

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Rafael Colina Garea

Catedrático de Derecho Civil

Universidad A Coruña

(España)

rafael.colina@udc.es

I. Los presupuestos

1.1. El individualismo jurídico

Desde la perspectiva de la realidad actual asentada sobre los presupuestos del Estado Social, consagrado en el art. 1.º CE, no es de extrañar que en nuestra Constitución haya normas de Derecho Privado que regulen las relaciones entre los particulares¹. No siempre fue así. La presencia de normas de Derecho Privado en un texto constitucional es el resultado de una transformación de las Constituciones modernas, operada a través de un proceso histórico que transcurre simultáneamente a la crisis de las ideas liberales y alcanza su cenit, tras la Revolución Bolchevique de 1917, con la Constitución alemana de Weimar².

A lo largo del período que va desde finales del Siglo XVIII hasta bien entrado el Siglo XIX, las Constituciones se habían identificado con el proceso de desmantelamiento del Estado absoluto y la edificación del Estado de Derecho. La totalidad de las Declaraciones Fundamentales del orden liberal obedecían al propósito de superar los presupuestos del Antiguo Régimen³. Consecuentemente, como principios básicos del nuevo orden a instaurar, se erigían la

1 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 30.

2 GALGANO, F., *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*. 2.ª ed. Accr, Bologna, 1979; *Idem. Diritto civile e commerciale*, vol. I, *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, Padova, 1990, p. 81; *Idem. Diritto Privato*, 7.ª ed., Padova, 1992, p. 46.

3 BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 41; BARCELLONA, P., *Gli istituti fondamentali del Diritto Privato*, Napoli, 1972, p. 126.

libertad de la persona humana, la igualdad de los ciudadanos, la fraternidad, el absolutismo de la propiedad y la plenitud de la autonomía privada⁴.

Debido a la influencia de las teorías y los avances logrados por la física, matemática, fisiología, astronomía, etc., tanto el racionalismo como el empirismo adoptan en sus explicaciones de la sociedad puntos de vista claramente atomistas, según los cuales la materia, es decir la sociedad, está formada por simples átomos, por individuos aislados. El individuo, al aparecer así como el centro de un sistema social en el que se han suprimido los cuerpos intermedios, constituye un valor primordial del que derivan todos los demás⁵. Para el nuevo orden, el sujeto individual es un dato presocial, y como tal se contrapone a la sociedad⁶. El individuo, por lo tanto, es un ser de carácter abstracto que se valora como una realidad en sí mismo, sin estar sumergido en el mundo de las relaciones sociales. Es un ser autosuficiente ajeno al contexto social que no necesita de los demás y se relaciona tan sólo en aquellas ocasiones en que lo quiere y en la medida que lo quiere⁷. Las relaciones humanas así existen y se gobiernan por voluntad de los individuos, que ha de ser plena, libre, e inviolable, constituyendo ley entre las partes contratantes. Es el reinado absoluto de la autonomía de la voluntad⁸. Desde este planteamiento, la sociedad aparece como una mera yuxtaposición de

4 COMPORTE, M., «Ideología e norma nel diritto di proprietà», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXX, 1984, Parte I, p. 289. DE ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación (I)*, Sevilla, 1978, p. 112; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución del pensamiento económico y el Derecho Civil: ensayo para su enseñanza*, Barcelona, 1991, p. 25.

5 En la Francia inmediatamente posterior a la Revolución, la desaparición de las corporaciones o grupos intermedios quedaba garantizada mediante la interdicción que de las mismas efectuaba el Decreto de 14 de junio de 1791, cuyo art. 1 prescribía: «Siendo una de las bases de la Constitución francesa la supresión de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo Estado y profesión, queda prohibido reestablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y bajo cualquier forma». Al respecto, *Vid.* GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato e i suoi attuali confine», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Anno XV, 1961, p. 400; FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, Trad. L. López Guerra y N. Muñiz, Madrid, 1975, p. 29.

6 IRTI, N., *Dal Diritto Civile al Diritto Agrario. Momenti di storia giuridica francese*, Milano, 1962, p. 2.

7 Sobre el tema de las relaciones sociales del individuo en el orden liberal, *Vid.* LUCARELLI, F., *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Contributi di E. Briganti, M. Ciancio e L. Russo, Padova, 1990, pp. 10 y 11.

8 PORTALIS, («Discours Préliminaire», (Conseil d'Etat), *Naissance du Code Civil. An VIII-an XII-1800-1804*, Paris 1989, p. 78) afirmaba que «los hombres deben poder tratar libremente sobre todo lo que les interese; sus necesidades les acercan; sus contratos se multiplican tanto como sus necesidades. No hay legislación en el mundo que pueda determinar el número y fijar la diversidad de acuerdos de los que los asuntos humanos son susceptibles». Igualmente, *Vid.* COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965, p. 57; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «La propiedad privada y su función social», *Estudios de Derecho Civil*, vol. I., Pamplona, 1992, p. 613.

individuos⁹. Dentro del nuevo orden, la sociedad no es nada más que aquel lugar donde se produce el encuentro y racionalización de los intereses individuales. Ahora bien, sostener estas premisas dogmáticas no significa que la sociedad sea, en modo alguno, anárquica, sino que, por el contrario, posee un orden propio, unas normas intrínsecas que le son consustanciales, cuya vigencia resulta incluso anterior al Derecho positivo y al Estado mismo¹⁰. La sociedad liberal se encuentra solamente gobernada por las leyes de la naturaleza, por las reglas de un mercado de alto capitalismo, y es totalmente inmune a toda coerción jurídica.

En este contexto social, las leyes de la competencia se mostraban capaces de convertir los egoísmos privados en intereses comunes, (*private vices, public benefits*)¹¹. Lo primario es la realización del interés individual¹². El individuo únicamente ha de preocuparse por la satisfacción de sus propios intereses y necesidades, sin detenerse a pensar en el modo de procurar el interés social. El bien común no entra en consideración al decidir la estrategia de la acción individual, porque el individuo persigue exclusivamente sus intereses¹³. Los hombres al buscar libremente su beneficio procuran lo mejor para la sociedad, conducidos por una «mano invisible» a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención¹⁴. Consecuentemente, el individuo no ha de inquietarse por la consecución del interés general o social, porque éste ya se está inconscientemente llevando a efecto cuando actúa en su exclusivo beneficio.

Subyace en esta concepción de la relación entre el individuo y la sociedad la identificación del interés individual con el general. La asunción del pensamiento iusnaturalista permite superar así la dicotomía interés individual-social, apareciendo el primero como un eficiente medio para la realización del segundo, porque el fin del Derecho es el individuo y la sociedad un mero instrumento para la consecución de ese objetivo¹⁵. Se trata de un individual-

9 COSENTINI, F., *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Trad y vers. esp. A. Aguilera, Madrid, 1921, p. 257.

10 GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1987, p. 119. *Idem. Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1986, p. 127.

11 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 123. *Idem.* «Significación de la representación política», *REP, Nueva época*, n.º 44, 1985, p. 34.

12 BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, p. 112.

13 ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social», en AA.VV., E. Olivás (dir), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, 1991, p. 159.

14 SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D., *Economía*, Trad. L. Toharia y E. Rabasco, 13.ª ed., Madrid, 1992, p. 49; ASCARELLI, T., «Ordinamento giuridico e realtà sociale», en AA.VV., *Il Diritto nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 80.

15 *Vid.* SALVIOLI, G., *El Derecho Civil y el proletariado*, Trad. B. Clavero, Sevilla, 1979, p. 60; COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 264.

lismo que se funda sobre la idea de la perfecta concurrencia de los intereses individuales. Su armonización y racionalización espontánea, mediante las leyes de la competencia, genera de manera inmediata el interés social de la comunidad¹⁶.

Constituyen puntos cardinales de este orden social natural, el reconocimiento de la propiedad privada como un derecho del individuo para la satisfacción de su interés personal y la libertad. La propiedad privada se considera como una atribución o prerrogativa del individuo¹⁷ que proviene del orden natural, entendido como aquel estadio en el que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza¹⁸. El dominio es un derecho inherente a la persona humana del que el individuo goza *ex iure naturae*¹⁹ y que representa la exteriorización y proyección de la personalidad del propietario sobre las cosas que le pertenecen. Se entiende que los bienes son una prolongación del ser humano y, en consecuencia, negar el derecho de propiedad sobre ellos sería tanto como negar la persona misma. Por este motivo, no puede extrañar que se sostenga rotundamente que todo ataque a los derechos dominicales que hayan sido legítimamente adquiridos comporta también un daño a la persona misma que los detenta²⁰. En suma, el iusnaturalismo racionalista

16 Coco, G. S., *Crisi ed evoluzione...*, cit. p. 100.

17 RODOTÁ, S., «Proprietá. (Diritto Vigente)», en A. Zara e E. Eula (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV., Torino, 1967, p. 133.

18 La teoría del orden natural constituye una aportación del iusnaturalismo racionalista que halla su máximo representante en LOCKE, quien desarrolla los dogmas iusnaturalistas, principalmente, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1991, pp. 206 y 207, donde estima que «el estado de la naturaleza es un estado de perfecta libertad en la regulación de las propias acciones y en el de los propios bienes y de la propia persona, dentro de los límites de la ley natural». Y es también «un estado de igualdad, en el que los poderes y jurisdicciones son recíprocos, no pudiendo uno más que otro, y esto porque el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, la cual obliga a todos: y la razón es que esta ley enseña a todo hombre que la interroga que, siendo todos iguales e independientes, ninguno debe ofender a otro en su vida, salud, libertad o propiedad». Para un más profundo análisis de los filósofos que incluyeron en su pensamiento la idea del orden natural, Vid. BOBBIO, N., *Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Trad. J. C. Bayón, Madrid, 1985, pp. 104 y ss; IRTI, N., *Società Civile*, Milano, 1992, pp. 23 y ss.

19 Por alusión a la concepción iusnaturalista del dominio, véanse, entre otros, CROCO, P., *Propriété et garantie*, Paris, 1995, pp. 64 y 65; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 10; MOLITOR, E., «Nueva problemática de la propiedad», *RDP.*, año XXXVIII, n.º 444, marzo 1954, pp. 170 y ss; BARASSI, L., *Proprietá...*, cit. p. 53. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione...*, cit. pp. 127 y ss.

20 Sobre la configuración de la propiedad como un derecho de la persona humana, Vid. COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 298; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 37. Esta afirmación de que la propiedad privada es un derecho natural había sido ya sostenida por PORTALIS («Discours Préliminaire», cit. p. 85) cuando en su Discurso de presentación del Code francés de 1804, retomando el pensamiento de LOCKE, manifestaba que «el hombre nace solamente con necesidades, él tiene la labor de procurarse su conservación [...], él tiene entonces un derecho natural a las cosas necesarias para su subsistencia y su mantenimiento. He aquí el origen de la propiedad [...]. El derecho de propiedad es una institución

que profesa el orden liberal y se positiviza en el Code de 1804 liga la idea de libertad a la de propiedad²¹, concibiendo a esta última como un derecho previo al Estado, cuya protección y disfrute determinan el nacimiento de la organización política a través del pacto o contrato social²². Ambas forman un binomio inescindible en donde se desarrolla una ligazón indisoluble, una relación directa e inmediata.

Esta concepción de la sociedad, como un orden autorregulado, y de la propiedad, como un derecho inherente al sujeto individual e inescindiblemente ligado a la idea de libertad, repercute directamente en el protagonismo que se concede al poder estatal y a la actividad que a éste compete. Ya desde mediados del Siglo XVIII, los Fisiócratas habían postulado la neta separación Estado-sociedad y la total prevalencia de ésta frente a aquél²³. Si los individuos son libres y capaces de proveerse a sí mismos, siendo iguales en ello

directa de la naturaleza, y la manera en que se ejercita es accesoria». En cuanto ideas que influyen en las palabras de PORTALIS, *Vid.* también LOCKE, J., *Dos ensayos...*, cit. pp. 222 y ss. Las opiniones vertidas son también recogidas por GLIOZZI, E., *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1989, p. 49. En la doctrina española, y durante los trabajos de elaboración del Código de 1889, la concepción de la propiedad privada como derecho natural fue sostenida por GUTIERREZ, quien participó activamente en la redacción de los Libros II y III del Código Civil y afirmaba que «la propiedad privada halla su fundamento en el derecho natural, como complemento de la personalidad del sujeto». Más ampliamente, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. II., Madrid, 1863, pp. 55 y ss; DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, pp. 76 y 77.

- 21 CROCC, P., *Propriété et garantie*, cit. p. 65; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 32.
- 22 LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Trad. L. Ros., Madrid, 1969, pp. 100 y ss. *Idem.* *Dos ensayos...*, cit. pp. 300 y ss; POUGHON, J-M., *Que sais-je? Le Code Civil*, Paris, 1992, p. 50.
- 23 Los Fisiócratas sostenían que existía un orden general del universo establecido por la providencia divina y sometido a leyes universales e inalterables. Para estos autores, la única forma de superar la crisis económica era aumentar la riqueza, cosa que a su entender sólo podría lograrse mediante un incremento de la producción agrícola. Con esta finalidad, estimaban imprescindible el establecimiento de la libre disposición de bienes e intercambio de servicios. Los Fisiócratas consideraban la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado que quedaba plenamente sometido a la voluntad individual de su titular y fuera del alcance de la injerencia estatal, apoyando la reivindicación del absolutismo del propietario-explotador en nombre de la eficiencia económica. Para un análisis pormenorizado de las teorías dominicales fisiocráticas, *Vid.* PATAULT, A-M., *Introduction historique au Droit des biens*, París, 1989, pp. 144 y 145. Sobre el origen y los rasgos característicos del pensamiento fisiocrático TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, 1976, pp. 356 y ss. POUGHON, J-M., *Que sais-je?...* cit. pp. 49 a 52; COMPORI, M., «Ideología...», cit. p. 295. Estos últimos autores resaltan la influencia de LOCKE sobre el pensamiento fisiocrático. En la doctrina española, GARCÍA PELAYO, M., «La teoría social de la Fisiocracia», *Moneda y Crédito*, n.º 31, diciembre 1949. *Idem.* *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1987, p. 147; DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. pp. 123 y ss; SANTAMARIA ROJAS, A., «Riqueza y propiedad. Aspectos de la vida de un hombre rico», *Propiedad y matrimonio*, Barcelona, 1956, p. 155; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. pp. 20 y 21.

a todos los demás, no tiene sentido el plantearse la intervención del Estado como medio para la satisfacción de las necesidades individuales. En congruencia con ello, se sostiene que la actividad estatal ha de ser reducida al mínimo y, desde luego, todo intento de injerencia en las relaciones económicas y sociales entre los particulares debe resultar condenado de antemano²⁴.

