de disposición, una delimitación de su contenido.

3.2.3 Definición de función social

No es trabajo sencillo conceptuar la función social. Dentro del panorama brasileño ya se ha intentado hacerlo, sin embargo, en el encuadre español es menos dificultoso, dado que se encuentra normativa legislativa que lo ha intentado hacer.

La Ley 8/1984 del Parlamento Andaluz, cuando trató la reforma agraria en la comunidad, tratando específicamente en el párrafo 8 de la exposición de motivos, definió, en líneas generales lo que se entiende como término función social.

Ya anunciaba en la propia Exposición, tras mencionar no resulta tarea fácil definir función social, que a pesar de esa posible variedad de interpretaciones, se puede decir, con práctica de aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que moraliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular.

La antítesis entre el derecho individual y el colectivo es el matiz que desagua de toda evolución histórica de la concepción del derecho de propiedad. Esa confrontación de ideas, por necesidad exige una formulación positiva, con el fin de estabilizar la sociedad. La norma es una pieza clave para la acomodación social, debido a que busca la mediación no muy fácil entre los objetivos políticos y jurídicos, del antagonismo entre lo colectivo y lo individual.

Sencillamente, merece referencia, que el sentido de la imposición positiva es cohibir los abusos e impedir que el ejercicio del derecho de propiedad traiga perjuicios al bienestar social, alejando la utilización individualista, prohibiendo excesos en la marcha de las facultades reservadas al tenedor del dominio.

La verdad es que la concepción socializante de la propiedad, marca una nueva fase con características distintas a períodos anteriores. Lo que impera es la finalidad solidaria contra una de carácter, estrictamente, personal. Para la propiedad entonces, nace un desconocido dístico de derecho subjetivo, como un interés jurídicamente protegido, matizado por valores sociales.

Por lo tanto, a diferencia de lo supuesto, la propiedad alcanza su inteligencia de imperio de valores colectivos, fijando un nuevo rumbo en el cual siempre hay que indagar, ¿cuál es la función que cada propiedad tiene de cumplir?

Se debe advertir, a ejemplo de lo ya visto en terreno brasileño, que la propiedad tiene que cumplir su función social, con el fin de ser garantizada. Es decir, el propietario tiene que dar a su propiedad una función social inscrita en ley, para que sus facultades en el ejercicio del dominio sean protegidos.

El derecho de propiedad en su nuevo modelo constitucional, destina al titular del dominio, una actividad positiva en el sentido que la propiedad cumpla su función social conforme el orden jurídico en vigor, que al mismo tiempo enlaza el interés de la propiedad el de la sociedad y el del Estado.

En razón de ese nuevo panorama, que además es delicado, es que el Poder Judicial, al resolver los litigios, debe procurar, en la medida de lo posible, sincronizar el instituto de la propiedad privada con su función socializante, en el sentido de garantizar aquellas que, cumplen la orden jurídica.

A propósito, debe recordarse la enseñanza de León Duguit, en la cual, el propietario es obligado socialmente a cumplir la tarea de aumentar la riqueza general y asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer su capital. Por lo tanto, sólo cumpliéndola, se encontrará socialmente protegido.

No se debe olvidar, pues la historia, filosofía y sociología de la propiedad, repercuten directamente sobre sus consecuencias jurídicas. Y, en el fallo judicial debe quedar analizado el conjunto multidisciplinar de la propiedad, pues es eso lo que alimenta la formación de la ley.

En lo que le toca a la propiedad, no hay como establecer una definición jurídico-constitucional cierta según lo quiso decir la Carta Política española con el verbo reconocer, descrito en el art. 33.1. Reconocer, a principio, en este caso, está ligado a la circunstancia de admitir como válido y existente el derecho al que se refiere. O sea, el derecho de propiedad ya existía cuando tuvo la entrada en vigor la Constitución de España de 1978. Por lo tanto, siendo preexistente y no contrariando a las premisas dispuestas en la Constitución, es reconocido como válido y distinguido con el rango de norma constitucional.

Por otro lado, el reconocimiento aludido, desfila como disposición normativa de lo que pretende la Ley Fundamental. En un primer momento la Constitución admite y valida el derecho, y en un segundo instante, endereza como proposición que debe tener consecuencia jurídica.

No podemos olvidar que la propiedad privada, siempre ha sido un elemento básico de la formación y organización de la sociedad. La historia no permite tener dudas sobre eso. En efecto, es razonable su presencia en el texto constitucional. Es una demostración inequívoca, que cabe al Estado observar la disposición como garantía individual de los españoles. Pues, además del acto de reconocer el derecho de propiedad, al mismo tiempo lo garantiza, imponiéndole una nueva dimensión con la función social.

En los tiempos actuales, no se puede más hablar de propiedad, sino de propiedades, como ya se apuntó. Son los más variados bienes sujetos al dominio, habiendo por eso una forma distinta de estatuto para cada cual para reglarlos.

Esta pluralidad de estatutos conduce a la imposibilidad de establecer una unidad conceptual del instituto de la propiedad privada. En verdad, la mejor noción de darle una definición conceptual es construir una idea pluralista que englobe todas las especies de múltiple propiedad. Sólo así, mirando la

plasticidad de la propiedad, es posible construir una visión adecuada a la realidad social y coherente con los esquemas legales.⁸⁵

La función social ahora, dentro de los lindes constitucionales, es un elemento integrante de la estructura del derecho de propiedad, como un factor determinante de su contenido. Y no, meramente una delimitación externa al ejercicio del derecho.⁸⁶

En esta línea, la ley en su formulación delimitadora debe ser informada con criterios unguados del principio de la función social y no que, el sentido de la propia función social sea determinada de acuerdo con las leyes. La función social es lo que delimita e irrumpe el proceso legislativo. Sin embargo, por ser precedente, no vincula apenas al legislador. Es más, hay una vinculación generalizada, incluso, y especialmente al Poder Público (CE, art. 53.1).

La función social se pone como antecedente a la configuración de la figura legislativa. La ley en su contexto, debe absorber impulsos sociales para la formación de reglas, para aquellos casos en que la propiedad se propone alcanzar la función social.

En esa vanguardia, la propiedad no está más subordinada al interés exclusivo del detentador del título. Éste, para hacer cumplir el papel constitucional de la propiedad, goza de limitaciones internas, además de las externas. Las nuevas limitaciones – dichas internas, o sea, integrantes del contenido esencial de la propiedad – son un conjunto de deberes y obligaciones, provenientes de los intereses colectivos.

En efecto, se debe destacar que, hay una contraposición entre la línea hoy adoptada y la doctrina anterior sobre las limitaciones de la propiedad. El nuevo concepto implica una acentuada reformulación en el esqueleto morfológico del contenido de la propiedad.

Esa limitación interna, autoriza el condicionamiento del ejercicio de la titularidad del dominio en su vertiente subjetiva, imponiendo trabas a la

⁸⁵ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 39.

⁸⁶ ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 116.

acciones del titular de las facultades dominicales, como enfatiza el Tribunal Constitucional, en el F. J. 2, de la STC 37/1987.

Eso es, el Poder Público puede, con sustentación en el comando constitucional, establecer ciertas limitaciones al ejercicio de la titularidad del derecho de propiedad, a través de comandos de hacer o de no hacer – positivos o negativos.

La limitación interna y externa tienen una coexistencia al mismo tiempo sobre una determinada propiedad. Por ejemplo, más allá de la servidumbre, de la usucapión, o de las restricciones voluntarias originadas por las cláusulas de inalienabilidad, inembargabilidad o incomunicabilidad, el propietario estará sujeto a las limitaciones derivadas de la propia naturaleza del derecho propiedad.

Es de recordar, como ya fue apuntado, que los límites que actúan en la función social, provienen de lo establecido por la doctrina alemana. Así es que, la doctrina extranjera encuentra en los términos *eigentumsbregrenzuns* y *eigentumbescharänkungen* diferenciación sustancial para poner bordes a la restricción de la propiedad privada.

El primer término (*eigentumsbregrenzuns*) indica delimitación de la propiedad, o sencillamente límites, mientras que el segundo indica, limitaciones de la propiedad.

¡Pues bien! ¿Cuál es la distinción crucial de eso? El sentido de delimitación de la propiedad, se refiere a los confines que encierran el contenido normal del derecho de propiedad. Es decir, régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder del propietario.

Límites son fronteras, eso es, hasta donde puede llegar el propietario en el ejercicio de la propiedad. Es el régimen ordinario de las restricciones a que está sometido el poder.⁸⁷

⁸⁷ O'CALLAGHAN MUNÑOZ, Xavier. Ob. cit., p. 394.