La divulgación y expansión del pensamiento fisocrático, pronto convirtió en general la idea de que la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado. Mientras que la libertad individual aparece como ilimitada en principio, correlativamente, la potestad estatal de limitarla es aislada y excepcional. Dentro de este esquema, corresponde al Estado aparato una extensión mínima, en congruencia con la atribución de unas funciones muy limitadas²⁵, que obedecen a insuprimibles exigencias colectivas, como el mantenimiento del orden público, la aplicación de la ley, la defensa de los confines nacionales, las relaciones con el exterior, etc.²⁶. La mediación estatal sólo es admisible excepcionalmente en aquellos supuestos en los que sea imprescindible para corregir las disfuncionalidades que puedan surgir en un sistema autorregulado mediante leyes naturales emanadas de la recta razón²⁷. Las verdaderas transgresiones del Derecho son las únicas que reclaman la intervención de un poder distinto del que posee todo individuo, porque sólo lo que impida aquéllas beneficia realmente a la formación del hombre, mientras que cualquier otro esfuerzo por parte del Estado pone obstáculos a este camino²⁸. El fin del Estado debe ser el de mantener el orden establecido y la seguridad, entendiendo por ésta la certeza de la libertad concedida por la ley²⁹. De esta forma, se relega al Estado a un segundo término,

24 GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. I., Madrid, 1981, p. 37.

25 Tal y como señalaba PORTALIS en el Discurso de Presentación del Code Civil Francés de 1804: «governamos mal, cuando governamos demasiado [...]». *Vid.* PORTALIS, J. E. M., «Discours Préliminaire», cit. p. 82. No obstante, tal y como dice KEYNES, la misma frase había estado ya en boca del Marqués D'ARGENSON cuando afirmaba que «Para gobernar mejor, hay que gobernar menos». *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», en AA.VV., *Lecturas de historia económica*, Madrid, 1983, p. 309; ALPA, G.; BESSONE, M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. II. Storia, funzione sociale, pubblici interventi, Padova, 1980, p. 8; GLIOZZI, E., *Dalla proprietà...*, cit. p. 65 a 69.

26 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 37. Acerca de la actitud absentista del Estado liberal, *Vid.* HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Trad. P. Cruz Villalón, Madrid, 1986, p. 12.

27 MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres*. Vers. esp. A. Posada precedida de un estudio preliminar sobre «El Derecho y la cuestión social», Madrid, 1898, p. 266.

28 RITTER señala que «en el Siglo XIX se rechazó repetidamente el fomento del bienestar como un fin del Estado. Se veía en este fin una contraposición a las exigencias de autodeterminación individual, emancipación y libertad». *Vid.* RITTER, G., *El Estado Social, su origen y su desarrollo en una comparación internacional*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1991, p. 18.

29 HUMBOLT, W., *Los límites a la acción del Estado*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1988, p. 111; GALGANO, F., *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Trad. de C. Alborch y M. Broseta, Barcelona, 1990, p. 34; WIETHÖLTER, R.,

dejándolo reducido, según la formulación clásica de LASSALLE, a un simple «vigilante nocturno»³⁰. En las relaciones jurídico-privadas, y en concreto en el ejercicio del derecho de propiedad, el poder público estatal no comparece, y cuando raramente lo hace, se presenta más como guardián o protector del orden establecido que como uno de los protagonistas de las situaciones disciplinadas³¹. Por lo tanto, en el orden liberal, el Estado es un simple adjetivo de las relaciones sociales, cuya principal actividad es la inacción³². Se trata, lógicamente, de la vigencia del principio liberal del *Laissez faire, laissez passer, le monde va lui même*³³.

En conclusión, por aplicación de este principio, y todo lo que el mismo comporta, Estado y sociedad se muestran totalmente disociados. En el orden liberal, la sociedad aparece como sinónimo de pluralidad, como el ámbito de lo espontáneo y natural, donde se desarrolla el libre juego de las fuerzas individuales; mientras, el Estado se sitúa como una unidad dada que representa lo artificial y arbitrario³⁴. Ambos se colocan el uno frente al otro, sin relación alguna, como caminos que nunca llegan a cruzarse³⁵.

Este patente divorcio entre la sociedad (ámbito privado) y el Estado (ámbito público), proclamado por el orden liberal, produce el efecto de articular una contundente separación entre la ley común privada, constituida por los Códigos Civiles, y las Constituciones³⁶. Los Códigos se encargan de regular las relaciones jurídico-privadas bajo los presupuestos de la libertad y la autonomía privada *lato sensu* considerada. Se erigen, así, en la norma fundamen-

Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica, Trad. M. A. Extremoz, Madrid, 1991, p. 85; SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Trad. Fco. Ayala, Madrid, 1982, p. 141.

30 Vid. LASARTE, C., «El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, T. II., Madrid, 1990, p. 1120.

31 RODOTÁ, S., «Ipotesi sul Diritto Privato», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 12.

32 GARCÍA PELAYO, M., «La teoría social...», cit. p. 21 y ss; GLIOZZI, E., *Dalla proprietà...*, cit. p. 56.

33 Sobre el origen del dogma del *Laissez faire*, KEYNES, J. M., «El fin del laissez faire», cit. pp. 307 y ss.; GALGANO, F. «Gobierno de la economía y empresa pública», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, p. 160. *Idem. Instituciones de la economía...*, cit. p. 34.

34 KEANE, J., *Democracia y sociedad civil*, Ver. esp. A. Escohotado, Madrid, 1992, pp. 186 y 187.

35 HESSE, K., *Escritos...*, cit. p. 12; LUHMANN, N., *Teoría política del Estado de Bienestar*, Ver. esp. F. Vallespín, Madrid, 1987, p. 41. IRTI, N. *Società civile*, cit. pp. 2 y 3; *Idem. Dal Diritto Civile...*, cit. p. 9.

36 El punto de conexión existente entre los Códigos Civiles y las Constituciones liberales radica en la pretensión derivada de sus presupuestos racionales de recoger de una forma sistematizada y racional las normas vigentes fundamentales. *Vid.* GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional...*, cit. pp. 34 y ss.; *Idem. Escritos...*, cit. pp. 24 y ss.

tal y primaria de la sociedad, dentro del orden burgués³⁷. Por el contrario, el objetivo de las Constituciones decimonónicas es fijar los fines a los que ha de dirigirse la acción del Estado en su conjunto, así como los límites impuestos a su actividad³⁸. En este contexto, los Textos Fundamentales se limitan a regular el funcionamiento y organización de los poderes públicos, e igualmente las relaciones que se establecen entre los órganos mediante los cuales se ejerce la actividad pública o estatal³⁹. La Constitución liberal es, de este modo, la norma reguladora de la actividad del Estado y debe, como tal, circunscribirse al ámbito de la vida pública, e impedir que éste entre en competencia con los ciudadanos en la esfera privada. Consiguientemente, la vida privada queda fuera del campo de acción de las Constituciones decimonónicas. En ningún caso pretenden la normación de las relaciones jurídicas entre particulares⁴⁰. Siendo ello así, la única incidencia de las normas constitucionales sobre la vida de los particulares la representa la reglamentación de las posibles relaciones que nazcan entre los poderes públicos y los ciudadanos⁴¹. En este ámbito relacional (poderes públicos-ciudadanos), la finalidad que persigue la Constitución es la de garantizar plenamente la inviolabilidad e intangibilidad de los derechos individuales de la persona frente a la acción estatal⁴².

Desde esta perspectiva, ha de entenderse el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado. La Constitución liberal no atiende a las relaciones existentes entre propietarios individuales, sino que pretende única y exclusivamente proteger al individuo titular de un derecho de propiedad frente a los potenciales ataques que pudiesen provenir del Estado⁴³. Por esta razón, si bien es cierto que ya los primeros Textos Constitucionales liberales recogían instituciones de Derecho Privado, tales como la propiedad, no es menos cierto que no se preocupaban de regular las relaciones entre los particulares, sino de proteger a éstos frente a la acción del Estado⁴⁴. De esta manera, las Constituciones decimonónicas se eri-

37 De acuerdo con LÓPEZ Y LÓPEZ, («Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, p. 1165) «el Estado liberal confiaba el andamiaje jurídico de la sociedad civil al Derecho Privado, en rigor a los Códigos Civiles».

38 HUMBOLT, W., *Los límites...*, cit. p. 3.

39 FRANGI, M., *Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques*, París, 1992, p. 6.

40 LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1165.

41 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 22.; GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46.

42 FRANGI, M., *Constitution et Droit Privé...*, cit. p. 6.

43 SUAREZ, F., «Los derechos sociales en las Constituciones», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 203.

44 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46.

gen como un importante mecanismo que impide el despotismo político, ya que se dirigen a garantizar la libertad individual de los propietarios frente a las posibles lesiones que pudieran proceder del ejercicio de la actividad estatal⁴⁵. Consiguientemente, mediante su reconocimiento constitucional, la propiedad privada se convierte en una barrera frente a los poderes públicos, ya que marca una frontera que la acción estatal en ningún caso puede sobrepasar⁴⁶.

Esta finalidad garantista frente a la acción estatal se puede entender justificada si se tiene presente el contexto histórico en el que nacen las Constituciones liberales. Habiendo triunfado la Revolución de 1789, cuando se elaboran las primeras Declaraciones de derechos, el principal objetivo que se persigue es conseguir la articulación de instrumentos normativos que impidan el retorno a la situación de pleno sometimiento a los poderes políticos (nobles, señores, aristocracia, instituciones eclesiásticas) en la que se hallaban los propietarios individuales en el Antiguo Régimen. En esta dirección, el pensamiento liberal estimó que la vía más adecuada para la consecución del citado objetivo era el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado.

Desde este planteamiento de la doctrina liberal decimonónica, la norma suprema del Derecho Público es la Constitución; la del Derecho Privado, en cambio, son los Códigos Civiles. Si esto es así, podríamos colegir que, durante el Siglo XIX, está totalmente vigente la frase: «la codificación corresponde en el campo del Derecho Privado a lo que son las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público»⁴⁷.

1.2. La crisis del Estado liberal de Derecho

Ya desde mediados del Siglo XIX, comienza a ser patente que los objetivos considerados como trascendentales en la ideología liberal burguesa se muestran inalcanzables en la práctica. En su mayor parte se convierten, a la postre, en quiméricas utopías y retóricas declaraciones, fruto del eufórico espíritu revolucionario, que pretendía marcar una radical frontera diferenciadora con el Antiguo Régimen. Las Constituciones y las Declaraciones de Derechos aparecían como simples normas programáticas que, como tales,

45 Para SCHMITT (*Teoría de la Constitución*, cit. pp. 137 y ss.), la esencia de las Constituciones liberales radica en ser un límite frente a la acción estatal. Así, afirmaba que «la Revolución francesa condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente».

46 ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 77.

47 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 25; GLIOZZI, E. *Dalla proprietà...*, cit. p. 33; ROCA GUILLAMON, J., «Codificación y crisis del Derecho Civil», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, T. II., Madrid, 1990, p. 1760.

carecían de una auténtica eficacia y aplicación inmediata, porque adolecían de los mecanismos necesarios para ello. Como resultado de la misma causa, las normas constitucionales únicamente señalaban las directrices generales que precisaban el marco de actuación del legislador, pero que en ningún caso vinculaban, ni a él, ni a los órganos encargados de aplicar el Derecho⁴⁸. Las manifestaciones legales del orden liberal y la realidad de las mismas discurrían por caminos divergentes. Una cosa era lo que a nivel dogmático y formal declaraban las normas liberales y otra cosa, totalmente distinta, era el resultado de su aplicación práctica. Podemos afirmar, en definitiva, que frecuentemente la finalidad teórica perseguida por las disposiciones normativas liberales no alcanzaba verdadera realización. Se trataba quizás de puros ideales filosóficos que, aunque por circunstancias coyunturales se positivizaron en normas, difícilmente podrían tener aplicación efectiva.

La vigencia del dogma liberal del *Laissez faire* supuso un desarrollo irregular del capitalismo de tal calibre que produjo agudas crisis financieras y no menos importantes problemas sociales.

En el ámbito económico, la política liberal del «dejar hacer» provocó constantes crisis periódicas, derroche insustituible de recursos productivos, extremos de pobreza y riqueza, corrupción de la Administración por grupos de intereses dominantes y, a menudo, sustitución de la competencia autorreguladora por el monopolio⁴⁹. El principio del *Laissez faire* y la libertad plena en el ejercicio del derecho de propiedad, justificaron las conductas absentistas de los dueños de grandes extensiones de tierras fértiles que se mantenían sin cultivar ni explotar, con el subsiguiente importante descenso en la producción. Descenso que, a su vez, actuó como obstáculo al desarrollo económico y acabó por generar una aguda crisis financiera. La libertad y el «dejar hacer» trajo como consecuencia que cada individuo, inconscientemente mirando hacia sí mismo y despreocupándose de su entorno social, contribuyese a erigir un importante freno al desenvolvimiento económico y productivo de la colectividad.

La crisis económica en la que desemboca el sistema de mercado autorregulado propio del orden liberal ocasionó, igualmente, relevantes problemas sociales⁵⁰. El poder que surgía de las relaciones privadas de producción ori-

48 HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Trad. I. Gutiérrez, Madrid, 1995, p. 35.

49 Para un estudio desde el punto de vista económico de las negativas consecuencias del liberalismo, *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», cit. pp. 307 y ss.; SAMUELSON, P. A., «La función económica del Estado», en AA.VV., *Lecturas de Economía*, Madrid, 1981, p. 223; SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D., *Economía*, cit. p. 51; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. pp. 140 y 141; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Iniciativa privada y empresa», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 59.

50 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 161.

ginó, a medio y largo plazo, el sometimiento de las clases débiles a las dominantes; esto es, de aquellos que nada poseían a los detentadores del capital. El dominio sobre las cosas se transformaba así en autoridad sobre las personas que, dejada a la propia dialéctica, podía afectar más a los subordinados a ella que la autoridad misma del Estado⁵¹. Es así como la estructura social liberal refleja la dominación de los propietarios sobre los no propietarios⁵².

Con la industrialización y el sistema de producción en masa, se generó una demanda de mano de obra tal que suscitó intensos movimientos migratorios de población desde el ámbito rural hacia los núcleos urbanos. Pero, como las incipientes urbes no estaban preparadas para recibir a una ingente población trabajadora, ésta se vio forzada a vivir hacinada en los suburbios de las ciudades, en condiciones infrahumanas y degradantes⁵³. Esta angustiada realidad de las clases obreras se vio agravada por las circunstancias en las que se debía prestar la actividad laboral. Las larguísimas, duras e intensas jornadas laborales habían sumido en una de las peores esclavitudes no sólo a los hombres maduros, sino también a mujeres y niños. Además, la total falta de seguridad convertía la prestación del trabajo en un constante riesgo para la integridad física, que no se veía contrarrestado mediante ningún mecanismo compensatorio del daño surgido en los tan frecuentes accidentes.

Ante tal situación de crisis económica y social, deviene inevitable preguntarse acerca del verdadero resultado práctico de aquellas declaraciones formales que el orden liberal defendía como fundamentales, y que, como habíamos visto, eran la libertad, la igualdad, la fraternidad, la propiedad absoluta y la plena autonomía privada.

El ideal de la igualdad se tradujo en la más profunda de las desigualdades. Uno de los principales errores del liberalismo fue pretender individuos formalmente iguales ante el Derecho formal⁵⁴. La ley liberal nacía con una vocación de generalidad que aconsejaba hacer total abstracción de las diferencias de hecho o reales que pudiesen tener relevancia jurídica⁵⁵, ignorando

51 GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución», en AA.VV., M. Ramírez (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 34; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 143.

52 VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, Trad. E. Tierno Galván, Madrid, 1981, p. 40.

53 COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 304.

54 HELLER, H., «El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales», *Escritos políticos*, Trad. S. Gómez de Arceche, Madrid, 1985, p. 269.

55 Respecto la generalidad de la ley en el Estado de Derecho liberal, en tanto que parificación jurídica-formal de los ciudadanos, véanse, entre otros: FORSTHOFF, E., «Concepto y esencia del Estado Social de Derecho», AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, p. 87; GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984, p. 50; COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid, 1989, p. 28. DIEZ-PICAZO, L., «Constitución, Ley y Juez», *REDC*, n.º 15, sept-dic. 1985, pp. 9 y 10.

que «ejercitar la justicia imponiendo o aplicando el Derecho, significa tratar como igual al igual y como diverso lo diverso»⁵⁶. El equívoco radicaba, pues, en pretender hacer iguales a quienes no lo eran, porque la igualdad no consiste en dar a todos el mismo trato, sino en dar a cada uno el trato que le corresponde. De este modo, el fallo del orden liberal fue quizás aspirar a la parificación jurídica de individuos desiguales, intentando hacer formalmente iguales a quienes en realidad no lo eran⁵⁷. De nada servía que los ciudadanos fuesen formalmente iguales ante el Derecho y en el Derecho, si en realidad no eran iguales en derechos, en posibilidades de participación, etc.⁵⁸.

La parificación formal, pretendida por el orden liberal, propició la desigualdad real de las fortunas de hecho⁵⁹. La inadecuada distribución de la riqueza contribuyó a que unos pocos acumulasen grandes patrimonios, mientras que otros muchos ni siquiera poseían lo necesario para mantener una existencia en dignas condiciones. Este dato permitió constatar que la igualdad formal de posiciones jurídicas defendida por el liberalismo burgués no garantizaba la igualdad sustancial en la distribución de los bienes⁶⁰. Con la igualdad formal el rico se había enriquecido más y el pobre se había depauperado más aún si cabe⁶¹. La desigualdad había aumentado. La concentración capitalista, el industrialismo y otras causas económicas contribuyeron a acrecentarla, creando una clase de privilegiados que adquirieron individualmente una mayor suma de derechos efectivos, sin que la ley hubiese creado obligaciones correlativas. La falta de igualdad real se dejaba sentir con ímpetu en el mundo laboral. La equiparación formal encubría grandes desigualdades sustanciales que se ponían de manifiesto en el momento en que el trabajador debía vender «la fuerza de su trabajo». El hecho de que ambas partes se encontrasen en una posición de igualdad formal a la hora de contratar, no significaba que estuviesen en iguales condiciones para imponer sus intereses en la relación contractual laboral⁶².

La ausencia de igualdad material provocó, a su vez, que la tan reiteradamente proclamada libertad, tampoco lograra efectiva realización práctica. Por el contrario, los intentos de consecución de la libertad habían llevado,

56 RAISER, L., *Il compito del Diritto Privato*. Milano 1990, p. 11; RESCIGNO, P., *Persona e comunità*, Saggi di Diritto Privato, T. I., Padova, 1991, p. 351 y ss.

57 LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. p. 9.

58 WIETHÖLTER, R., *Las formulas...*, cit. p. 87.

59 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 263; GROSSI, P., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Trad López y López, Madrid, 1992, pp. 131 y 132; COMPORTE, M., «Ideología...», cit. p. 304.

60 RAISER, L., *Il compito...*, cit. p. 14.

61 FUENMAYOR, A. D., «La propiedad privada...», cit. p. 614.

62 Más ampliamente sobre lo que se denomina «materialización en las relaciones contractuales laborales», ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura...», cit. p. 156.

lejos de su afirmación, a su negación. El orden liberal consideraba que la única fuente o foco de poder lo representaba la autoridad política estatal⁶³. Esta creencia llevó quizás a configurar el principio fundamental de la libertad en su faceta meramente negativa, como derecho de resistencia frente al Estado y, en definitiva, como la emancipación de los vínculos represivos y la discrecionalidad política que había caracterizado al Estado durante el Antiguo Régimen⁶⁴. Sin embargo, la práctica demostró la existencia de grupos formados por sujetos privados, de los que emanaba un poder que estaba en condiciones de rivalizar con aquél que surgía del aparato político estatal⁶⁵. Se producía así, a nivel fáctico, una traslación del poder del Estado hacia los grupos, en la medida en que éstos podrían ejercer, de hecho, una autoridad de igual o incluso mayor grado que la proveniente de la organización estatal.

Esta dramática coyuntura, provocada por las profundas desigualdades y por la falta de libertad, favorece, a mediados del Siglo XIX, el surgimiento de una nueva clase que pasa a desempeñar el papel de antagonista de la burguesía. Fue la clase obrera la que, desde la propia experiencia histórica, será inducida a descubrir en las relaciones privadas de producción, más allá de los aparatos formales del Estado, la fuente real de poder⁶⁶. Los trabajadores poco a poco se van percatando de que son un importante coeficiente de riqueza y de la propiedad misma y, en consecuencia, comienzan a exigir una transformación de su naturaleza que cristaliza en toda una serie de reivindicaciones⁶⁷ sobre la regulación de los máximos y mínimos laborales, la reducción de la jornada de trabajo, el auxilio a los parados, la educación, la seguridad e higiene en el trabajo, etc.⁶⁸, generando el fenómeno al que mayoritariamente la doctrina se ha referido con la denominación de «cues-

63 GALGANO, F., *Il Diritto privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Privato*, cit. pp. 46 y 47.

64 Sobre la configuración de la libertad como un derecho negativo de resistencia frente a la acción estatal, *Vid.* ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 77; WIETHÖLTER, R., *Las fórmulas...*, cit. p. 88; LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. pp. 10, 11, 262 y 263; MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 258 y 259.

65 GALGANO, F., *Il Diritto privato...*, cit. p. 58; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 82.

66 GALGANO, F., *Diritto Civile...*, cit. p. 82; *Idem. Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/1; *Diritto Privato*, cit. p. 47.

67 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 525; MARQUES y SEGARRA, M., *El nuevo derecho de propiedad individual*. Anales de la Universidad de Valencia, año XIV, cuaderno 107, Valencia 1933, pp. 80 y ss.

68 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123; *Idem.* «Significado...», cit. p. 34. RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución como norma jurídica*, Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor, p. 45 del original mecanografiado; SALDANHA, N., «O pensamento constitucional e a teoría política no século XIX», en AA.VV., *Libro homenaje a M. García Pelayo*, T. I., Caracas, 1980, p. 17; COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social...*, cit. p. 32.

ción social»⁶⁹, la cual no fue algo exclusivo de los núcleos urbanos. También se puede hablar, aunque en menor medida, de una «cuestión social agraria», porque, en el ámbito rural, la desamortización había fracasado, haciendo más ricos a los que ya lo eran, toda vez que los pobres no habían podido adquirir las tierras puestas a la venta mediante subasta pública⁷⁰. El fracaso desamortizador y el nada equilibrado reparto de la propiedad de las tierras derivado del mismo, dieron lugar a injustas condiciones de los contratos agrarios y de los de trabajo, porque los propietarios abusaron de su privilegiada posición económica-social, al utilizar su poder jurídico para someter a su voluntad a los arrendatarios y trabajadores agrícolas del campo⁷¹.

Todo este proceso reivindicativo, que se desarrolla tanto en la ciudad como en el medio rural, va a tener su punto álgido en los movimientos proletarios franceses de 1848, en donde por vez primera se escucha la voz «Vive la République démocratique et social!»⁷². Esta exclamación demostraba que se trataba de exigencias sociales que iban dirigidas, en su mayoría, al Estado, para que corrigiese las desigualdades fácticas derivadas de las relaciones de producción, a la vez que se le solicitaban mayores posibilidades de participación en la organización política y económica. Finalmente, las reivindicaciones sociales se transformaron en políticas, desde el momento en que, al reconocerse el sufragio universal, las clases obreras y trabajadoras acceden al derecho de voto⁷³.

El conjunto de acontecimientos socio-políticos y económicos ahora descritos, pone de relieve la necesidad de replantearse las teorías liberales en torno a la sociedad, el Estado y sus relaciones recíprocas.

La armonía social pretendida por el orden liberal, difícilmente podía ser alcanzada de una manera espontánea. El libre juego de los intereses individuales no trajo como resultado el interés social de la colectividad, sino que, por el contrario, favoreció la formación de pretensiones egoístas que abocaron a la confrontación social. La estructura social, lejos de ser el marco donde se armonizarían los intereses individuales transformándose en generales, se erigió en el foro de los más profundos egoísmos individualistas, subvirtiendo el reino de la libertad para aparecer ahora como el reino de la

69 MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 5 y ss.; COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 304; VANOSI, J. R., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1987, p. 356.

70 DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad...*, cit. p. 91; BALLARIN MARCIAL, A., «Del Derecho Agrario al Derecho agroalimentario», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Lacruz*, vol. I., Barcelona, 1992, pp. 157 y 158.

71 BALLARIN MARCIAL, A., «Del Derecho Agrario...», cit. p. 159.

72 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 31; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 57.

73 LUHMANN, N., *Teoría política...*, cit. p. 37.

necesidad⁷⁴. De este modo, la imagen de la sociedad como orden autónomo, intangible y sacrosanto, en donde se conjugaban los distintos intereses individuales, resulta sustituida por una visión Hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables⁷⁵. Por esta y otras razones, la corrección de las graves disfuncionalidades sociales y la procura de la efectiva realización del interés general de la comunidad se convierten en las metas fundamentales a conseguir por las incipientes estructuras jurídico-políticas que surgen a principios del Siglo XX como respuesta al fracaso de los presupuestos liberales individualistas en el ámbito social.

La regla de la «perfecta concurrencia», que prescribía que el individuo actuando en su propia ventaja generaría el beneficio general de la comunidad, debía ser invertida en su sentido, interpretándola de la siguiente manera: el individuo actuando en la consecución del interés general de la comunidad obtendrá, a consecuencia de ello, su propio beneficio⁷⁶. Se trata de procurar que ya no sea la comunidad para el individuo, sino el individuo para la comunidad⁷⁷. Para conseguir la inversión de la mentada regla, el Estado ha de dejar de permanecer inactivo como un mero guardián nocturno o protector y ha de asumir un papel de protagonista activo en las relaciones sociales. En este sentido, LASSALLE, quien de manera convencida había caracterizado al Estado como un «vigilante nocturno», cambia de posición, y tras repudiar la vieja idea burguesa del Estado simple celador de seguridad y propiedades, pasa a reivindicar, como su verdadera naturaleza moral, la función de creación de las condiciones sociales suficientes para hacer efectiva la libertad del ser humano⁷⁸. Se piensa ahora que la auténtica naturaleza del Estado no consiste en asumir un comportamiento absentista permaneciendo inactivo, sino que ha de participar activamente, como un sujeto más integrante del entramado social. La finalidad que ha de perseguir la intervención del Estado es la consecución de una mayor equidad en las relaciones sociales, especialmente en las derivadas del ejercicio de la propiedad privada, para alcanzar así la corrección de las desigualdades fácticas y la eliminación de los desequilibrios sociales a los que había llevado el liberalismo a ultranza.

74 Es la pesimista visión Hegeliana de la sociedad recogida por GARCÍA PELAYO en *Escritos...*, cit. p. 128.

75 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...» cit. p. 123; *Idem*. «Significado...», cit. p. 34. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid 1988, p. 60.

76 El eslogan de MANDEVILLE *private vice, public benefits* se ha transformado en *public benefits, private vice*. ORESTANO, R., «Teoria e storia dei diritti soggettivi», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 106.

77 Vid. IHERING, R. V., *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, p. 47; CONSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 269; NATOLI, U., «*Diritto soggettivo*», Milano, 1943, p. 1; ORESTANO, R., «Teoria e storia...», cit. p. 106.

78 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 32.