Cuando se habla de limitaciones de la propiedad, se está refiriendo a las diversas reducciones de las facultades del poder del titular del dominio. Se puede ver que uno es de existencia interna, mientras que el otro gira en la atmósfera externa.

Xavier O'Callaghan Muñoz ha escrito, en la misma obra, que las limitaciones proceden de diversas causas, reduciendo en algunos casos el poder amplio y libre de la propiedad sobre la cosa. Sin embargo, hay autores como Fernando López Ramón⁸⁸, que abogan que la distinción es inútil, ya que no presentan efectos distintos, y que ambas están condicionadas a la reserva de la ley.

Los intereses colectivos, en realidad, son la dimensión social del instituto del derecho de propiedad. Por el canon constitucional, la extensión de esa socialización está limitada al desarrollo de ley, conforme lo indica la parte final del apartado 2º del art. 33.

Las restricciones, de acuerdo con el marco constitucional están para delimitar el contenido de la propiedad. Esas limitaciones, y aquí se relaciona a las externas, pues la función social es interna – no nos olvidemos de eso –, no sólo están dispuestas en el Código Civil, sino también en leyes civiles esparcidas, como aquellas de regulación de la propiedad urbana, rústica y rural.

Obsérvese que, es la propia configuración del derecho subjetivo de la propiedad la que cambia, hasta el punto en que surge el debate acerca de si, en el caso de la función social, su propia virtualidad no ha terminado por anular el derecho subjetivo.⁸⁹

El ideario socializante que mueve la función social es parte integrante del contenido de la propiedad, y no un elemento externo que se instaure en la privación de un bien.

⁸⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. **Introducción al derecho urbanístico**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 116.

⁸⁹ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 63.

La función social del derecho de propiedad no puede ser concebida como barrera externa al ejercicio de ese derecho.⁹⁰ El razonamiento ya era así en la época del constitucionalismo de 1931. La función social ya era integrante de la concepción del instituto del derecho de propiedad y hoy no es diferente, como subrayan la doctrina y el Tribunal Constitucional.

Actualmente, a ejemplo del pasado constitucional, la función social forma parte del contenido esencial de la propiedad privada, siendo su límite interno. Además, el Tribunal Constitucional de España en la STC 37/1983, de 26/03/1987, publicada en BOE 89, en un Recurso de Inconstitucionalidad, donde fue ponente el magistrado don Jesús Leguina Villa, se pronunció así sobre el asunto:

... la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

3.2.4 Contenido esencial

Pero, ¿que es el contenido esencial? Saber eso es de fundamental importancia para una mejor comprensión de lo que se pretende aportar. La Constitución de España consagra el término contenido esencial en el art. 53.1. Sin embargo, no expresa su definición ni su extensión.

Establece el precepto constitucional que, **los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el Artículo 161, 1 a).**

⁹⁰ Observase que no ha distinción entre la comprensión entre España y Brasil a respecto de lo eje de la función social dentro del contenido de la propiedad.

Como se ve, no hay nada describiendo lo que sea el contenido esencial de los derechos fundamentales. Delante de su redacción no hay como buscar precisarlo genéricamente.

Antes que nada, conviene expresar lo que entiende el Tribunal Constitucional de España sobre el concepto de contenido esencial, tal cual es mencionado en el art. 53.1 de la CE.

En la sentencia 11/1981, de 08 de abril, publicada en BOE nº 99, proveniente de un Recurso de Inconstitucionalidad, donde fue ponente el magistrado Luis Díez-Picazo y Ponce de León, en su F. J. 8, el TC aseveró que, “para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’, que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales”.

Con esa parte de la decisión la Corte Suprema de pronto irradia para toda estructura positiva de derecho español que la sustancia ‘contenido esencial’ no está reservada solamente a los derechos fundamentales previstos en la Carta Magna. La decisión proclama que el art. 53 de la CE, se refiere a cualquier derecho subjetivo, con o sin fondo constitucional.

En su tenor la sentencia destina al intérprete como debe hacer para alcanzar el verdadero sentido que la Constitución ha querido expresar, al mencionar acerca del rótulo ‘contenido esencial’, pudiendo ofertarle dos posiciones a adoptar para encontrar el espíritu complejo en el término que acuñó.

Expresa la sentencia que, “lo primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”. Después, de encontrar el plasma jurídico, hay que investigar la relación existente entre el lenguaje de la redacción legislativa y el lenguaje genérico utilizado por los operadores y estudiosos del derecho.

Más a menudo, detalla el Tribunal que, “según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”

Advierte que, en algunos casos el *nomen iuris* es de dominio público, y por lo tanto, precedente a su descripción legislativa, cuando lo que era abstracto se torna concreto en la formulación positiva.

En ese pasaje, dispone el TC: “muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”. Donde se debe atender entonces, si la redacción consagrada en ley, corresponde o no, a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo.

Después de hacer esos detalles, el TC delinea lo que entiende con la rúbrica ‘contenido esencial’. Dijo entonces que, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”.

Sin embargo, cuando el matiz se trata de derecho consagrado en la Constitución, hay que observar también, en “momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas”.

Pasado eso, retorna el TC en la mencionada decisión a encaminar al intérprete en el sentido de alcanzar lo que pretende la Constitución de España con el signo de ‘contenido esencial’.

La segunda etapa, resalta la sentencia, consiste en encontrar el núcleo y médula de los derechos subjetivos. Entendiendo que, “el segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

Y, continúa “se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

Entretanto señala que, “de este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Sin embargo, afirma la sentencia en su fundamento jurídico 8, que las vías que son enderezadas al intérprete para alcanzar el ‘contenido esencial’ de un derecho, deben ser utilizadas concurrentemente para comparar los resultado encontrados en la persecución de cada senda.

Exactamente, así lo dijo en TC: “los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por ‘contenido esencial’ de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

No escapa a la reflexión ante lo anteriormente expuesto, que el TC no buscó definir lo que es el contenido esencial. Apenas, reconoció que se puede alcanzar el contenido esencial de un derecho fundamental a través del empleo de una serie de métodos concatenados que demuestran la esencia de cada derecho en cada caso específico. Son criterios para la determinación de la “esencialidad” del “contenido”, según lo supuesto.⁹¹

El contenido esencial no sirve para definir derecho. Como una célula mínima, su función esta amoldada para servir de linde al legislador, para que éste, en el acto de legislar no sobrepase en los asuntos relacionados a los derechos y garantías fundamentales. Es una verdadera barrera; cohibe la invasión.

De eso interpreta el mismo Tribunal en la ya citada STC 37/1983 en su F. J. 8, que:

⁹¹ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 44.

...la determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Recientemente, el TC en la sentencia 24/2004⁹², resuelve reafirma su posicionamiento sobre el contenido básico de la propiedad privada.

En esa decisión el TC despunta, reafirmando su tesis que el derecho de propiedad es un derecho fundamental, y por lo tanto, también se debe respetar su contenido esencial, en virtud de lo que expresa el art. 53.1 de la Constitución española.

Por eso, recordemos que, “sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, este Tribunal ha declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo -y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona- viene marcada en cada caso por el elenco de ‘facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales’”.

Añade aún, que desde otro ángulo metodológico, no contradictorio ni incompatible con aquél, ha sido expresada también por el Tribunal como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real,

⁹² STC 24/2004, de 18/11/2004, publicada en BOE nº 20041221, Cuestión de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, F. J. 10)” (STC 37/1987, de 26 de marzo, F. J. 2).

3.2.5 Contenido esencial de la propiedad

La jurisprudencia constitucional ha acuñado el término “contenido esencial de la propiedad” para señalar un límite mas allá del cual el legislador no puede restringir el derecho sin desnaturalizarlo.⁹³

Observemos que en el apartado 2º del art. 33, hay una expresa mención que la función social delimitará su contenido. Eso es, en una exégesis plausible, que si la función social delimitará el contenido del derecho, es porque, en realidad, ya forma parte de su contenido. Siendo por eso, que el Tribunal Constitucional de España ha afirmado su fuerte posición de que la función social es un límite interno al derecho de propiedad.

Sobre el contenido esencial de la propiedad, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, ha escrito Ángel M. López y López⁹⁴, que “parece claro que el pensamiento del legislador domina la idea del ‘contenido esencial’ como límite a la intervención delimitadora del legislador ordinario, al regular los derechos y libertades, estableciendo un núcleo de indisponibilidad para dicho legislador, que evite que su acción, siempre determinada por mutables coyunturas, repetidas en el tiempo y variables en su orientación, venga a socavar una pieza esencial, los derechos y libertades, de la Constitución como norma suprema y ajena a las mudanzas azarosas de la fortuna electoral de las diversas fuerzas democráticas”.