Con este objetivo, el Estado debe asumir la competencia de garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos y, en particular, la de aquellos que habían caído en una situación de necesidad social⁷⁹, asegurando al individuo la satisfacción de necesidades mínimas que le permitan vivir en dignas condiciones de existencia⁸⁰. El Estado inicia así una labor prestacional⁸¹ que permite al ciudadano alcanzar una serie de metas y objetivos que aisladamente nunca podría lograr. El desarrollo de esta función prestacional lleva paulatinamente a considerar que el Estado ya no es un «molesto compañero» cuya actuación hay que evitar, sino un «amigo desinteresado» cuya actividad se convierte en imprescindible para lograr la efectiva y material realización de los derechos individuales⁸², los cuales, por esta razón, dejan de ser meros derechos de resistencia frente a la acción estatal, para dar pie, precisamente, a esta acción que se configura ahora como un presupuesto fundamental para su plena efectividad. Esto comporta que el individuo ya no tiene solamente derechos al margen o ante el Estado, sino que la nueva concepción de los derechos individuales desemboca en pretensiones ejercitables en el Estado o dentro del Estado⁸³.

Se produce, en definitiva, una socialización del Estado a la que acompaña una correlativa estatalización o politización de la sociedad⁸⁴. La sociedad comienza a necesitar del Estado, a la vez que éste toma conciencia de la creciente participación, influencia y repercusión de la estructura social en sí mismo. El individuo empieza a buscar en el Estado aquello que no encuentra en la sociedad, generando una «politización» de las sociedades modernas en cuanto que apenas hay problemática o reivindicación que no se convierta

79 ABENDROTH, W., «El Estado de Derecho Democrático y Social», en AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, p. 29.

80 FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado Social», en AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, pp. 48 y 49.

81 Esta nueva función que ha de ser asumida por el Estado, lleva a SCHNEIDER a calificarlo como «Estado Prestatario» (*Leistungstat*), ya que las tareas de éste ya no se agotan en su papel protector, preservador, regulador y sólo ocasionalmente interventor, sino que van progresivamente insistiendo en una activa prestación de servicios y distribución de bienes. *Vid.* SCHNEIDER, H. P., «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», Trad. J. Abellán, en *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 144. En el mismo sentido, IRTI (*Società Civile*, cit. p. 169) reconoce la labor prestacional que al aparato estatal le corresponde desempeñar bajo el actual Estado Social, cuando afirma que «mientras que el Estado de Derecho garantiza la libertad mediante limitaciones de la propia esfera, el Estado Social garantiza las pretensiones de los particulares mediante prestaciones positivas».

82 MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. p. 266.

83 FORSTHOFF, E., «Problemas...», cit. p. 50; *Idem. El Estado...*, cit. pp. 250 a 252; VANOSI, J. R. *El Estado...*, cit. p. 358.

84 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123. BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. pp. 78 y 79.

inmediatamente en demanda al Estado y produzca una intervención política⁸⁵. La realización del interés general de la comunidad social se convierte ahora en uno de los principios fundamentales que ha de regir la actuación del Estado. De este modo, la sociedad, que durante el Siglo XIX constituye un mero dato condicionante de la actividad administrativa, se transforma, con la crisis del sistema burgués, de dato en mandato para la Administración⁸⁶. En este sentido, hablamos de una socialización del Estado. La sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de las voluntades individuales, para convertirse en lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones, en el que protagonismo del individuo, correspondiente al Antiguo Orden, desaparece paulatinamente, siendo sustituido por una potenciación definitiva del Estado como medio idóneo para la solución de los problemas que el libre juego de la competencia social se muestra incapaz de resolver⁸⁷.

Para corregir las negativas consecuencias a las que condujeron los presupuestos del liberalismo individualista no era suficiente con que la intervención estatal se proyectase únicamente en el ámbito social, sino que además era necesario que ésta también actuase en el seno de las relaciones y procesos económico-productivos⁸⁸. La práctica había evidenciado que la política económica del viejo individualismo carecía ya de sentido. La crisis económica a la que llevó el sistema de mercado autorregulado, puso de relieve la ineptitud del capital para regirse por sí mismo. La mano invisible había sido incapaz de convertir los beneficios individuales en públicos⁸⁹. La consecución del provecho individual no produjo, mediante la perfecta concurrencia, el bien general de la comunidad, sino que, por el contrario, favoreció el interés egoísta de la acumulación. El sistema liberal había colocado en una situación de «estado de necesidad» a la economía capitalista, ya que se mostraba incapaz de autogobernarse según los mecanismos de mercado⁹⁰. Por lo tanto, el propio desarrollo del capitalismo advirtió sobre la imposibilidad de prolongar los esquemas económicos del liberalismo individualista y reveló la necesidad de acudir a una «dirección consciente» de la economía que, mediante la introducción de los oportunos correctivos de intervencionismo público en sentido comunitario⁹¹, mantuviese el sistema en funcionamiento como un

85 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123.

86 FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. pp. 77 y 78; *Idem. El Estado...*, cit. pp. 31 y 32.

87 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123.

88 BARCELONA, P.; CANTARO, A., «El Estado Social entre crisis y reestructuración», en AA.VV., *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, pp. 56 y 57.

89 DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica Española*, Madrid, 1984, p. 73.

90 GALGANO, F., «Gobierno...», cit. p. 161; *Idem. Il Diritto Privato...*, cit. p. 129; *Las instituciones...*, cit. p. 49.

91 COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 311; GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 40.

«capitalismo razonable», conducente a un desarrollo económico equilibrado y acorde con el progreso civil y social⁹². Todo aconsejaba que la acción de la mano invisible fuese sustituida por la dirección de la mano pública⁹³.

En este sentido, empezó a tomar cuerpo el enfoque de los fallos del mercado, consistente en la creencia de que éste no garantiza la asignación suficiente y la adecuada distribución de los recursos. Se defendió teóricamente la intervención estatal para corregir dichos fallos, y se acometió una profunda reestructuración, terminando así con la idea abstencionista del Estado liberal⁹⁴. Se estima, pues, que el Estado ha de asumir un nuevo papel en relación con los procesos económicos-productivos. El poder estatal ya no ha de fijar sólo el marco jurídico-formal en el que se desarrolla la actividad económica, sino que, por el contrario, ha de hacer suya la tarea de intervenir activamente y participar en el ámbito económico. En suma, al Estado le compete ahora la función de disciplinar y organizar «el orden económico desordenado» mediante su intervención, actuando como guía que dirige su desarrollo⁹⁵. Es precisamente en este sentido de organización y dirección general, como ha de ser correctamente valorada la intervención estatal, ya que en ningún caso se pretende una total colectivización de la economía. Por el contrario, se aboga por una tesis mixta en la que la propiedad privada y la iniciativa económica individual deben ser mantenidas, pero ahora dirigidas, coordinadas y limitadas por el Estado a fines de interés general⁹⁶.

92 ROJO, L. A., «Interdependencia y Desarrollo», en AA.VV., *Lecturas de historia económica*, Madrid, 1983, p. 407. GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 129; *Idem*. «Gobierno...», cit. p. 161; LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. p. 272.

93 GALGANO, F., *Las instituciones...*, cit. pp. 38 y ss.; *Idem*. «Gobierno...», cit. p. 160; *Il Diritto Privato...*, cit. p. 129.

94 *Vid.* CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, T. II., vol. II., Situaciones jurídico reales, Trad y notas de M. Zorrilla, Barcelona, 1965, p. 150. ULRICH, K. P., «El concepto de los derechos y el Estado de Bienestar», en AA.VV., *Problemas de legitimación en el Estado Social*, E. Olivas (dir), Madrid, 1991, p. 68; BARCELONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. pp. 56 y 57; GARCÍA COTARELO, R., «Crisis y reformulación del Estado de Bienestar», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, pp. 20, 21 y 22. GONZÁLEZ TEMPRANO, A.; TORRES VILLANUEVA, E., *El Estado del Bienestar en los países de la OCDE*, Madrid, 1992, p. 27.

95 Esta nueva faceta del Estado, ha sido recalcada, de manera muy expresiva, por DIEZ-PICAZO («Constitución, Ley y Juez», cit. p. 11) cuando lo califica como «el director de la orquesta económica». De igual modo, HEDEMANN ha caracterizado al Estado del Siglo XX como un rector de la economía, al precisar que «en todos los pueblos de Europa el Estado se sitúa hoy, próximos a la mitad del Siglo XX, en una posición respecto la economía totalmente distinta de aquélla que mantuviera en el Siglo XIX. El Estado rige la economía. No solamente tiene súbditos personales, humanos, sino que también le está sometida la economía en su conjunto». *Vid.* HEDEMANN, J. W., «El Derecho Económico», *RDP*, XXVII, 1943, p. 281.

96 Se trata de la «teoría mixta» de la economía que fervientemente defendiera KEYNES en el período de entreguerras. *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», cit. pp. 319 y ss.; DIAZ DE LA GUARDIA, C., «La revolución keynesiana», en AA.VV., *Lecturas de Historia Económica*, Madrid, 1983, pp. 255 y ss.; COMPORTE, M., «Ideología...», cit. p. 311.

Como consecuencia de esta creciente intervención estatal en el ámbito económico y social, podemos concluir que, a comienzos del Siglo XX, la dicotomía Estado-sociedad, postulada por el orden liberal, se muestra totalmente superada⁹⁷. A partir de este momento, uno y otro aparecen como una realidad inescindible. Esta nueva forma de concebir la relación sociedad-Estado, y el papel que cada uno de ellos asume en la misma, supone que la actuación del aparato estatal ya no puede configurarse como meramente excepcional para situaciones puntuales en las que surja una disfunción del sistema autorregulado. La excepción se ha transformado en regla, pues la intervención estatal se ve ahora como un adecuado instrumento para la consecución de las necesidades económicas y sociales de la entera colectividad.

Ahora bien, la intensa mutación operada en la concepción de las relaciones sociedad-Estado no implica que este último pueda intervenir libremente. El poder estatal ha de seguir estando sujeto a la ley, pero ésta debe permitir, a su vez, que aquél actúe impulsando a la sociedad en su desarrollo. La nueva realidad no supone en absoluto cuestionarse el mantenimiento del Estado de Derecho, sino únicamente dotar a éste de un contenido económico y social⁹⁸, porque la finalidad garantista y protectora de este modelo de Estado no ha desaparecido. Lo que sucede es que el Estado de Derecho ha de aportar ahora el conjunto de sus medios para la realización de objetivos de intenso sentido social. Aunque es cierto que no se reniega del principio de legalidad, no es menos cierto que éste varía en su contenido, ya que asume un agudo compromiso social. La ley ha de contribuir a crear las condiciones necesarias que hagan posible un fortalecimiento de la sociedad y de sus miembros, con especial atención a sus sectores más necesitados⁹⁹. Se trata simplemente de operar un cambio en la concepción de la ley, la cual ya no puede ser vista como medio que garantice el libre desenvolvimiento de la existencia burguesa¹⁰⁰. Por el contrario, la acción legislativa ha de procurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad en su conjunto, sin primar o favorecer a ninguna clase social específica.

97 Al fin de la dicotomía Estado-Sociedad se ha referido FORSTHOFF (*El Estado...*, cit. pp. 27 y 31), cuando afirma que «la separación Estado-Sociedad empieza y acaba con las Constituciones jurídicas liberales».

98 HELLER, H., «¿Estado de Derecho o dictadura?», *Escritos políticos*, Trad. S. Gómez Arceche, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.; GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1982, p. 17.

99 VANOSSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 357.

100 VILAS NOGUEIRA, J., «Los valores superiores del ordenamiento jurídico», *REDC*, n.º 12, septiembre-diciembre 1984, pp. 89 y 90.

II. El proceso de constitucionalización de las relaciones jurídico privadas. La Constitución alemana de Weimar

Las reivindicaciones de carácter social planteadas desde las agitadas jornadas parisinas de 1848, comienzan a tener respuesta en toda una gama de leyes especiales que ven la luz a finales del Siglo XIX¹⁰¹ y, posteriormente, encuentran acomodo en los textos constitucionales que se promulgan desde la segunda década del Siglo XX. Así, la Constitución alemana de 1919, asume seriamente la pretensión de crear un orden jurídico, económico y social justo¹⁰², dando cabida a todo un conjunto de nuevos principios que, por primera vez en la historia del constitucionalismo, entrañan la recepción en un texto constitucional de la ideología socialdemócrata y el inicio del surgimiento del Estado social, como punto intermedio entre el capitalismo y el socialismo¹⁰³. En este ambiente, la citada Norma Fundamental nace presidida por un profundo espíritu socializante que supone, de una parte, la integración de un gran número de cláusulas económicas y sociales dirigidas a regular los procesos productivos, la actividad prestacional del Estado y su intervención en la economía, pero que, por otra parte, también comporta la incorporación, junto a los clásicos derechos individuales, de una nueva categoría de derechos denominados económico-sociales, a la vez que se juridifica a nivel constitucional la propiedad y otras instituciones privadas. Ante esta última afirmación referente al dominio, nos podríamos preguntar en qué lugar se encuentra el aspecto novedoso de corte socializante, pues, como es generalmente conocido, la propiedad privada aparece ya reconocida y garan-

101 ABENDROTH, W., «El Estado...», cit. p. 29; GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. pp. 37 y 38. GARCIA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 19.

102 ALPA, G.; BESSONE, M., *Poteri dei private...*, cit. p. 96.

103 En sentido estricto, podemos decir que la primera vez que se reciben a nivel constitucional los derechos económicos y sociales fue en la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917. No obstante, aunque este texto constitucional gozaba de un marcado sentido social, la doctrina mayoritaria ha creído ver en la Constitución alemana de 1919 una mayor trascendencia en orden a la constitucionalización del Derecho Privado y el subsiguiente nacimiento del Estado Social. De este modo, los estudios que se refieren al análisis de los derechos sociales en las Constituciones, al nacimiento del Estado Social e indirectamente (muy escasos) a la constitucionalización del Derecho Privado, normalmente resaltan la capital relevancia de la Constitución de Weimar en este proceso, mientras que sólo por alusiones se refieren a la Constitución Mexicana de Querétaro. Algunas indicaciones sobre el contenido social de la Constitución de Querétaro nos las facilita SUAREZ, F., «Los derechos sociales...», cit. pp. 205 y ss. En un marco de mayor generalidad, y sobre el trascendente cambio que supone la Constitución de Weimar, *Vid.* HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. pp. 169 y ss. ABENDROTH, W. «El Estado...», cit. pp. 117 y ss. FORSTHOFF, E., «Problemas...», cit. pp. 49, 50 y ss.; *Idem.* «Concepto...», cit. pp. 75 y ss. HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Trad. G. Hernández, Barcelona, 1987, pp. 123 y ss. RAISER, L., *Il compito...*, cit. pp. 169 y ss.

tizada como tal en las primeras Declaraciones de Derechos y Constituciones del orden liberal¹⁰⁴. Para dar respuesta a este interrogante, quizás resulte conveniente acudir al estudio de las circunstancias en las que se desarrolló el proceso constituyente en la República de Weimar.

La Constitución alemana de 1919 surge de múltiples transacciones entre los divergentes puntos de vista presentes en la Asamblea Constituyente¹⁰⁵, en cuyo seno, además de fuerzas políticas de tendencia demoliberal que pretendían el mantenimiento de una economía capitalista basada en la propiedad privada de los medios de producción y en el sistema de mercado, existían también (como efecto del reconocimiento del sufragio universal, que permitió ejercer el derecho al voto a las masas obreras y trabajadoras)¹⁰⁶ otras fuerzas políticas que postulaban la instauración de un régimen económico socialista, mediante la abolición de la propiedad privada y la colectivización de los medios de producción. Debido a motivos tales como la creciente conflictividad y la situación de paro masivo, agravadas por la Primera Guerra, la ideología socialista aumentó en muchos enteros su fuerza y poder efectivos. Ante el reforzamiento de los sectores socialistas y, por lo tanto, ante el temor de que la experiencia de la Revolución Bolchevique se repitiese en Alemania, la burguesía demoliberal, presente en la Asamblea constituyente weimariana, se vio obligada a retroceder en sus posiciones iniciales para intentar la integración y estabilización del disenso obrero.

De esta forma, la Constitución de Weimar nace sobre la base de lo que la doctrina ha denominado «compromiso socialdemócrata»¹⁰⁷, en orden al cual el movimiento obrero renuncia a poner en cuestión el estado de las relaciones de producción, la propiedad privada y el control privado del proceso de acumulación, a cambio de la garantía consistente en que el Estado intervenga en el proceso redistributivo, para asegurar condiciones de vida más igualitarias, para garantizar la seguridad y el bienestar, bien mediante la puesta en marcha de servicios, bien por medio de medidas de asistencia y también a través de la defensa de la ocupación. Por lo tanto, el Estado debe hacerse cargo del problema de la distribución más equitativa de la riqueza y

104 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. p. 48.

105 HATTENHAUER, H., *Conceptos...*, cit. pp. 123 y ss.; VANOSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 355.

106 BARCELLONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social», pp. 34 y 35; PREUSS, U. K., «El concepto de derechos y el Estado de Bienestar», p. 67. Ambos en AA.VV., *Problemas de legitimación en el Estado Social*. E. Olivas (dir.), Madrid, 1991; GARCÍA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 26.

107 Se han referido a la idea del compromiso socialdemócrata, entre otros autores: DARHENDORF, R., *Oportunidades vitales*, Madrid, 1983, pp. 145 y ss.; HATTENHAUER, H., *Conceptos...*, cit. p. 123; BARCELLONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. p. 57; BARCELLONA, P., «Los sujetos...», cit. pp. 33 y 34; VANOSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 355. GARCÍA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 24.

el pleno empleo¹⁰⁸. Se pretende compaginar la existencia del mercado, con una regulación del mismo que posibilite la articulación de políticas redistributivas en favor de los sectores sociales menos favorecidos.

En este contexto de compromiso y consenso, se obtiene la redacción definitiva del art. 153 de la Constitución de Weimar, que prescribe: «La propiedad será garantizada por la Constitución. Su contenido y límites se deducen de las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamento de Derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la vía legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder, municipios, y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad». Del tenor literal del citado precepto, parece deducirse que la propiedad deja de ser concebida como un derecho natural, inviolable, sagrado y de mera resistencia frente a la acción gubernamental, para quedar su ejercicio ligado (por obligaciones jurídicas) inescindiblemente al bien de la comunidad¹⁰⁹. Ligazón que legitima la imposición, en vía legislativa, de límites que, lejos de ser considerados excepcionales, se encuadran dentro de la normalidad. De esta manera, la Constitución alemana de 1919 pretende la consecución, en el ejercicio del derecho de propiedad, de un delicado equilibrio entre el interés individual y el bien social de la comunidad. Equilibrio que se pone de manifiesto cuando observamos que, por un lado, la Constitución garantiza el derecho de propiedad («La propiedad será garantizada por la Constitución»), pero, por otro lado, se habilita a la ley para que limite y module su contenido; eso sí, siempre con base en la realización del bien de la comunidad («su contenido y límites se deducirán de las leyes [...]. Su uso debe servir al bien de la comunidad”).

Consiguientemente, la vital trascendencia de la Constitución del Reich, por la que en un principio nos interrogábamos, estriba en operar una radical transformación en la configuración jurídico-constitucional de la propiedad privada que había asumido el orden liberal. Ahora, se juridifican a nivel constitucional, no sólo las relaciones jurídico-públicas que se entablan entre el Estado y los individuos a él sometidos, sino también las relaciones de los ciudadanos privados entre sí, hallándose, de este modo, en la Constitución una adecuada respuesta al despotismo económico de los particulares. Es así como por vez primera se produce en Weimar la constitucionalización del Derecho Privado.

108 BARCELLONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. p. 57; BARCELLONA, P. «Los sujetos...», cit. pp. 33 y 34.

109 HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. p. 272.

Sin embargo, la experiencia práctica demostró que en Weimar fue más la ilusión que la realidad. La Constitución alemana de 1919 había aparecido en un momento de máximo poder socialista. Empero, cuando éste decayó, tras las primeras elecciones generales de 1920, las declaraciones de contenido social recogidas en la Carta se convirtieron en meros programas políticos faltos de auténtica eficacia y aplicación efectiva¹¹⁰. Paradójicamente, fue el compromiso en el que se asentó la Constitución de Weimar el que la privó de auténtica fuerza reformadora¹¹¹, al impedir la articulación de los mecanismos suficientes para garantizar y hacer efectivo el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, programados en la misma. Sería preciso esperar a la Ley Fundamental de Bonn para que los principios económicos y sociales, que, en un primer momento, se recogen en Weimar tengan total efectividad, porque es entonces cuando la ideología socialdemócrata se asienta y el Estado social pasa a ser una realidad consolidada¹¹². A diferencia de Weimar,

110 Sobre este punto estima ABENDROTH («El Estado...», cit. p. 19.) que, a partir de la Revuelta de Kapp y las posteriores elecciones generales de 1920, «quedó claro lo que en realidad antes había sido ya decidido, a saber, que la República de Weimar, en contra del texto constitucional seguiría siendo una República liberal. [...] La jurisprudencia de la República de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la Constitución, al afirmar que se trataban de fórmulas programáticas que carecían de significación concreta y no tenían carácter vinculante para el legislador del Reich». Refiriéndose a la Sección V de la Constitución de Weimar, en la que bajo el título «De la Economía» se contenían los derechos económicos y sociales, comenta HELLER («El Derecho constitucional...», cit. p. 271) que en esa Sección «la Constitución contiene, en mayor medida que las precedentes, una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar». Para HESSE (*Derecho Constitucional...*, cit. p. 49) «tales preceptos (alude principalmente a los contenidos en la citada Sección V) no fueron entendidos como directamente vinculantes, sino como principios programáticos; debían resultar decisivos cuando se produjera una regulación legal de la materia, pero no fundaban ningún derecho subjetivo». En la misma dirección se manifiesta FORSTHOFF («Concepto...», cit. pp. 76 y 77.) cuando señala que «las normas de contenido social hubieron de ser relegadas en buena parte, por así decirlo, en la antesala del Derecho Constitucional establecido», a lo que añade «la caracterización de las cláusulas sociales de la Constitución de Weimar como un conglomerado de programas de partido se encuentra igualmente en las críticas a las promesas sociales del Preámbulo». En concreto y acerca del valor meramente programático de las declaraciones contenidas en el art. 153 de la Constitución de Weimar y que afectaban al derecho de propiedad, *Vid.* COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, p. 211.

111 RAISER, L., *Il compito...*, cit. pp. 172 y 173; SALVIOLI, G., *El Derecho Civil...*, cit. p. 64.

112 Aunque es cierto que apenas texto constitucional alguno había expresado la idea de lo social con tanta consistencia y tan ampliamente como lo hizo la Constitución de Weimar, no es menos cierto que en ningún lugar de su articulado se declaraba expresamente que la República de Weimar fuese un Estado Social. Sin embargo, la GG. sí reconoce de manera expresa que la República Federal Alemana es un Estado Social. La prueba la encontramos en los arts. 20.1 y 28.1 GG; art. 20.1 GG: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social»; art. 28.1 GG: «El orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental». *Vid.* ABENDROTH, W., «El Estado...», cit. pp. 13 y 17; FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. p. 75.

las cláusulas económicas y sociales incluidas en la *Grundgesetz*, encuentran inmediata aplicación práctica, ya que se adoptan todas las medidas y garantías necesarias para asegurar la efectiva vinculación a la Norma Fundamental de la totalidad de los poderes públicos y de los ciudadanos. Solamente de esta manera se podrá otorgar a un texto constitucional la calificación de Constitución Social de Derecho¹¹³.

III. Consecuencias de la constitucionalización del Derecho Privado en orden al significado y alcance del Derecho común

3.1. Las relaciones Código Civil y Constitución

La verdadera trascendencia de Weimar radica en dotar a las nuevas Constituciones de una dimensión distinta a la que tenían a comienzos del Siglo XIX¹¹⁴. A partir de la Constitución alemana de 1919 y, particularmente, desde el Texto Fundamental italiano de 1948 y la *Grundgesetz* de 1949, las Constituciones comienzan a albergar la regulación de instituciones y la garantía de derechos que tradicionalmente no tenían cabida en las mismas¹¹⁵, pero al mismo tiempo también se opera en ellas una radical variación en la forma de concebir otras instituciones y derechos que con anterioridad ya tenían acogida en las Cartas Fundamentales.

Así pues, esta transformación en la naturaleza de las Constituciones a la que ahora aludimos puede ser apreciada tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Desde el punto de vista cuantitativo, las Constituciones experimentan una ampliación de su contenido¹¹⁶. Las modernas Normas Fundamentales, surgidas bajo la vigencia del Estado Social, enriquecen el catálogo tradicional de los derechos de libertad con nuevas figuras ligadas a una distinta valo-

113 FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. p. 89; COSSIO DIAZ, J. R., «Estado Social...», cit. p. 32.

114 De la misma opinión es LASARTE ALVAREZ, C., *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 37.

115 HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. pp. 270 y 271. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías...*, cit. p. 37.

116 Ya desde antes de mediados del Siglo XX, los textos constitucionales dejan de aparecer como un sencillo y breve catálogo o declaración de derechos, para desarrollar su contenido mediante un amplio y minucioso articulado. En este sentido, es como la doctrina comienza a calificar a los Textos Constitucionales como «Constituciones extensas». Así GIORGIANNI («Il Diritto Privato...», cit. p. 401), al referirse a las Constituciones posteriores a 1919, habla de *Costituzioni lunghe*. En la misma línea, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil a finales del Siglo XX*, Madrid, 1991, p. 79.

ración del hombre y de las relaciones económicas y sociales¹¹⁷. Así, junto a los clásicos derechos individuales, aparece recogida una nueva categoría de derechos denominados «económico-sociales», los cuales se establecen en beneficio de aquellos grupos o sectores sociales que tradicionalmente habían ocupado posiciones menos favorecidas. Además, se incorporan también un conjunto de normas que van dirigidas a regular los procesos económicos-productivos y el comportamiento que le corresponde al Estado respecto los mismos.

Desde la perspectiva cualitativa, las Constituciones dejan de ser meras declaraciones programáticas carentes de eficacia y aplicabilidad inmediata, para convertirse en auténticas normas jurídicas que, colocándose en la cúspide de la pirámide normativa, vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. A lo largo del Siglo XIX, el legislador, en cuanto se refiere a las normas de conducta, tenía en la Constitución sólo las directrices generales de su actuar, pero no hallaba en ella disposiciones vinculantes que condicionaran jurídicamente su comportamiento¹¹⁸. Sólo desde el período de entreguerras, el poder legislativo se encuentra directamente vinculado a la Constitución. Vinculación que se hace particularmente efectiva con el mecanismo de la justicia constitucional, ya que el control de constitucionalidad obliga al legislador a respetar en su actuación los valores y derechos constitucionales, si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional¹¹⁹.

Si bien la mutación cualitativa ahora referida reviste una indudable trascendencia, ésta no puede hacernos ignorar otra transformación del mismo género de no menos importancia: tras 1919 los textos constitucionales dejan de ser sólo respuesta al despotismo político para comenzar a serlo también al despotismo económico¹²⁰. Las Constituciones ya no son únicamente un mecanismo jurídico cuya misión consista en asegurar la libertad del individuo frente a la arbitrariedad política que pudiese provenir de la acción estatal, sino que se convierten, a partir de este momento, en una sólida garantía frente al desmesurado poder económico que puede ser ejercitado por privilegiados *de facto* desde la sociedad civil¹²¹.

Consiguientemente, los textos fundamentales ya no se encargan tan sólo de regular las relaciones ciudadano-Estado, protegiendo a aquél frente a éste. Por el contrario, ya desde Weimar, se juridifican a nivel constitucio-

117 IRTI, N., *La edad de la descodificación*. Trad. L. Rojo Ajuria. Barcelona, 1992, p. 24.

118 COSSIO DIAZ, J. R., «El Estado Social...», cit. p. 98.

119 DE CASTRO y BRAVO, F., «El Derecho Civil y la Constitución», *RDV*, año XXII, n.º 257, febrero 1935, p. 47. Como había resaltado KELSEN, la justicia constitucional es ante todo control de constitucionalidad.

120 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1.

121 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Civile...* Vol. I, cit. pp. 82 y 83; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 47.

nal las relaciones recíprocas entre los individuos, a la vez que se articula la necesaria protección frente a los potenciales ataques que de éstos mismos pudiesen provenir¹²², bien aisladamente, o bien reunidos en grupos. La Constitución no se limita ya a la ordenación de la vida estatal, dedicándose exclusivamente a la organización y actividad de los poderes públicos, así como sus vínculos con los ciudadanos. Sus normas, abarcan también (de forma especialmente clara en garantías como la propiedad, la familia y el matrimonio) las relaciones entre los particulares, fijando así las bases de la ordenación de la vida no estatal¹²³. De esta suerte, las Constituciones ya no aparecen sólo como fuente suprema del Derecho Público, reguladora de la forma de gobierno y garante de la libertad de los ciudadanos frente a el Estado, sino que al mismo tiempo se muestran como Ley Fundamental del Derecho Privado¹²⁴. La Constitución abandona su papel de Norma Suprema del Estado para convertirse en la Norma Superior de la Comunidad Política (*Gemeinwesen*), en cuyo ámbito quedan comprendidos tanto el aparato estatal como la sociedad¹²⁵.