⁹³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. **Curso de derecho reales**: propiedad y derecho reales. T.1. v.1. Granada: Comares, 2005, p. 4.

⁹⁴ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 138.

A su vez, sobre el contenido esencial de la propiedad, el profesor Rogel Vide⁹⁵ ha dicho que “el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada ha sido identificado, en efecto, con la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y con la practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del mismo, con la salvaguarda de la rentabilidad razonable que pudiera corresponder al propietario, con la compatibilidad, en fin, de los límites impuestos a la propiedad con la utilización tradicional y consolidada de los predios objeto de la misma.”

Así, lo mínimo legal de cada derecho o libertad, sirve como protección de un núcleo que debe ser preservado para no debilitar ante la intervención legislativa del legislador infraconstitucional. Consecuentemente, la propiedad como derecho fundamental tiene un mínimo, en el cual el legislador ordinario no puede intervenir. Su actuación al regir la función social debe estar sintonizada con la esencialidad del derecho, pues en la sustancia que se propone la Ley Fundamental, es que, la función social de la propiedad delimita el derecho de propiedad.

En la sentencia 89/1994⁹⁶, ha reafirmado eso, alegando que, “corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho. Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales”.

La Corte Suprema, por su vez, reverbera en la sentencia 37/1987, que el derecho a la propiedad privada está reconocido en el art. 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su “contenido esencial”, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 del propio texto constitucional.

⁹⁵ ROGEL VIDE, Carlos. Ob. cit., p. 117.

⁹⁶ STC 89/1994, de 17/03/1994, publicada en BOE nº 89, Cuestión de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Luís López Guerra.

Notadamente, en la misma sentencia, el TC no deja subyacer duda, en la lectura en conjunto del art. 33, interpretando como un todo sus apartados, que nace en consecuencia de eso una nueva formulación constitucional para la propiedad. A propósito:

Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que “cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación”...

En relación a la función social de la propiedad, la ya mencionada sentencia 37/1987, alcanza el marco de reconocimiento del contenido esencial de la propiedad. El contenido básico, es célula *mater* del instituto jurídico, e irradia al derecho actual observando el precepto medular antiguo con la búsqueda del interés colectivo, sin descuidar los derechos del propietario.

La Constitución, en síntesis, asevera que la función social de la propiedad pasa a formar parte como instrumento clave del asiento de la propia coyuntura del instituto de la propiedad, y es pieza determinante en la delimitación legislativa de su mínimo legal (contenido esencial).

La interpretación camina en el sentido de resaltar que la función social de la propiedad además de respetar el contenido básico de la propiedad, ahora pasa a ser integrante del mismo, no admitiendo, en esa nueva coyuntura, la existencia de la propiedad sin observación de su función social como su mínimo legal.

Además, sobresale afirmando la referida sentencia que, “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”.

Dicta aún , que la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general.

Se observa entonces que el modelo actual de la propiedad ha cambiado, y la propia sentencia así lo expresa, y deja claro que el contenido esencial de la propiedad privada no está volcado sólo hacia el interés subjetivo del titular del dominio. Esto es, en el examen de la extensión de la propiedad en cada caso concreto, debe el intérprete visualizar el enlace de la función social, que hoy es clave en el concepto de propiedad privada, siendo parte integrante del límite interno del ejercicio.

Al respecto, así se manifiesta el TC:

Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Ese nuevo ropaje de la propiedad proporcionado por la Constitución de 1978, exige la observancia del aspecto social en el conjunto de la comprensión del instituto frente al ejercicio desmedido del titular, conforme vetusto concepto. Esa fórmula adoptada por la Constitución resalta que, en la interpretación “hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal

de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido”.⁹⁷

Vale decir, y el propio Tribunal Constitucional asegura, a ejemplo de lo que miramos en Brasil con la doctrina de José Afonso de Silva, que por sí sola, la función social no anula la titularidad del dominio. Eso es, el reconocimiento de la función social como elemento integrante del nuevo concepto de propiedad, no retira el carácter individual del ejercicio del derecho, que en caso concreto tiene que ser analizado conforme a las leyes gestoras.

Además, en el entendimiento de la extensión de la función social dentro del arquetipo de la propiedad, debe ser visualizado su contenido conforme el bien a que se refiere. O sea, cada bien tiene su propia delimitación social dentro de cada modelo legal.

En ese caso, la legislación, obedeciendo las premisas expuestas en la CE, delimitará, para cada bien, de forma abstracta, el contenido mínimo. Y no sólo la función social de la propiedad, es regla de tenor interno de la propiedad, por lo tanto, las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta.

La comprensión de lo que es la función social de cada bien, no refleja su eficacia en el mundo jurídico apenas en un marco abstracto, sino también en el concreto, observando la plasticidad de los bienes (STC 149/1991, F. J. 8).⁹⁸

Sin embargo, sin descuidarse en el análisis, se observa en el contenido esencial de la propiedad, el objetivo con que la ley se dirige según el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.

Conviene decir, que no está vedado al legislador dar un tratamiento diferenciado para cada tipo de bien. Al contrario. Y, el propio TC en la

⁹⁷ STC 37/1987.

⁹⁸ STC 149/1991, de 04/07/1991, publicada en BOE nº 180, Recursos de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Francisco Rubio Llorente. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

citada sentencia 149/1991, en su F. J. 8, ha dicho que, efectivamente, “el legislador puede establecer, en consecuencia, regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos”.

Es decir, que la función social de la propiedad no tiene regla única o uniforme. Si varios son los bienes, varias son las funciones que tienen que cumplir. Por lo tanto, múltiples son los resultados que deben ser alcanzados con el ejercicio de la propiedad por el titular del dominio.

En su formato constitucional, el art. 33 de la CE, no debe ser analizado aisladamente. El profesor Sarasola⁹⁹ expresa que, “en la dimensión social del derecho de propiedad no es sino la traslación al ámbito de las libertades de otros principios constitucionales que deben interpretarse conjuntamente con el artículo 33, en virtud del principio de unidad constitucional”.

Así, dijo también el profesor apropiándose de la sentencia 37/1987, en su F. J. 2, que en el art. 40, existe el fomento del progreso social y económico, redistribución de renta y estabilidad económica; art. 45, con la utilización racional de los recursos naturales; art. 128.1, con la subordinación de la riqueza del país al interés general; y, el art. 130, con la política de desarrollo económico, y “conducen todos ellos a una definición social de propiedad que se irradia al art. 33”.

Cabe destacar también, que el TC, en la ya mencionada sentencia 37/1987, rechazó la actividad de hacer una interpretación del mínimo nuclear de la propiedad, basado exclusivamente en el tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil de España.

Fundamenta (F. J. 2) su posición que, la “pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada”.

⁹⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. Ob. cit., p. 115.

Esa afirmación del TC es razonable, en la medida que, hoy en día, no más como en tiempos pretéritos, la propiedad era tenida como derecho absoluto del titular de su dominio. La propiedad en los días actuales es contextualizada con la necesidad y utilidad, no siendo más una forma o manera de acumular riqueza de forma desrazonada.

En el escenario actual, la propiedad privada está sujeta a la intervención de los poderes públicos y de la ya subrayada preponderancia y coexistencia que el interés colectivo ejerce sobre el interés del particular.

Esos aspectos determinan una nueva postura dogmática para el instituto de la propiedad privada, una vez que empiezan a hacer parte de lo que se denomina como control interno del derecho de propiedad. Esa nueva modulación íntima de la propiedad privada en los días actuales, limita por sí sólo, el ejercicio de las facultades dominicales como en los días pasados.

Por lo tanto, no hay como basarse apenas en el contenido elemental del histórico concepto de propiedad (art. 348), para abstraer de él la esencia de un derecho de propiedad en la situación de nuestros días.

En la antigua concepción, el titular del dominio tenía un amplio ámbito de poder sobre la cosa, estando vinculado, en esencia, solamente, a su arbitrio. No obstante, no podemos perder de vista las limitaciones subyacentes del choque con los derechos de terceros y las limitaciones provenientes del derecho administrativo, por ejemplo.

Dando atención a lo descrito en el art. 348 del Código Civil, no se puede confundir la remisión contenida al respecto de las “limitaciones establecidas en ley” con el limitador interno exteriorizado por la función social de la propiedad.