En consecuencia, si ha cambiado la forma en que se conciben las Constituciones, es obvio que también variará la manera en que se entienden sus relaciones con los Códigos. En este contexto, se percibe fácilmente que cada vez se hace más inviable seguir afirmando que la Constitución es en el mundo de «lo público» lo que los Códigos Civiles son en el privado¹²⁶. Los fenómenos acaecidos desde finales del Siglo XIX y principios del XX provocan una ruptura en la identificación Derecho Privado-Código Civil. Indudablemente, todo aquello que contiene el Código Civil es Derecho Privado. Sin embargo, no todo el Derecho Privado vigente se encuentra recogido en el Código Civil¹²⁷, habida cuenta que la totalidad de los principios inspiradores de la vida jurídico-privada ya no se contienen únicamente en las disposiciones civiles codificadas, sino que ahora hallan igualmente acomodo en cuerpos normativos distintos¹²⁸. Por una parte, como ya hemos visto, la

122 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. p. 84; GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1.

123 IRTI, N., *La cultura del Diritto Civile*, Torino, 1990, p. 35.

124 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/1. Asimismo, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución como norma jurídica*, cit. p. 47.

125 HESSE, K., *Escritos...*, cit. pp. 13 y 17; *Idem. Derecho Constitucional...*, cit. p. 82.

126 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 25.

127 IRTI, N., *La cultura...*, cit. pp. 48 y 96. También en desarrollo de este argumento, RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 17. TORRALBA SORIANO, O. V., «El Derecho Civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», *RGLJ*, septiembre-octubre 1975, p. 355; ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J., *El Derecho Civil constitucional*, cit. pp. 33 y 34.

128 Es obvio que aquella fuerza absorbente del Code Civil, que predicaba BUGNET cuando manifestaba «yo no conozco el Derecho Civil, yo no enseño nada más que el Código de Napoleón», o que postulaba DEMOLOMBE cuando afirmaba: «mi divisa, mi profesión de fe

Constitución, al juridificar las relaciones que se entablan entre particulares, se convierte en Norma Fundamental de la vida privada que se desarrolla en sociedad, abandonando, en consecuencia, su carácter de Norma de Derecho Público exclusivamente reguladora de la vida estatal. Por otra parte, la industrialización y el subsiguiente desarrollo del capitalismo producen, ya desde mediados del Siglo XIX, una serie de acontecimientos sociales, políticos y económicos respecto los cuales los Códigos son incapaces de ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias. Ante estas nuevas circunstancias, se comienzan a promulgar disposiciones legislativas que, situándose fuera del ámbito del Derecho Civil codificado, pretenden contrarrestar y suplir la insuficiencia de los Códigos Civiles¹²⁹. Es a partir de este momento cuando las leyes especiales cobran relevancia en el campo del Derecho Privado. El alejamiento de los Códigos de los procesos económicos y sociales que circulan paralelos a la crisis del liberalismo impulsa la proliferación de la legislación especial, o también denominada «extracodicial»¹³⁰. Es la obsolescencia política, económica y social de la normativa codificada la que impone reaccionar mediante leyes que den respuesta a los nuevos problemas que se plantean¹³¹. Como consecuencia del incremento de las leyes especiales y, por lo que a nosotros nos interesa, debido a la constitucionalización del Derecho Privado, los Códigos Civiles pierden el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, pues ya no representan el Derecho exclusivo de las relaciones privadas, sino el Derecho común; es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales¹³².

Con base en estos acontecimientos, no han sido pocos los autores que se han apresurado en calificar al Código Civil como normativa totalmente desfasada, caduca e insuficiente para responder a las nuevas situaciones sociales que el surgir del Estado Social va imponiendo¹³³. Así, se ha hablado de la

es esta: los textos sobre todo [...] mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo...», ya no puede ser mantenida. Sobre esta particular cuestión, *Vid.* GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. 2.ª ed. Madrid 1925. IRTI, N., *La cultura...*, cit. p. 8. HERNÁNDEZ GIL, A., «En defensa del Código Civil», *RDP XXXII*, n.º 378, septiembre 1948, p. 780. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. p. 65.

129 Según señala DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 119), «cuando el Derecho Civil está recogido en un Código, las leyes especiales que se dictan para atender las nuevas situaciones sociales nacen separadas del cuerpo del Derecho Civil».

130 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 51 y 52.

131 ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 85; IRTI, N., «Leggi speciali», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXV, 1979. Parte I, p. 144. *La edad...*, cit. pp. 22, 96 y 185; RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 13.

132 IRTI, N., *La edad...*, cit. p. 22.

133 La discordancia entre la normativa codificada y la realidad social fue puesta ya de relieve en el primer tercio del Siglo XX por CASTAN y BATLLE, quienes se mostraban a favor de posibles reformas del texto del Código Civil y, en concreto, de su art. 348 referido a la propiedad. *Vid.* BATLLE VÁZQUEZ, M., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*,

«crisis del Código Civil», de «la edad de la descodificación», o incluso de «la muerte del Código Civil»¹³⁴. Además, también han existido sectores doctrinales que, ante la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención del Estado en las mismas, no han dudado en afirmar que ello supone una violenta invasión del Derecho Público en un campo que tradicionalmente era propio del Derecho Privado¹³⁵. Se ha llegado a hablar incluso de una «peligrosa publicación» del Derecho Privado, en el sentido de que éste sería paulatinamente absorbido por aquél¹³⁶. La citada doctrina, defendiendo la tradicional autonomía del Derecho Privado, estimaba que, con la influencia publicista, derivada de la mayor intervención estatal y de la constitucionalización de las relaciones jurídicas entre particulares, las instituciones privadas se vincularían a un conjunto de normas constitucionales preordenadas hacia objetivos e intereses distintos de los que les son propias¹³⁷. Finalmente, se añadía que las normas constitucionales sobre Derecho Privado tendrían efectos

Madrid, 1933, pp. 56 y 57 y también la nota bibliográfica a esta obra de CASTAN TOBEÑAS, J., *RDP*, XX, n.º 237, junio 1933. Esta discordancia, que incipientemente apuntaban los autores citados, es subrayada por MARÍN PÉREZ («La estructura del Estado y el Derecho Privado», *RGLJ*, abril 1956, pp. 11 a 13) cuando literalmente manifiesta que «la falta de concordancia entre las normas de nuestro viejo Código Civil y la realidad social que, inexorablemente está llamado a regular, es tan grande que se manifiesta tanto en su orientación y principios inspiradores marcadamente individualistas y capitalistas como en cuanto a las extraordinarias y numerosas lagunas que presenta el análisis más somero. En sentido contrario, HERNÁNDEZ GIL, A., «En defensa del Código Civil», cit. pp. 776 y ss.

- 134 CARNELUTTI (*Metodologia del Diritto*, [Padova 1939]; y, *Teoria Generale del Diritto*, [Roma 1940]) se había referido a la muerte del Derecho Civil al contrastar la influencia publicista, siendo partidario del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico y advirtiendo también del peligro de que la Ciencia del Derecho fuese sustituida por las Ciencias del Derecho. A su vez, compartía con PASSARELLI la idea de que el Derecho Civil es todavía el Derecho del Código Civil. Para un estudio más profundo acerca de estas consideraciones, IRTI, N., *La cultura...*, cit. pp. 30, 80, y 139 y ss; *Idem. La edad...*, cit. p. 186; ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., *El Derecho Civil Constitucional*, cit. p. 52.
- 135 SAVATIER, R., *Droit Privé et Droit Public*, Paris, 1946, p. 25; *Idem. Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, Paris 1964, p. 43; RIPERT, G., *Le déclin du droit*, Paris, 1949, pp. 37 y ss.; GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 392.
- 136 MAZEAUD, H-L-J., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte I., vol. I., Introducción al estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos, Trad. Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1959, p. 44; GIORGIANNI («Il Diritto Privato...», cit. p. 392) describe muy gráficamente la consternación de aquellos sectores doctrinales que, ante la socialización del Derecho Privado, comparan a ésta con la situación de quien regresando de una larga ausencia, encontrase su casa invadida de gente extraña, que ha abatido paredes y puertas, modificando tapicerías y muebles. Igualmente, resalta el temor hacia la influencia publicista Menger (*El Derecho Civil...*, cit. p. 270), cuando señala, refiriéndose a las cada vez más frecuentes limitaciones al derecho de propiedad, que «el término de este proceso histórico habría de ser, sin duda, que la propiedad, y todo el Derecho Privado serán inundados por el Derecho Público, al modo de la Isla de Helgoland, que todos los años desaparece bajo las aguas, y que acabará por sumergirse en el Océano».
- 137 RAISER, L., *Il compito...*, cit. p. 174.

sólo indirectos en las relaciones jurídico-privadas, en cuanto que vincularían la interpretación de las normas jurídico-privadas al respeto de los valores sancionados en la norma constitucional, pero nada más.

No obstante, al contrario de las consideraciones expuestas, estimamos que la creciente intervención de los poderes públicos, (favorecida por la proliferación de leyes especiales y la constitucionalización de las relaciones entre particulares) no implica que el Derecho Privado se vea totalmente expropiado por el Derecho Público, ni muchos menos la crisis del Derecho Civil. No hay que mostrar temor ante una total y absoluta publicación del Derecho Privado, ya que ésta no puede deducirse de la mera presencia del Estado en las relaciones jurídico-privadas. Es verdad que la parte de libertad que el Derecho Privado dejaba a los hombres para regular sus relaciones entre sí va disminuyendo, pero este fenómeno sólo es el resultado de la socialización del Derecho, porque para defender el interés general ante el interés egoísta de los particulares, es necesario limitar la libertad individual¹³⁸. Limitación tal que, sin embargo, no conlleva una radical penetración del Derecho Público, ya que, muy frecuentemente, la intervención estatal que la opera se canaliza a través de mecanismos propios del Derecho Privado. Tal es el caso de la intervención del Estado en la economía. En muchos supuestos, incluidos aquellos en los que se actúe en la realización de intereses generales, la naturaleza pública del agente económico no se corresponde con la aplicación del Derecho Público, sino con la aplicación del Derecho Privado¹³⁹. Quiere ello decir que el Estado no publica todo aquello que toca, sino que, al contrario, en múltiples ocasiones resulta privatizado al entrar en contacto con la economía¹⁴⁰. El Derecho Privado ha adquirido nuevos campos imponiendo el uso de sus instrumentos a la actividad del Estado y de los entes públicos¹⁴¹.

Por estas razones, podemos concluir que la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención estatal en las mismas, así como la proliferación de leyes especiales y extracodiciales no supone la crisis del Derecho Civil, ni mucho menos del Derecho Privado. La sedicente crisis a la que nos venimos refiriendo resulta, por el contrario, predicable en relación a los Códigos Civiles, que, por un lado, han sido destronados por la Constitución en su posición de norma suprema de las relaciones jurídico-privadas y, por otro lado, han sido expropiados de una gran cantidad de materias, respecto las cuales inicialmente pretendían tener un absoluto y exclusivo monopolio.

138 MAZEAUD, H-L-J., *Lecciones...* cit. p. 44.

139 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 21; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 43; *Idem. La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1973, p. 203; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1167.

140 GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 419.

141 GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 419. LASARTE, C., «El Derecho Civil...», cit. p. 1127.

Ahora bien, estas consideraciones, no pueden hacernos desconocer que «la Constitución ejerce influencia sobre el Derecho Privado, tanto de un modo directo, como de un modo indirecto»¹⁴².

De un modo indirecto influye la Constitución, no sólo al organizar sobre nuevas bases el Estado dando atribuciones a sus distintos órganos y poderes, sino al sentar mandatos vinculantes que el legislador futuro ha de seguir necesariamente en el desarrollo su función legislativa, si no quiere correr el riesgo de ver anulada su labor como inconstitucional¹⁴³. Desde el momento en que se admite que la Constitución es una auténtica norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos, el legislador ordinario encuentra en ella no un mero programa carente de obligatoriedad, sino auténticas directrices e indicaciones generales que le vinculan jurídicamente en su actuar. De esta manera, a las ya tradicionales limitaciones formales impuestas por los Textos Fundamentales, se añaden ahora toda una serie de limitaciones materiales que inexcusablemente han de ser observadas en el desenvolvimiento de la actividad legislativa¹⁴⁴. Esto significa que el legislador ordinario, además de respetar el procedimiento formal establecido en la Constitución para la elaboración de las leyes, está obligado a dotar a las disposiciones legislativas de un contenido que, en todo caso, sea materialmente conforme con la Norma Fundamental. Por lo tanto, se podrán estimar inconstitucionales aquellas normas que alberguen una regulación que vulnere derechos o contravenga principios constitucionalmente consagrados y garantizados.

La influencia constitucional, por otra parte, no deja de tener trascendencia directa. En la actualidad no es arriesgado afirmar que los principios legitimadores de la vida comunitaria y de las relaciones jurídico-privadas ya no se encuentran sólo en los Códigos, sino también en las leyes de rango constitucional, donde reside la infraestructura de todo el sistema jurídico¹⁴⁵. La Constitución es la Norma Fundamental del Estado que contiene los principios rectores y generales conforme a los cuales ha de interpretarse la totalidad del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, también el Derecho Privado y el Código Civil¹⁴⁶. Los principios constitucionales actúan así como guía interna

142 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47; HESSE, K. *Derecho Constitucional...*, cit. p. 34. BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 74; BATLLE VÁZQUEZ, M., *Repercusiones...*, cit., pp. 15 y 16; CASTAN TOBEÑAS, J., «Nota bibliográfica...», cit., pp. 189 y ss.

143 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47.

144 COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social...*, cit. p. 98.

145 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. p. 50; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Intervención durante el 1.º Congreso de Derecho Vasco (Dic. 1982)», *ADC*, abril-junio 1983, p. 486; TORRALBA SORIANO, V., «El Derecho Civil...», cit. p. 355; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *El Derecho Civil Constitucional*, cit. pp. 81 y 82.

146 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil constitucional español», *ADC*, T. 36 I, 1983, p. 1; HESSE, K. *Derecho Constitucional...*, cit. p. 58.

y criterio inspirador de las normas civiles¹⁴⁷. En este sentido, podemos concluir que el hecho constatado de que en nuestro Código Civil sólo hayan sido objeto de modificación preceptos y partes concretas e individualizadas del mismo, no es óbice para reconocer que el espíritu informador de la normativa codificada ha cambiado profundamente¹⁴⁸. Aunque la letra del Código pueda permanecer intacta desde el momento de su redacción, su fundamento lógico, aplicación e interpretación ya no pueden ser abordados desde los viejos planteamientos que contemplaron su nacimiento¹⁴⁹. La interpretación de los antiguos textos legales todavía vigentes en el Código Civil habrá de hacerse de acuerdo con los nuevos principios que son asumidos, ahora, por nuestra Norma Fundamental. La Constitución española, por tanto, incide profundamente sobre todas las instituciones del Derecho Privado y, en particular, sobre la normativa codificada, actuando como fuerza disolvente de los viejos esquemas y de los tradicionales conceptos que deben ser necesariamente revisados¹⁵⁰.

3.2. Del Derecho excepcional al Derecho normal

Una de las consecuencias más trascendentales del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, quizás haya sido la de operar un cambio en la delimitación del ámbito del Derecho normal y excepcional¹⁵¹.

En el Siglo XIX, Códigos y Constituciones respondían a los mismos presupuestos ideológicos del liberalismo, coincidiendo en señalar a la libertad plena como un principio general y valor esencial, cuya presencia invade todo

147 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. pp. 34 y 84.

148 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47.

149 O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., «La constitucionalización del Derecho Civil y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS». *Libro homenaje al Prof. Vallet de Goytisolo.*, vol. VI., Madrid, 1988, pp. 427 y ss.

150 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho...», cit. p. 4.

151 Antes de entrar en el fondo de la cuestión, es necesario tener presente que la tarea de efectuar una distinción entre el Derecho normal y excepcional no está exenta de dificultad, ya que nos hallamos ante nociones de carácter relativo. En palabras de IRTI, «la distinción no reposa en un elemento estructural de la norma jurídica, sino sobre la relación que existe entre una norma y las restantes normas del sistema. La calificación de Derecho normal o excepcional proviene de un juicio de comparación. Ninguna norma considerada en sí es normal o excepcional.» *Vid.* IRTI, N., «Leggi speciali...», cit. p. 146; *Idem.* *La edad...*, cit. pp. 43 y 47; *Idem.* *Introduzione allo studio del Diritto Privato*, Padova, 1990, p. 98. La doctrina española también ha puesto de manifiesto la dificultad en la distinción. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit. p. 102; MONTES PENADES, V., «Comentario al art. 4.2 CC2, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*, vol. I., Madrid, 1977, p. 223.

el ordenamiento jurídico¹⁵². Es así como la autonomía privada de la voluntad ocupa un lugar de privilegio en el sistema liberal, al constituir el individuo y su capacidad decisoria los ejes principales en torno a los cuales giran todas las instituciones jurídicas. Sin embargo, en ciertas normas, que habían sido concebidas para la reglamentación de las nuevas circunstancias sociales, políticas y económicas surgidas tras la industrialización, se sustentaba, de manera ocasional y aislada, la posibilidad de imponer límites a la autonomía de voluntad del individuo. Normas que, al ser divergentes con el principio general de libertad plena consagrado en el Código Civil, rompían con la lógica del Derecho normal e introducían una lógica propia y distinta. No nos referimos, en este caso, a leyes que desarrollaban o especificaban para supuestos concretos los principios generales que establecía el Código, sino a disposiciones normativas que discrepaban de aquéllos¹⁵³, derogando su vigencia en la regulación de una específica materia¹⁵⁴. Como consecuencia

152 La coincidencia se aprecia ya en un mero análisis comparativo del art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el art. 544 del Code francés. El art. 17 de la Declaración prescribe que: «Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización». Por su parte, el art. 544 del Code francés dispone que: «La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos». Esta coincidencia ha sido también resaltada por GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 399.

153 Se trata de la diferencia fijada por IRTI con la terminología de leyes especificantes y leyes decodificantes. Para este autor, las leyes especificantes no generan ningún tipo de problema, pues desarrollan y especifican para supuestos concretos la más amplia y general normativa que se residencia en el Código. Por leyes decodificantes entiende IRTI aquellas leyes especiales que regulando materias ya contenidas en el Código, no se colocan junto a éste, sino que más bien lo vacían de contenido y lo destinan a sede de disciplinas generalísimas. *Vid.* IRTI, N., «Leggi speciali...», cit. p. 144; *Idem.* *La edad...*, cit. p. 96. A nuestro modo de ver, IRTI se refiere a la distinción entre Derecho especial y Derecho excepcional. Lo que el citado autor denomina leyes especificantes no son otra cosa que normas integrantes del Derecho especial, las cuales no producen una derogación de los principios generales, sino una adaptación de tales principios a una parcela de la realidad jurídica. Leyes decodificantes parecen las normas de Derecho excepcional que se apartan de los principios generales derogando su vigencia para un supuesto concreto. Sobre esta cuestión, MONTES PENADES, V., «Comentario al art. 4.2 CC», cit. p. 224. Ahora bien, conviene tener presente que la distinción entre Derecho especial y excepcional juega en dos planos distintos, lo cual no impide que ambas calificaciones puedan entrecruzarse en una misma norma. Así, toda ley excepcional es especial, pero no toda ley especial es excepcional. Una ley especial sólo será excepcional cuando procediendo a regular una materia ya comprendida en una norma general, derogue totalmente los principios generales contenidos en esta última. En otra hipótesis, la ley de que se trate deberá ser calificada solamente como especial, aunque pueda contener excepciones puntuales al régimen general.

154 Es necesario que las disposiciones legislativas a las que ahora aludimos versen sobre una misma materia ya contemplada con anterioridad en el Código. Si esa coincidencia objetiva no existiese, no habría problema alguno. Simplemente estaríamos en presencia de una nueva ley que, al regular una nueva materia, sienta nuevos principios generales, siendo,

de su alejamiento de los principios generales, las normas que contenían restricciones a la libertad plena, eran calificadas como excepcionales. Excepcionalidad que, al suponer la interdicción de su aplicación analógica, ponía un importante freno a su posible fuerza expansiva. Se trataba de normas que iban *contra tenorem rationem* de la organización general y que carecían, por ello, de *vis expansiva*. Habiendo perdido toda fuerza creadora, o habiendo nacido con eficacia restringida, no podían sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho normal, ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar¹⁵⁵.

El fundamento de la falta de expansividad las normas excepcionales se hallan, precisamente, en el carácter expansivo de los principios generales. Las normas que imponían límites a la autonomía privada suponían, para un caso específico, una derogación aislada y excepcional del principio general de libertad consagrado en el Código Civil, justificado por particulares razones de *utilitas*. Por lo tanto, si la norma limitativa era una excepcional derogación de los principios generales del sistema para un supuesto concreto e individualizado, no tendría sentido extender a otro no previsto la *ratio* deducible de la misma. A este supuesto no contemplado normativamente debería ser extensible la aplicación del principio general y nunca del excepcional. Por este motivo, la norma de Derecho normal, acorde con los principios generales, goza de una fuerza expansiva de la que carecen las normas de Derecho excepcional, por introducir éstas últimas una derogación de tales principios generales para un caso concreto.

Si bien esta forma de entender el porqué de la interdicción de la aplicación extensiva de las normas excepcionales podría ser extrapolable a la actualidad, es conveniente subrayar que, en el Siglo XIX, estas razones descansaban además en una pura lógica de corte liberal. Coartar la *vis expansiva* de las normas que se distanciaban de los principios generales codificados, tenía como objetivo fundamental constituir un dique a favor de la unidad del ordenamiento jurídico, con la intención de evitar que las normas excepcionales desplazaran al Código de su posición central en el sistema y, de esta manera, mantener su hegemonía en el mismo¹⁵⁶. Así pues, la prohibición

por lo tanto, su aplicación susceptible de ser extendida a supuestos análogos. *Vid.* IRTI, N. «Leggi speciali...», cit. p. 144; *Idem La edad...*, cit. p. 96. Como señala BATLLE VÁZQUEZ (*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* (art. 4), T. I., arts. 1-41, Madrid, 1978, p. 92). Se trata de leyes cuyo principio inspirador no es al que de un modo normal, general y común han de servir, sino que responden a una razón particular o de especial *utilitas*, en virtud de la cual se justifica la desviación o excepción. La propia práctica resalta como en determinadas leyes se recoge una reglamentación que se inspira en principios divergentes y no concordantes con los calificados como generales en el CC.

155 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit. p. 103.

156 IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 60, 186, 187; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1170.

de aplicación analógica de aquellas normas que rompían con los principios generales codificados constituía un adecuado instrumento de «esterilización de la excepción»¹⁵⁷, en favor de una pretendida unidad del ordenamiento jurídico privado asentada sobre un modelo de Código Civil que se calificaba como completo, perfecto y definitivo.

Descendiendo de esta panorámica general a lo que acontecía en materia de propiedad, hay que señalar, al respecto, que Códigos y Constituciones, en cuanto que concordantes, fijaban los principios generales que debían regir el ejercicio del derecho. La propiedad se presumía completamente libre y se configuraba como un derecho fundamental, sagrado e inviolable de la persona, que sólo dependía de la omnimoda voluntad de su titular individual. Por lo tanto, los límites al libre ejercicio del derecho de propiedad, eran vistos como algo aislado y excepcional que respondía únicamente a la necesidad de lograr una armoniosa coexistencia de los distintos derechos dominicales, para así, evitar una situación de *bellum omnium contra omnes*. Las limitaciones dominicales, aunque existían, integraban simplemente el Derecho excepcional y tenían como única finalidad permitir la convivencia de los distintos derechos de propiedad y el mantenimiento de un orden público que, precisamente, se basaba en la protección de la propiedad libre¹⁵⁸. En consecuencia, las normas que contemplaban limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad, al romper con los principios generales, eran consideradas como excepcionales y, por las mismas razones antes aludidas, no susceptibles de aplicación analógica. En el orden liberal, el Derecho normal lo constituye el ejercicio absolutamente libre de la propiedad privada, mientras que las restricciones y limitaciones a la misma, en cuanto se apartan del principio general de libertad plena, integran el ámbito del Derecho excepcional.

Sin embargo, este orden de cosas comienza a resquebrajarse, no tardando en entrar en crisis, porque las consecuencias a las que había llevado el liberalismo a ultranza pusieron de relieve que era necesario impedir que la propiedad continuase siendo limitada tan sólo a título excepcional en cuanto a su libertad de ejercicio.

La práctica jurídica constataba la proliferación de disposiciones legislativas que, apartándose de los principios generales consagrados en el Código Civil, comenzaban a imponer restricciones a la omnimoda e ilimitada voluntad del propietario. Con el paso del tiempo y la correlativa evolución de las circunstancias políticas, sociales y económicas, las leyes limitativas del derecho de propiedad, que habían nacido como provisionales excepciones coyunturales, adquieren una insospechada estabilidad y consolidan su vigencia, dando lugar a que el principio de la limitabilidad se acerque paulatinamente al ámbito de aquello que queda comprendido bajo la categoría del Derecho

157 Terminología utilizada por IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 21 y 185.

158 SALVIOLI, G., *El Derecho Civil...*, cit. p. 57.

normal¹⁵⁹. Toda esta evolución finaliza con la configuración a nivel constitucional de la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad como un principio operativo en sede general. Ya en 1919, la Constitución alemana de Weimar prescribía en su art. 153 que «La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad». El sentido de esta disposición constitucional va a consolidarse en el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, a la vez que paulatinamente se recibe en las modernas Constituciones que nacen a partir de ese momento. Este es el caso de la Constitución española de 1978 que, en su art. 33.2, señala «la función social de estos derechos (refiriéndose a la propiedad y la herencia) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». La propia dicción de este precepto (La función social... delimitará su contenido) parece indicar que los límites no constituyen medidas excepcionales que, justificadas por las circunstancias específicas, se adopten para un caso concreto, permaneciendo en el ámbito externo del derecho de propiedad, sino que forman parte de lo que constitucionalmente se entiende por su contenido¹⁶⁰.

La modificación que nuestra Norma Fundamental ha ejercido sobre la disciplina de la propiedad ha llevado a la categoría de regla general la limitabilidad en el ejercicio del derecho, que era considerada, en la etapa liberal, como una excepción al principio general de libertad plena. Desde la excepcionalidad del principio de la limitabilidad dominical, se ha pasado a la generalidad del mismo, porque, al dejar de tener vigencia los presupuestos liberales, la «inviolabilidad sagrada» del derecho de propiedad carece de todo fundamento¹⁶¹. Por lo tanto, las trabas y limitaciones dominicales ya no pueden ser vistas como algo excepcional, que se prevea únicamente para casos aislados. Ahora bien, el cambio acaecido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha de ser interpretado en sus justos términos. El hecho de que la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad haya dejado

159 IRTI se había percatado de que las normas que habían sido concebidas para ser aplicadas a un momento y supuesto concreto se prolongaban en el tiempo y adquirirían una insospechada estabilidad. En torno a cada norma que había nacido como excepcional, se disponían otras leyes que completaban la disciplina, trazándose lo que el jurista italiano califica como un «microsistema»; es decir, un pequeño mundo de normas de las que el intérprete puede recabar ya principios generales y en las que descubre una propia lógica interna. Nos referimos al fenómeno al que IRTI ha acuñado con la denominación de «consolidación de las leyes especiales», que descubría en su estudio «Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXXIX, n.º 3, maggio-giugno 1993, p. 307; *Idem. La edad...*, cit. p. 38; *Vid.* también, SANTOS BRIZ, J., *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963, p. 223; DIEZ-PICAZO, L., «Propiedad y Constitución», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 42.

160 HERNANDEZ GIL, A., «La propiedad y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, Nueva época n.º 14, junio 1989, p. 21.