El texto histórico se refiere a límites externos, y no al delimitador interno que es la función social. Así la propiedad privada, está sometida no sólo al delimitador interno, sino también a las limitaciones externas, que de forma conjunta frustran al tenedor del dominio en el ejercicio pleno de la propiedad (goce y disposición).

Cabe registrar que, a pesar de las limitaciones antes divisadas, la propiedad privada continúa apareciendo como un derecho superior sobre las

cosas, donde el propietario tiene poderes ilimitados sobre la cosa, respetando apenas las contenciones de cuño intrínseco y extrínseco.

Eso no quiere decir que el art. 348 del Código Civil haya perdido su valor de regencia. Por el contrario. Sostiene Ángel M. López y López¹⁰⁰ que, “la codificación civil no es una página más de la historia de la legislación: es la puerta de entrada a un universo de valores que, si no están vigentes ‘in todo’, están en las raíces profundas del sistema jurídico contemporáneo, en cuanto fruto originario del mundo liberal-burgués que las sucesivas transformaciones del ordenamiento, importantes sin duda, no han logrado perder como punto último de referencia”.

Añade aún que, “ese carácter de punto último de referencia del C.C. hace conservar al artículo 348 un valor inicial para al análisis de lo que, incluso hoy, sea derecho de propiedad o, si se quiere, sean las propiedades”.

En suma, la Constitución no abolió el art. 348 del Código Civil de España. Este continúa en vigor, rigiendo el gozo y disposición de las cosas por los individuos, siendo por lo tanto, en la interpretación constitucional de la propiedad, que se debe cuidar el intérprete para no dar una amplitud normativa más allá de lo que la que le quiso dar el constituyente.

3.2.6 Propiedad y ley

Como consecuencia de la vigencia del Estado Democrático de Derecho y de la estabilidad de las relaciones sociales, se ha asegurado el principio de la reserva legal para consolidar garantías para los ciudadanos. Por eso es fundamental verificar el vínculo existente entre el instituto de la propiedad y la ley.

Por la redacción constitucional del art. 33.2, existe una vinculación incontestable entre la función social de la propiedad y la ley. Estamos delante de

¹⁰⁰ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 150.

una reserva específica de ley¹⁰¹, una vez que, es la ley la que delimitará el contenido del marco “función social de la propiedad”.

La reserva de ley es una garantía al derecho de propiedad. Es un escudo de protección contra la actividad legislativa desatenta. Esa garantía del instituto de la propiedad, vía de regla, dicta que sólo por Ley ordinaria podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 “a”.

La observancia de ley para reglar las estipulaciones del derecho de propiedad, establece una subordinación al cumplimiento del principio de reserva de ley, que es una garantía esencial del Estado de Derecho¹⁰².

Merece relieve verificar, que ante a la Constitución Estado y ciudadanos ejercen papeles distintos en confrontación a la ley. El *status libertatis* asegurado por el art. 1.1 de la CE, consagra el “principio general de libertad” que autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas que la ley no prohíba, o cuyo subordine a requisitos o condiciones determinadas.

En cambio, el Estado tiene una vinculación más estrecha a la ley, pues actúa con sometimiento a esa y al Derecho, conforme regla dispuesta no art. 103.1 da CE. Eso es, por el principio de legalidad hay el impedimento de la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal (STC 83/1984, F. J. 3).

Con efecto, cabe aquí la advertencia de que hay una dificultad de establecer de forma genérica en que consiste tal reserva, pues aun, hoy en día, no hay un concepto claro de lo que representa el concepto reserva de ley en el contexto constitucional.

El TC en la citada STC 83/1984, ahora en su F. J. 4, ha dicho que “el principio de reserva de ley entraña, n efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de

¹⁰¹ BARNES VAZQUEZ, Javier. Ob. cit., p. 458.

¹⁰² STC 83/1984, de 24/07/1984, publicada en BOE n. 203, Cuestión de Inconstitucionalidad, ponente magistrado don Francisco Rubio Llorente. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

los ámbitos de libertad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”.

Refiere en Tribunal Constitucional aun, que es cierto que el principio no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero si que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador.

Independientemente de existir o no la construcción del concepto del dogma legal, es indiscutible que la Constitución estableció la necesidad de recurrir a la norma con rango de garantía mayor. La ley, en ese caso es una normativa cualificada en el sentido de demarcar la necesidad de desarrollar la delimitación de la propiedad.

Atento a lo dispuesto en el art. 53.2 da CE, se verifica que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título Uno.

Sin embargo, el derecho de propiedad está incluido, exactamente, en las disposiciones trazadas pela Constitución de España, en la cual califica como indispensable la existencia de una ley para reglar su ejercicio. Como si no bastase eso, por sí sólo, el propio contenido del art. 33.2, expresa la necesidad de una ley para delimitar el contenido de la función social.

Sobre la reserva de ley, la doctrina trata la cuestión observando el vínculo en el cual está ligado el legislador ordinario en el desarrollo del precepto de la observancia de ley. Suele dividirse la intensidad de vinculación a la ley, en reserva absoluta, relativa y reforzada.

La vinculación será absoluta cuando, el precepto constitucional establece obligación de regular de manera directa y completa la materia reservada, dejando como única posibilidad a las normas subordinadas a la ley la de proveer los detalles necesarios para la pura ejecución de ésta, y siempre de acuerdo con sus dictados.

Es relativa, cuando las normas subordinadas, también dichas secundarias, pueden reglamentar y desarrollar la materia objeto de la reserva, siempre que se acomoden a las directrices de carácter general que la ley prevenga.

Se dice, reforzada la reserva de ley, cuando al deber del legislador de proceder a través de la ley se añade el de conferir a ésta un determinado contenido.

Ángel M. López y López¹⁰³, asevera aun, que “resulta provechoso distinguir a las reservas según que se establezcan por ellas la obligación de regulación general y abstracta, frente a los casos en los que se prevén para medidas particulares y concretas”.

Analizando el mandato del art. 53 de la Constitución de España, puede percibirse que, la reserva de ley allí contemplada, no es materia que afecta sólo a los derechos y deberes de los ciudadanos. En verdad, engloba todos los derechos fundamentales y libertades públicas, que de ordinario tiene una particularidad de tratamiento especial en la parte que corresponde a la diversidad de tratamiento judicial, conforme se verifica en el apartado 2 del referente artículo.

Es oportuna la alusión defendida por Ángel M. López y López¹⁰⁴, en la cual hay una contraposición entre las expresiones “derechos y libertades”, por un lado, y por otro “derechos fundamentales y libertades públicas”.

Asegura el autor, reafirmado lo que se ha dicho arriba que, “la primera de estas expresiones, utilizada en el apartado 1º del artículo 53, engloba todo el contenido del Capítulo segundo del Título I, la segunda, que es la que emplea el artículo 81, coincide con la que sirve de rúbrica a la Sección primera de ese Capítulo, es decir, aquél cuyo contenido recibe la tutela especial del doble amparo judicial y constitucional.

En otro paso, con el objetivo de observación también, se puede verificar que, apenas por el signo “sólo por ley”, no hay como afirmar que la

¹⁰³ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 94.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 98.

reserva referenciada en la Constitución de España es absoluta o relativa. A título de evidencia, por sí sólo, el indicativo de “ley” no se puede conformar con una interpretación meramente literal, para concebir que, “sólo por ley” se destina a una reserva absoluta de ella.

En ese aspecto, lo más razonable sería una interpretación con mayor afinidad con las razones de las cuales proviene el indicativo de “ley”. Es una tarea hercúlea, pero es la forma que mejor se conforma con la *ratio* constitucional.

Es sencillo afirmar que las expresiones “en razón de ley”, “de acuerdo con la ley” o “mediante la ley”, quieren expresar siempre una reserva de ley absoluta, cuando en realidad no es verdadero. No se olvide que, la interpretación literal o gramatical es la más pobre de las interpretaciones, sólo debiendo el intérprete recurrir a ella, en la inexistencia de cualquier otra posible al caso en desate.

Otra observación a respecto del art. 53.1 de la CE, es que, dicha reserva de ley tiene carácter general y abstracto, no para casos concretos, debiéndose entender las palabras “ejercicio de tales derechos y libertades” como expresivas, en lo mínimo, de todas las directrices y principios generales del régimen de los derechos y libertades.¹⁰⁵

El art. 53.1 de la CE, dispone también, un fortalecimiento material de la reserva, en el momento que dispone que la regulación deba respetar el contenido esencial de los derechos y libertades.

Otra cuestión relevante, en cuanto a la reserva de ley, es la necesidad de que su desarrollo se dé por ley orgánica o por ley ordinaria (se dice en contraposición a la orgánica).

En una interpretación integrada entre los art. 53.1 y 81.1 de la CE, se llega a la conclusión que, específicamente para la regulación del preceptivo legal relacionado al derecho de propiedad, la Constitución reservó la necesidad

¹⁰⁵ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Ob. cit., p. 96.

de ley ordinaria, pues sólo, y apenas solamente, aquellas disciplinas que trata la Sección primera del Capítulo segundo del Título Uno, se destinan al desarrollo de la ley orgánica.

La protección se reafirma por el art. 86.1 da Constitución de España, ya que queda firme la convicción que el Decreto-Ley no es un instrumento jurídico hábil para reglar materias relacionadas al derecho de propiedad. Esa conclusión se obtiene de la comparación de ese artículo con las restricciones y maneras de reglar asuntos referentes a derechos, deberes y libertades. El propio art. 86.1, establece que los Decretos-Leyes “no podrán afectar” a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución.

De hecho, el art. 86.1, al estampar en su redacción los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, quiere decir en esa terna, que esos derechos están comprendidos en los derechos y deberes de los ciudadanos, como también, los derechos fundamentales y libertades públicas, regulados en el Título I de la Constitución española.

No obstante, esa orientación de interpretación no es unánime. Para los que creen de modo diverso, tal entendimiento llevaría al despreso de la aplicabilidad del Decreto-Ley, pues eso es útil como técnica legislativa para disciplinar materias urgentes y así permitir una mejor maleabilidad al gobierno, o como ha dicho el TC, en la STC 4/1983, en el F. J. 5, “posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual”.

A respecto de esa inquietante polisemia de inteligencia del precepto legal, el Tribunal Constitucional de España, ha dicho en la sentencia 111/1983¹⁰⁶, del 2 de diciembre, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-Ley 2/1983 que, la herramienta jurídica del Decreto-Ley puede ser utilizado para regir el derecho de propiedad.

¹⁰⁶ STC 111/1983, de 02/12/1983, publicada en BOE nº 298, Recurso de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

Sintéticamente, la insatisfacción del recurrente es que el Decreto-Ley para expropiar bienes por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componían el grupo RUMASA S.A., invadió el campo reservado a la Ley, ante lo dispuesto en la combinación entre los arts. 86.1, 33 y 53 de la Constitución de España.

En la exposición del recurso, existe la mención a que el Decreto-Ley habría afectado en su aspecto material al art. 33 de la CE. Hace referencia a que, ese artículo exige, necesariamente, ley en su sentido formal, y por lo tanto, Decreto-ley no es un instrumento legislativo capaz de disciplinar la materia. Además, tal comprensión queda llana, en la medida que el art. 53 lo ratifica.

Siendo así, en conclusión, el derecho de propiedad estaría alejado del circuito de utilización disciplinaria del Decreto-Ley, en razón de lo dispuesto en el art. 86.1 de la Constitución española.

Sin embargo, el TC en su sentencia extiende la comprensión del campo de actuación del Real Decreto-Ley, dimensionando que su utilización tiene un ámbito más extenso que aquel que el art. 86.1 quiso darle.

La decisión del TC, se vuelca, como se puede observar en el F. J. 8 de la respectiva sentencia, a favor de la tesis de la corriente maximalista de la utilización del Decreto-Ley, pues la inteligencia minimalista, si acaso fuese utilizada llevaría el recurso legislativo al “vaciamiento”.

A propósito, a ese respecto, apunta el TC:

... la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86.1 de la C. E., se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible *ad absurdum*, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su Sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico sexto) (“Boletín Oficial del Estado” del 9 de marzo). ...

En la secuencia, el Tribunal Constitucional da una disciplina para el manejo del Decreto-Ley, afirmando que, “la cláusula restrictiva del art. 86.1 de

la C. E. (“no podrán afectar...”) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución “del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual” (fundamento 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.”

3.2.7 Propiedad y expropiación

Como se ha comentado, en el constitucionalismo español han existido dos señales de intervención en la propiedad privada. La Constitución de 1931, establecía la expropiación, la socialización y nacionalización de la propiedad. El actual texto constitucional sólo recoge la posibilidad de la expropiación, alejándose de las otras intervenciones de la II República española.

Por estar incrustada en el texto del art. 33, debe observarse también alguna cosa sobre la expropiación. Conforme previsión constitucional, para que haya necesaria intervención en el dominio particular en la forma de desapropiación, la Constitución de España establece algunas garantías a los particulares ante de la posibilidad de actuación del Poder Público sobre la propiedad privada.

La Constitución traza como garantía al particular, que la expropiación debe venir precedida de la necesidad de existencia de una causa de utilidad pública o interés social, de una contraprestación económica, y que haya un procedimiento administrativo en el marco de ley (STC 67/1988, F. J. 4).

A todas las luces, se verifica a través de la lectura del mandato constitucional del apartado 3º del art. 33, que la cesión del dominio se da “mediante la correspondiente indemnización”. Puede observarse que el texto constitucional no establece cual es el momento de realizar la efectiva indemnización. No hay alusión si el pago será antecedente, en el intermedio del procedimiento de expropiación o al fin del mismo, frente a la anterioridad o no a la ocupación.

Se debe prestar atención a que el pago es de fundamental importancia para la ocupación del bien. Reflexionando, la ocupación del bien antes del pago más se asemeja a una confiscación que a una desapropiación propiamente dicha, revolviendo en el pasado del constitucionalismo de 1931, cuando, incluso, existía la posibilidad de que la intervención en el dominio fuera separada del pago (art. 44). Sin embargo el TC en la sentencia 166/1986¹⁰⁷, en el F. J. 13, aclaró las garantías de los particulares frente al Poder Público, interpretando la regla del apartado 3º, del art. 33, de la CE.

En suma, aduce el Tribunal Constitucional que, la expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas.

En lo referente la función social de la propiedad y la expropiación, el TC asevera que, “la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales” (STC 166/1986, F. J. 13).

Y aun, discurre el TC en la STC 67/1989 (F. J. 4), que la expropiación, como adquisición forzosa de la propiedad privada, antes reglada

¹⁰⁷ STC 166/1986, de 19/12/1986, publicada en BOE nº 3, Cuestión de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Eugenio Díaz Eimil. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

apenas a la necesidad en razón de la ejecución de obras o establecimientos de servicios públicos, se ha ampliado progresivamente, transformándose la expropiación en un instrumento de conformación del modo social de los bienes, en el justo equilibrio entre el derecho de propiedad y el interés social de carácter general.

Es importante resaltar que la posición de la justicia constitucional asegure que hay una nueva dinámica social de la propiedad, lo que indica una necesaria y precisa revisión de los dogmas del absolutismo de la propiedad.

Ahora, la propiedad privada está conducida en el enderezamiento de su función social, es instrumento del Poder Público, para los fines de orientación social, haciendo perseguir la justicia social.

La desapropiación en nada se confunde con el límite externo o interno del contenido básico del contexto de la propiedad. Sencillamente, en la aplicación de las leyes de expropiación, el Poder Público, en cada caso, evidenciará como pieza clave para la determinación si el bien debe o no ser expropiado, si él está o no cumpliendo su función social. Por otro lado, cabe decir que, el constitucionalismo español no reconoce la desapropiación como forma de sanción, ante la no observancia del cumplimiento de la función social de la propiedad. Lo que es distinto a lo anteriormente dicho.

Aunque la Constitución de España no mencione el evento de la desapropiación-sanción, eso no quiere decir que no exista en la arquitectura jurídica española la utilización de la expropiación como forma de coaccionar al titular del dominio a dar a su propiedad destinación social conforme prescripción legal. En sí, el incumplimiento de la función social de la propiedad puede terminar en una expropiación-sanción (STC 42/1989, F. J. 4).¹⁰⁸

Una cosa es verificar en el proceso de desapropiación si el bien cumple la dimensión social. Y otra, bien distinta, es expropiarlo, porque,

¹⁰⁸ STC 42/1989, de 16/02/1989, publicada en BOE nº 52, Recurso de amparo, ponente magistrado don Fernando García-Mon y Gonzalez-Regueral. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

efectivamente, no la cumple. El segundo, es un acto desconocido en el marco del moderno constitucionalismo de España, pero no del conjunto legislativo español. En relación al primero, forma parte del contenido básico del nuevo modelo constitucional de propiedad.

En lo concerniente al pago, el TC se ha posicionado que no hay inconstitucionalidad en que el pago de la intervención sea tanto en el curso del procedimiento de expropiación como a su fin, ya que la Constitución de 1978 no a hecho cualquier mención de cuando debería ser exigida la retribución de la ocupación de la propiedad privada expropiada, por lo tanto no hay impedimento que la legislación trace cómo es posible la recompensa por la apropiación sobre la propiedad particular (F. J. 13, b).

La decisión establece que, el pago al expropiado es un punto clave, pues sólo con ella hay que admitir la ocupación del bien y de los derechos que se subyacen.

Su redacción precisamente despunta en ese sentido, resaltando en *verbis* que, “la indemnización al expropiado puede configurarse como requisito previo a la expropiación, cuya falta de cumplimiento impide la ocupación de los bienes y derechos objeto de la expropiación, o como consecuencia y efecto de ésta, que concede al expropiado el derecho a ser resarcido del bien expropiado, después de que dicha ocupación se haya consumado”.

El Tribunal Constitucional preside con esa sentencia, que el texto constitucional no implanta la obligatoriedad de que la indemnización sea anticipada, sino que la expropiación debe ser realizada en los términos legales.

Destaca que el apartado 3 del art. 33 de la Constitución, consiente “tanto las expropiaciones en que la Ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo, por tanto, inconstitucional la Ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento de expropiación”.

Plasma aún, que hay un tratamiento diferenciado para las expropiaciones urgentes, donde “el momento en que se produzca el efecto traslativo de la propiedad o titularidad de los bienes y derechos expropiados no depende del previo pago de la indemnización, careciendo, por tanto, de relevancia

constitucional el momento en que se opere dicha transmisión de propiedad y, en su consecuencia, que ésta se produzca de manera inmediata en el mismo momento en que se acuerda la expropiación”.

En relación al justo precio del valor de la indemnización en consecuencia de la expropiación, emerge la decisión que, “la Constitución no utiliza el término de ‘justo precio’”. Así, “dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable”.

En suma, señala que “la garantía constitucional de la ‘correspondiente indemnización’ concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación”.

Finalmente, examina el TC, que “las Leyes singulares de expropiación, según lo razonado, no vulneran la garantía indemnizatoria del art. 33.3 de la Constitución cuando acuerdan la inmediata ocupación de los bienes y derechos expropiados y la transmisión de su propiedad y no contienen reglas excluyentes de la indemnización o modalidades valorativas determinantes, directa o indirectamente, de consecuencias confiscatorias”.

El Tribunal Constitucional también ha expresado en la sentencia 149/1991, en su F. J. 8, que la propiedad privada, respetando su contenido esencial y atento al género del bien a ser socializado, en ningún caso es admisible la expropiación sin la debida indemnización correspondiente.

Dentro del estudio comparativo, cabe resaltar en el constitucionalismo brasileño que, toda expropiación se da con el previo y justo pago de la indemnización en dinero, conforme lo expuesto en el inc. XXIV, del art. 5º; § 3º, del art. 182; y, *caput* del art. 184.

Además, la Constitución Federal de Brasil establece, la llamada expropiación-sanción en los art. 182, § 4º, inc. III y 184, caput, cuando la propiedad urbana o rural, no están cumpliendo con su función social conforme modelo estribado en ley.

3.2.8 La función social y la propiedad inmueble urbana

España, como concibe su Carta Magna, es un Estado social y democrático de Derecho. En el mismo camino de Estados con esas características, viene produciendo sucesivos cambios al tratamiento de la propiedad privada, como ya se tuvo oportunidad de ver.

Paulatinamente se percibe una intervención del Estado sobre un estuario privado, modelando el origen de nuevos derechos, buscando, sobre todo, situar una gama de predominio del interés colectivo sobre el individual.

En esa nueva dimensión del pensamiento jurídico-político, la propiedad privada pasa a tener un gran examen crítico sobre el absolutismo de su ejercicio. Para el propietario nacen limitaciones que modelan las facultades de ejercicio del dominio.

La propiedad, moldada a su limitador interno de la función social, establece al titular del dominio un deber condicionado no más a su arbitrio, sino a los intereses sociales preceptuados en ley.

Por ese nuevo enfoque conceptual, el ideal socializante está dispuesto como limitador interno del ejercicio del dominio, propiciando así al Estado, condicionar las facultades del dominio.

Esa connotación viene de encuentro lo que ha dicho el TC en la sentencia 61/1997¹⁰⁹. En esa decisión, la Corte Constitucional expresa que al

¹⁰⁹ STC 61/1997, de 20/03/1997, publicada en BOE nº 99, Recurso de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Enrique Ruiz Vadillo y Pablo García Manzano. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

Estado es asegurado establecer el contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio.

De hecho, en igual tenor, el TC en la sentencia 164/2001¹¹⁰, ha remarcado su posición al respecto, describiendo que, “al Estado le compete regular las ‘condiciones básicas’ que garanticen la ‘igualdad’ de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la ‘igualdad básica’ en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

Ora, al dictar el régimen del contenido básico del derecho de propiedad, puede el Estado instituir, fijando límites de utilización, como también, constituir obligaciones al tenedor del dominio, condicionando el uso, gozo, y la disposición del bien. Siempre sin olvidar que al hacerlo, debe legislar observando cumplir los preceptos de igualdad.

La observancia de hacer cumplir la función social, no está, necesariamente, ligada a una pérdida de la propiedad privada. El sentido es obligar al titular del dominio a encaminar a la propiedad en el sentido de atender su fin social. Digamos que, con el condicionamiento o enderezamiento de la propiedad, el poder público actúa intervenido en el dominio, objetivando a garantizar el aspecto de igualdad social.

En un recuerdo histórico, meramente con fines de elucidar, en el siglo pasado se constató la escasez del suelo urbano apto para edificaciones. Sin embargo, día tras día, el aumento de la población era creciente, lo que demandaba viviendas como consecuencia de esa nueva migración hacia las ciudades.

Ese flujo fue la fuerza motora que obligó a un repensar de la estructura de las ciudades en comparación con el desarrollo de su población. Había un estado de cosas que no podía perdurar, pues el desplazamiento de las personas era progresivo y no había como comportarlas en las ciudades.

¹¹⁰ STC 164/2001, de 11/07/20001, publicada en BOE nº 194, Recurso de inconstitucionalidad, ponente magistrado don Fernando Garrido Falla. Disponible en: www.tribunalconstitucional.es.

Ese desajuste social era percibido a todas luces, demarcando un tratamiento de desigualdad social. La actuación del Estado, en ese particular, tenía la intención de disminuir las diferencias sociales, permitiendo propiciar a todos un trato igualitario en la ocupación del suelo urbano.

Ese cambio de comportamiento social hace reflexionar sobre el tratamiento perfilado a favor del derecho de propiedad. Como instrumento jurídico secular y de garantía del ciudadano hacía mucho merecía ser contemplado con la necesidad y utilidad proveniente de un interés colectivo.

Tal como en el campo, el concepto de propiedad privada situada en las márgenes de las ciudades también debía ser remodelado, haciéndolo coexistir con los nuevos dogmas que hacen trascender al patrimonio no sólo al arbitrio de su titular, sino a un interés de vestimenta social.

Con ese desplazamiento de la normativa civilista pura para una regulación del derecho de propiedad sometido a reglas de derecho público, se observa la actuación intervencionista del Estado en el marco individual del derecho.

En esa polémica obra estatal en invadir el patrimonio personal, el derecho urbanístico es el que más limita el ejercicio del dominio, pues muchas son las reglas que impiden al propietario del libre desarrollo de sus facultades dominicales.

Dentro de la esfera de desarrollo legislativo del precepto constitucional de la función social de la propiedad urbana, tenemos en vigor en España la Ley 6/1998, conocida como Ley de Régimen de Suelo y Valoraciones. Esta ley coexiste con artículos aún en vigor del texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992, conforme se observa de la Disposición Derogatoria Única de la ley de 1998.

Como marco histórico legislativo, antes de la edición de la ley que se encuentra en vigor, ha tenido aplicación con regencia en la materia del suelo urbano observando la temática de la función social de la propiedad, la Ley 8/1990, de 25 de julio y sucesivamente el texto Refundido de 1992.

En ambos pasajes, las leyes infraconstitucionales se afinaron con la Constitución de 1978, discurriendo en sus preceptos la observancia con la función social de la propiedad.

La Ley de 1990, estableció el marco de soporte regulador del estatuto de la propiedad inmobiliaria urbana, haciendo referencia en el art. 1, que la función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio.

A su vez, el texto Refundido de 1992, mantuvo la misma redacción de la ley anterior, demostrando así su coherencia con los matices constitucionales dispuestos en la Carta de 1978.

El art. 1 de la Ley 6/1998, a su vez, no es distinto de la evocación concebida en la teoría socializante de la propiedad privada. Narra el susodicho que, es objeto de ella – referente a la ley –, definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en toda España.

Como demostración inequívoca del tratamiento de superioridad destinada al interés colectivo sobre el individual, en el apartado 1 del art. 2º de dicha ley, rige que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.

Resalta la ley, para su efectos, que el suelo se clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística (art. 7).

Para cada clase de suelo, la ley define en que consiste cada uno, dictando los derechos y deberes del propietario de cada uno. Así, lo hace con el que clasifica como urbano. Dice que es urbano el suelo que ya fue transformado, por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, sistema de desaguadero y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística. Entiende o sobreentiende también que, en los casos de terreno en

ejecución del planeamiento, hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo (art. 8).

Especifica que los no urbanizables, son aquellos terrenos que están sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación, de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

De otra forma, puede ser considerado también no urbanizable, si el planeamiento general considera necesario preservar valores a los cuales se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano (art. 9).

Será considerado urbanizable, el suelo que, no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable, y podrá por eso, puede ser objeto de transformación (art. 10).

En los arts. 14, 18 y 20, la ley disciplina los deberes de los propietarios de suelos urbanos, no urbanizables y urbanizables. En todas las descripciones previstas en la ley, es muy claro el establecimiento de límites al ejercicio de la propiedad por el titular del dominio.

La manifestación legislativa en general, describe privaciones y obligaciones a las cuales está sujeto el propietario en la manifestación de la propiedad como un todo. Demostrando con su regencia que el propietario en el ejercicio regular del dominio no está sólo condicionado a su mero arbitrio, sino sobre todo a un interés social que viene materializado en las regulaciones urbanísticas.

Hay un sincretismo entre la voluntad propia y el empeño de la satisfacción del colectivo social.

4 Consideraciones finales

La proposición inaugural de este estudio fue investigar la propiedad y la función social, según previsiones dispuestas en las Constituciones de España y Brasil.

De ello permitió conocer que, tanto en el constitucionalismo español como brasileño, la propiedad privada es albergada con *status* de derecho fundamental, habiendo la alusión que queda ella reconocida y garantizada, pero su comprensión está enderezada a la observancia del cumplimiento de su función social.

La importancia de la propiedad como derecho está directamente ligada a la libertad de las personas. De eso se observa que la propiedad haya ganado reposo en las constituciones por todo el mundo, siempre caracterizada como instituto de derecho fundamental.

Como derecho fundamental, el ejercicio del derecho de propiedad fue sometido al régimen de cumplimiento de su función social, conforme disposiciones establecidas en ley. Con esa nueva configuración, la propiedad privada asume un nuevo modelo conceptual ante al enderezamiento alzado por las Constituciones de attingir la función social, como garantía de un Estado de Derecho y Social.

Pero, la propiedad ni siempre fuera tratada así. En el curso de la historia, la propiedad siempre ha estado relacionada con el hombre y la liberalidad de hacer con ella lo que entendía, nunca ha se visto un tratamiento tan convergido al social como el desarrollado no curso de los últimos siglos.

Antes despreciada ante de la inutilidad de reunir riquezas, la propiedad con la evolución de la sociedad se ha transformado en un símbolo de poder político y social, y por tal, pasó a ser perseguida y prestigiada.

En la medida que se percibe su importancia en el contexto de la dinámica social, su concepto empieza a sufrir cambios conforme el momento histórico en que se vive, como también en el lugar donde se encuentra enclavada.

Así, de una retórica conceptual estrictamente privatista, conforme modelo pasado por el derecho romano y posteriormente resucitado por el Código Civil francés en fines del siglo XVIII, se llegó a una visión eminentemente social a través de la inspiración del pandectistas alemanes y doctrinadores italianos.

La Iglesia Católica, ante su importancia e influencia ejercida en la sociedad en todos los tiempos, también ofertó su interpretación a respecto de la propiedad. Por la visión teológica del cristianismo Apostólico Romano, sobresale el discurso político que la propiedad, como derecho natural, es una hipoteca social y un favor divino, comprensión pasada por teólogos influyentes como San Agustín y San Tomás de Aquino, como aun, por innumerables encíclicas editadas por el Vaticano.

Con el desarrollo del tiempo, surge la idea proveniente del mixto de la doctrina católica con la pandectista alemán, en la cual el propietario no es un titular de un derecho subjetivo, en verdad, es un mero utilizador de la riqueza, mero administrador de la cosa que debería ser socialmente útil.

Sin embargo, la propiedad que es garantizada actualmente en las Constituciones es una figura amalgamada por las diversas corrientes que la influyeron en el curso de la historia. Es un instituto jurídico fundido por la sintonía de corrientes bifrontes (liberales y sociales).

En la actualidad, tenemos una propiedad encaminada a la observancia del destino social, sin, en lo tanto, se olvidar que la naturaleza del instituto jurídico nació de una concepción civilista junto al derecho romano.

Eso quiere decir que, el modelo clásico es aun prestigiado por el ordenamiento jurídico en vigor, donde el concepto, características, elementos constitutivos, tipos, limitaciones..., son aun observadas como componentes integrantes del instituto de derecho civil que es la propiedad.

Por otro lado, la visión estrictamente socializante desaparece. Es fulminada a vertiente del entendimiento de la existencia de una propiedad con aprovechamiento colectivo o social. Entretanto, el movimiento social deja su marca, que pasa a ser componente constituyente del nuevo modelo de propiedad.

La propiedad pasa no ser más aquel derecho absoluto del pasado. El propietario es visto como un titular de derecho subjetivo mitigado,

donde para ver garantizado su derecho debe destinar a su propiedad la función social concebida en ley.

Se percibe entonces, que el propietario deja de ser apenas aquel que detiene la riqueza o gestor de la cosa que debería ser socialmente útil, como también, alejarse de la figura caracterizadora de la propiedad como derecho exclusivo y excluyente, donde el propietario hacía con el bien lo que quiera sin consultar nadie.

Lo que tenemos hoy, es una mezcla de las tendencias jurídicas que antes se mostraban antagónicas, en la cual la propiedad es garantizada desde que respectado su contenido social.

De forma genérica, los mandatos descritos en las Constituciones reconocen y garantizan la propiedad como institución jurídica y como derecho subjetivo, sin embargo condicionan la observancia de que deba ella cumplir su función social. De eso, se observa que hay un cambio en la observancia del interés a cumplir: antes, marcadamente personal, pasa a ser ahora, en consecuencia de la nueva disciplina constitucional, social.

Se cambia en el concepto de propiedad. La propiedad con derivación romano-napoleónica queda relativizada ante la necesidad de verificar el alcance de su función social. La concepción vetusta, fuertemente marcada por los atributos absolutistas y privatistas, recibe un nuevo aderezo delimitador que condiciona al atendimento de un valor social genérico.

La propiedad privada, reconocida y garantizada, está dirigida a cumplir una función socializante, de interés general conforme disposición legal. Así, con ese matiz, la función social pasa a delimitar la propiedad, siendo un limitador interno en su contenido básico, y no una restricción de orden externa que viene a obstaculizar el ejercicio de la propiedad, pura y sencillamente.

Vale recordar que, cuando se habla de limitaciones de la propiedad, se está refiriendo a las diversas reducciones de las facultades del poder del titular del dominio. Por tanto, eso quiere decir que la función social no es más una de las limitaciones externa al ejercicio del derecho de propiedad. No se confunde ella, con las restricciones de orden pública, órdenes constitucionales, administrativas y legales y, de intereses particulares y públicos.

Dentro de esa óptica, la propiedad no está más subordinada al interés exclusivo del detentador del título. Éste, para hacer cumplir el papel constitucional de la propiedad, goza de limitaciones internas, además de las externas. La limitación interna, o sea, integrantes del contenido esencial de la propiedad, se constituye en un conjunto de deberes y obligaciones, provenientes de los intereses colectivos.

La función social tal como ha sido modulada en el texto constitucional pasa a ser parte integrante del nuevo concepto de propiedad, permitiendo por así decirlo, que el propietario sólo estará abrigado por el manto constitucional, se venir da a su propiedad una función social.

Es decir, que la teoría civilista a respecto de la propiedad queda inalterada. Lo que sucede, es el cambio proveniente de la interpretación de esos matices frente a la nueva concepción socializante traída por los mandatos constitucionales.

La Constitución en ese paso, se considera un catalizador para alcanzar una sociedad más equilibrada económica y socialmente. En fin, es el resultado de la supremacía del interés público frente al privado. Es el cambio de un paradigma: es la *publização* del derecho privado.

Como se puede observar, los mandatos constitucionales de España y Brasil a respecto de la propiedad y de la función social, fueron influenciados por los mismos argumentos jurídicos y sociales.

No hay una distinción fuerte entre la comprensión de que es propiedad, y de que significa la función social dentro de la arquitectura de la nueva estructura del derecho de propiedad.

La diferencia surge en la medida en que se ve que el Tribunal Constitucional de España, ya tuvo oportunidad de firmar lo que significa el componente de la función social dentro del arquetipo del derecho de propiedad. En cuanto que, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, hay subrayado apenas y de forma genérica, que la función social se constituye como una hipoteca social.

Como se puede constatar, sin duda, hay avance de la abordaje española frente a brasileña, pues al interpretar en lo consiste la función social dentro del alcance jurídico del derecho de propiedad, el TC no deja subyacer

dudas a respecto de que el Constituyente quiso referir cuando, a un lado, garantizó la propiedad, y por otro sometió ella a la observancia de su función social. Restando, así, inequívoco, que la función social, descrita en ley, delimitará o contenido del derecho de propiedad.

Pero, el STF aun no tuvo la oportunidad de firmar, con la misma autoridad emprendida pelo TC, su posicionamiento a respecto de la función social. Apenas en decisiones esparzas y breves, sin se profundar sobre el tema, refiere de manera generalizada, no entrañando cual el alcance que quiso reverberar el Constituyente de 1988. Eso se da, quien sabe, en consecuencia que en Brasil, diversamente de España, el controle de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, se hace de forma difusa y no concentrada.

Por otro lado, la Constitución brasileña, aunque no conceptúe o defina función social, describe como su comprensión constitucional debe ser alcanzada. Hace eso cuando trata de la propiedad urbana, como también cuando aborda la propiedad rural.

La CFRB de ello, apegada al contenido que la propiedad obliga, destina al propietario que no dirige su bien al cumplimiento de la función social, una serie de obligaciones con carácter punitivo, objetivando siempre que ello de a su dominio el fin social establecido en ley.

En fin, lo que se puede concluir es que, tanto en España y Brasil, la propiedad privada, continúa a ser un derecho fundamental, pero para tener el *status* de garantizada, debe cumplir su función social conforme descrita en ley.

De esa forma, el propietario sólo tendrá asegurado su dominio, si atribuir a su propiedad la función social concebida en ley. Fuera de eso, no hay más garantía de la propiedad privada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. **Curso de derecho reales**: propiedad y derecho reales. T.1. v.1. Granada: Comares, 2005.
- BADINTER, Roberto. **Le plus grand bien**. Paris: Fayard, 2004.
- BARNES VAZQUEZ, Javier. **La propiedad constitucional**: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madrid: Civitas, 1988.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de direito privado**. n. 7.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. C. Varialle. 7. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 12 mar. 2007.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Juarez de Oliveira (Org.). 43. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 30 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 30 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en 30 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 29 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 29 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 30 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 29 mar. 2007.
- BRASIL. Constituição Política do Império de 25 de março de 1924. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 29 mar. 2007.
- BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 10 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 15 mar. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 13 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 07 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 20 abr. 2007.

BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponible en: <http://www.tjsc.gov.br>. Acceso en varios días

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponible en: <http://www.stj.gov.br>. Acceso en varios días.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponible en: <http://www.stj.gov.br>. Acceso en varios días.

BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. t. III. v. 1. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1989.

BURNS, Edward Macnoll. **História da civilização ocidental**. Traducción de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado y Leonel Vallandro. 21. ed. Porto Alegre: Globo, 1978.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície compulsória**: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la revista general de legislación y jurisprudencia con notas sobre el derecho español por Demofilo de Buen. 4. ed. Revisada por Pascual Marín Pérez y Justo José Gómez Ysabel. Tomo segundo, v. II. Madrid: Reus, 1984.

COLINA GAREA, Rafael. La función social de la propiedad privada en la constitución española de 1978. Barcelona: Bosch, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Título. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. **Anais ...** Salvador, 1986.

CÓRREA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988**: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CULLETON, Alfredo. A Fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do *Opus Nonaginta Dierum*. Disponible en www.

revistaseletronicas.pucrs.br/veritas/ojs/include/getdoc.php?id=193&article=47&mode=pdf. Acceso: 05 mar. 2007.

DE SOUZA, Sylvio Capanena. Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 4 de junho de 2004, sob o título *A influência do Código Civil Francês no Direito Brasileiro*, por ocasião das festividades de comemoração do bicentenário do Código Civil Francês. In: **Revista da Enerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPAÑA. Código Civil. Real Decreto del 24 de julio de 1889. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorck/leyes/ccivil.htm>. Acceso en: 15 mar. 2007.

ESPAÑA. Constitución de Bayona de 1808. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución de la Monarquía Española de 1837. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución de la Monarquía Española de 1845. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución de la Monarquía Española de 1856. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución de la Monarquía Española de 1876. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución de la República Española de 1931. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución Democrática de la Nación Española de 1869. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución Española de 1978. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 03 abr. 2007.

ESPAÑA. Constitución Política de la Monarquía Española de 1812. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Estatuto Real de 1834. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Fuero de los Españoles de 1945. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 03 abr. 2007.

ESPAÑA. Proyecto Constitución Federal de la República Española de 1873. Disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki>. Acceso en: 02 abr. 2007.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://www.tibunalconstitucional.es>. Acceso en varios días.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Disponible en: <http://poderjudicial.es/jurisprudencia/>. Acceso en varios días.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. **Propiedad e historia del derecho: el derecho de propiedad en la historia constitucional española**. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en España, 2005.
- FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. **Função social da propriedade**. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. **Anais ...** Salvador, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GROSSI, Paolo. **Historia del derecho de propiedad**. Barcelona: Ariel, 1986.
- GOYTISOLO, Juan B. Vallet de. **Estudios sobre derecho de cosas**. 2. ed. ampl. Madrid: Montecorvo, 1986.
- LEONETTI, Carlos Araújo. **Função social da propriedade**. **RT**, São Paulo, n. 770, p. 731.
- LÉVY, Jean Philippe. **História da propriedade**. Traducción de Fernando Trigueiro. Lisboa: Estampa, 1973.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. **La disciplina constitucional de la propiedad privada**. Madrid: Tecnos, 1988.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando. **Introducción al derecho urbanístico**. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- MAZEUD, Henri y Léon; MAZEUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte 2. v.4. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v. 3. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabas Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOTTA, Maria Clara Mello. **Conceito constitucional de propriedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MANRESA Y NAVARRO, José María. **Comentarios al código civil español**. T. III. 8. ed., rev. y puesta al día por Francisco Rico Pérez. Madrid: Reus, 1976.
- MORO, Tomas. **Utopía**. Traducción, prólogo y presentación de Francesc L. Cardona. Barcelona: Edicomunicación, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. **Código civil**: comentado y con jurisprudencia. 5. ed. Madrid: La Ley, 2006.

ORTEGA GARCÍA, Ángel. **Derecho urbanístico estatal**. Madrid: Montecorvo, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Instituições de direito civil**. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. **Propiedad e historia del derecho**: notas sobre la propiedad y las cosas en el derecho Español de la recepción. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en España, 2005.

PESET, Mariano. **Dos ensayos sobre la historia de la tierra**. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1988.

PULIDO QUECEDO, Manuel. **La constitución española**: con la jurisprudencia del tribunal constitucional. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

RIGAUD, Luis. **El derecho real**: historia y teoría. Madrid: Ed. Reus, 1928.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: de acordo com a Lei n. 10.406. 2. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito das coisas. v. 5, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANCTIS, Antônio de. **Encíclicas e documentos sociais**: Quadragesimo Anno. São Paulo: LTR, 1971.

SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÉGUEZ, Julio. **Derecho urbanístico**: manual para juristas y técnicos. Madrid: Abella, 1994.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo. Cizur Menor: Aranzadi, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade a pessoa humana como valor supremo da democracia. In: _____. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TANAJURA, Grace Virginia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. v. 5. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIDE, Carlos Rogel. **Derecho de cosas**. Barcelona: Bosch, 1999.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 9. ed. São Paulo: RT, 1993.

WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: derecho de cosas. Traducido de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. 8. revisión. v. 2. Barcelona: Bosch, 1937.