161 ZENATI, F., «Pour une rénovation de la théorie de la propriété», *Rev. Trim. Droit. Civ.*, n.º 2 avril-juin 1993, p. 305.

de ser una excepción aislada para convertirse en un principio general, no significa que este razonamiento sea automáticamente trasplantable en sentido inverso al ámbito de la libertad dominical, entendiéndose que ésta ha cesado de ser un principio general para transformarse en una excepción. Nada más lejos de la realidad. Con el modelo de Estado que instaura la Constitución de 1978, la libertad dominical ha mudado definitivamente su aspecto y cambiado su fisonomía esencial, pues ahora ésta, como principio general, ya no se identifica con un conjunto de posibilidades de actuación, tendencialmente ilimitadas y sólo excepcionalmente restringibles, sino con una libertad normalmente limitable y susceptible de ser configurada, desde su propio interior, en sentido social. Entonces, lo único que ha dejado de ser un principio general es la libertad absoluta, plena, sin trabas ni obstáculos y sólo ocasionalmente limitable que, a ultranza, defendía el orden jurídico liberal.

Consiguientemente, desde la perspectiva constitucional, aquellas normas que vengán a determinar la acción de la función social del derecho de propiedad para cada categoría de bienes, pierden toda consideración de excepcionales, pasando directamente a integrar el ámbito de la normalidad. Es así como las leyes que concretan la función social adquieren, ahora, una verdadera *vis expansiva*, al caer la prohibición de su aplicación en vía analógica a los supuestos que no sean expresamente contemplados por una disposición nacida para un caso concreto. Todas aquellas leyes que limiten, restrinjan o condicionen el ejercicio de las facultades que corresponden al propietario por razón de las exigencias constitucionales ya no pueden ser consideradas como una excepción a la normal absolutividad de la propiedad privada, sino como manifestación de la normal limitabilidad dominical que es inmediato efecto de la constitucionalización de la función social como un principio de valor operativo general¹⁶². La consecuencia operativa es que la aplicación de normas de tal género podría ser extendida analógicamente a otros supuestos similares no contemplados legalmente, al haber decaído el principal obstáculo que impedía su *vis expansiva*¹⁶³.

No obstante, que las normas limitativas del libre ejercicio del derecho de propiedad hayan entrado a formar parte del Derecho normal no quiere decir

162 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil...», cit. pp. 6 y ss; RODOTÁ, S., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Rapporti economici, T. II, arts. 41-44, Bologna, 1982, p. 117; *Idem*. «Poteri dei privati e disciplina de la proprietà», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 381; *Idem*. *El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada*, Trad. Díez-Picazo, Madrid, 1986, pp. 326 y ss. RESCIGNO, P., Voz «Propiedad», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Milano, 1988, p. 275; BARCELLONA, P., *Gli istituti...*, cit. p. 185; MONTES PENADES, V., *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 198; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina...*, cit. pp. 77 a 79; DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, pp. 196 y 208.

163 GALGANO, F., «Immagini della proprietà», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Anno XXXVI 1982, pp. 818 y 819; *Il Diritto Privato...*, cit. p. 152; *Idem*. *Diritto Civile...*, cit. p. 330.

que la disciplina dominical codificada se haya convertido automáticamente en Derecho excepcional. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en relación al principio de libertad, no se produce un total intercambio recíproco, en el sentido de que lo comprendido bajo el Derecho excepcional se transforme en normal y viceversa. Lo único que sucede es que, al fijar la Constitución los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil ya no está en posición de cumplir la función de delimitar, al máximo nivel, aquello que se comprende dentro del Derecho normal y excepcional¹⁶⁴. El paso a la normalidad tiene su causa en que los principios generales son históricamente relativos y cambiantes en breves años. Basta modificar la disciplina de un sólo instituto para que un principio general sea sustituido por otro distinto¹⁶⁵. Por lo tanto, una mutación en los principios generales del ordenamiento producirá la subsiguiente modificación en el ámbito que queda comprendido bajo el Derecho normal o excepcional. Es obvio que la Constitución española de 1978 ha supuesto una trascendente variación de los principios fundamentales y generales de nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁶. Generales son verdaderamente los principios constitucionales y, al estar dotados de un mayor rango normativo, deben prevalecer sobre la legislación ordinaria, dentro de la cual se incluye el Código. En consecuencia, corresponde a la Constitución, en tanto que Norma Suprema que fija los principios generales del nuestro sistema jurídico, y no al Código Civil, trazar la frontera última que separa el ámbito del Derecho normal y excepcional. La Constitución ha venido a sustituir a los Códigos en la función delimitadora de los principios y disposiciones que quedan comprendidos bajo una y otra categoría de Derecho.

Aunque no podemos ser partidarios de posturas radicales que degraden al Código, en esta materia, *in toto* a la categoría de norma excepcional, estamos de acuerdo en que «el Código es rebajado, en la concreción de la experiencia jurídica a Derecho residual»¹⁶⁷, en la medida que contenga excepciones a los principios generales de superior rango contenidos en la Constitución. Para algunos autores¹⁶⁸, la residualidad del Código Civil se explica en base a que la disciplina codificada de la propiedad actúa sólo para aquellas categorías de bienes que, por su peculiar naturaleza, no quedan especialmente sujetas a las exigencias sociales que, en concreción de la función social, vengan a ser determinadas por el legislador. Aquí obra la distinción entre bienes de

164 IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 38 y 39.

165 IRTI, N., *Introduzione...*, cit. p. 99.

166 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 14; PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil...», cit. p. 9.

167 IRTI, N., *Introduzione...*, cit. p. 99.

168 LASARTE, C., «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *RGLJ*, n.º 2, agosto 1975, p. 151. BASSOLS COMA, M.; GOMEZ FERRER MORANT, R., «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos», en AA.VV., *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. Madrid 1976, pp. 48 y 49; MONTES PENADES, V., *La propiedad privada...*, cit. p. 229.

consumo y productivos¹⁶⁹. Estos últimos son los que verdaderamente deben cumplir una función social, porque su utilización repercute en el interés de la colectividad, al ser su destino crear nuevos bienes. Los bienes de consumo raramente sirven a fines que no sean la satisfacción del interés de su titular individual y no suelen quedar especialmente sujetos a exigencias de tipo social en su utilización. Por consiguiente, desde el punto de vista de los sectores doctrinales ahora aludidos, se entiende que la disciplina codificada de la propiedad privada es residual en tanto que los principios de libertad y autonomía consagrados por la misma sólo rigen en un estado puro a nivel de pequeñas decisiones económicas; es decir, a nivel de economía doméstica de consumo (microeconomía)¹⁷⁰.

Sin embargo, la afirmación de la total residualidad de la disciplina codificada de la propiedad privada debe relativizarse para dar cabida a la naturaleza de Derecho común patrimonial que todavía contienen los principios y normas patrimoniales del Código Civil, aunque ahora con los límites o correctivos interpuestos al orden liberal por el advenimiento del Estado Social.

La Constitución es una norma de naturaleza abierta, incompleta e inacabada que, tanto en materia de propiedad, como en otras muchas materias, fija principios y directrices generales que, aunque vinculantes, han de ser concretados o desarrollados por el legislador ordinario para cada supuesto específico. No obstante, las leyes que desenvuelven los dictados patrimoniales de la Constitución a menudo nacen para dar una respuesta normativa a problemas excesivamente particulares o específicos que casuísticamente se plantean. Por esta razón, debido a su propia naturaleza puntual, las leyes que desarrollan y concretan la disciplina constitucional de la propiedad privada albergan regulaciones muy dispares entre sí. En este contexto, la normativa codificada actúa como telón de fondo, como parámetro de referencia o denominador común que facilita el orden y la coherencia en el *mare magnum* legislativo que surge tras la CE de 1978. La Constitución española fija los principios rectores e inspiradores del régimen jurídico de la propiedad privada, mientras que al Código le corresponde la función de dar sistematización y coherencia interna a la amalgama de disposiciones legislativas que especifican los contenidos constitucionales en materia patrimonial. En otros casos, las leyes que desarrollan los principios constitucionales, al ser concebidas para supuestos concretos, contienen una regulación incompleta y, por lo tanto, imperfecta. De nuevo en este punto el Código Civil cumple la importante función de ser un útil instrumento para colmar las lagunas normativas que puedan existir en este

169 Vid. COCO, G. S., *Crisi...*, cit. pp. 219 y 220; RODOTÁ, S., «Note critiche in tema di proprietà», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Anno XIV 1960, p. 1323; *Idem. El terrible derecho...*, cit. pp. 250 y 251; PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milano, 1964, p. 275. LENER, A., «Problemi generali della proprietà», en AA.VV., *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, pp. 14 a 17.

170 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 13.

tipo de disposiciones, dándoles completitud. De este modo, la disciplina codificada de la propiedad privada desempeña el papel de Derecho común que se aplica residual y supletoriamente para completar y ordenar sistemáticamente la reglamentación patrimonial que se recoge en las leyes especiales que concretan los postulados constitucionales.

En definitiva, si esto es así, la proliferación de leyes especiales que desarrollan los principios patrimoniales fijados por la Constitución no puede servir de alegato en base al cual se propugne la residualidad absoluta del Código Civil. La normativa codificada es el marco armonizador que dota de un cierto orden racional y coherente a la totalidad del sistema patrimonial, incluyendo también aquellas leyes que derivan de la disciplina constitucional.

IV. Preceptos nucleares en la constitucionalización española del Derecho Privado patrimonial

La concepción liberal de la propiedad privada como un derecho sagrado, inviolable y libre en su ejercicio, lejos de servir al interés general de la colectividad, había favorecido la satisfacción egoísta del interés individual, que no tardó en convertirse en un importante freno al desarrollo económico-productivo, así como en factor que suscitó, no menos trascendentes, problemas sociales. Las negativas consecuencias socio-económicas que había producido la configuración liberal del dominio, demostraban que la libre procura del interés individual de cada propietario no generaba, automática e inconscientemente, el beneficio global de la comunidad social. Esta situación que, se hizo patente a principios del siglo XX, demandaba arbitrar una solución mediante la cual se consiguiese evitar que la realización del interés individual de cada titular dominical se erigiese en obstáculo a la consecución del interés social. Precisamente, para lograr este objetivo, y hacer efectiva la compatibilidad interés individual-social, se mostraba como una necesidad acuciante sujetar el derecho de propiedad sometiéndolo a Derecho, mediante la imposición de los necesarios límites a la actividad del propietario.

La configuración jurídica actual de la propiedad se encuentra íntimamente ligada a la declaración constitucional de que España es un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1)¹⁷¹, que propugna, y no solamente declara, como valores superiores de su ordenamiento jurídico (entre otros) la libertad y la igualdad, con la firme intención de instaurar así un orden económico-social justo. La utilización por nuestro último constituyente del verbo «propugnar» prueba que su *desideratum* es lograr una efectiva y material realización de la igualdad y la libertad, cosa que difícilmente sería factible si se hubiera preferido usar el verbo «declarar», ya que éste podría llegar a justificar inter-

171 LEGUINA VILLA, J., «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3 mayo-agosto 1994, p. 12.

pretaciones que pretendiesen reducir estos derechos a meras declaraciones programáticas carentes de efectividad práctica. Quizás, sea ésta la razón por la que se omite el verbo «declarar» optándose por la expresión «propugnar», mucho más coherente con el espíritu del Estado Social que la misma Constitución proclama.

La posible duda que, en el contexto del art. 1.1. CE., se pudiese plantear acerca de la posición del constituyente en orden a la efectividad atribuible a los principios de igualdad y libertad, aparece totalmente disipada a favor de un concepto material de estos derechos, cuando se acude a la lectura del párrafo 2.º del art. 9 CE, que prescribe lo siguiente: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Como ya resulta deducible de su tenor literal, el art. 9.2 CE persigue la superación de la rígida igualdad formal propia del orden liberal, para promover un principio de igualdad que sea más acorde y coherente con la definición del art. 1 CE que constituye a España en un Estado Social y Democrático de Derecho. Ahora la Constitución no se conforma, como ocurría en el orden liberal, con hacer individuos formalmente libres e iguales ante el Derecho formal¹⁷², ya que lo que verdaderamente le preocupa es dotar de auténtica efectividad a estos derechos, porque no es admisible que queden a nivel de meras declaraciones programáticas vacías de contenido.

Si esto es así, el art. 9.2 CE no puede ser concebido como una mera directriz simplemente orientadora de la acción pública. Por el contrario, no cabe duda que el citado precepto, además de ser un auténtico derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato igual, constituye una auténtica obligación que compele a los poderes públicos para que adopten cuantas medidas sean necesarias en orden a garantizar la efectiva realización material del derecho a ser tratados igualmente, habida cuenta que la Constitución española de 1978 vincula de manera directa e inmediata a todos los poderes públicos sin excepción, de acuerdo con el párrafo 1.º del art. 9 CE que dispone «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución ...». Por lo tanto, la igualdad deja de ser un derecho negativo, que quedaría garantizado con la mera inacción estatal, para convertirse en un auténtico derecho positivo, en cuya efectiva realización los poderes públicos desarrollan un papel imprescindible. La tutela de la personalidad, mediante la promoción de la igualdad sustancial, supera el ámbito meramente defensivo, solicitando la intervención del poder público para su integral realización¹⁷³. Libertad e igual-

172 Para una crítica del formalismo juricista propio del orden liberal, HELLER, H., «El Derecho Constitucional...», cit. pp. 269 y ss.

173 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 15.

dad adquieren así una auténtica dimensión material, porque la verdadera realidad de estos derechos se logra a través de mecanismos constitucionales que promueven su efectividad. De esta forma, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, para que mediante su comportamiento activo logren una auténtica efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran, opera como freno respecto a la posibilidad de que instituciones jurídico-privadas vuelvan a ser, como lo eran en la etapa liberal, origen de una ausencia total de libertad y de la más profunda desigualdad. Una concepción formalista excesivamente rígida de la igualdad, podría constituir un obstáculo que los poderes públicos habrían de remover para lograr la real y efectiva realización de este derecho.

En consecuencia, los postulados del Estado Social, y en concreto el art. 9.2 CE, parecen aconsejar una cierta flexibilización o materialización de la igualdad formal que permita el pleno desenvolvimiento de la igualdad sustancial. En el marco actual del Estado de Bienestar proclamado por la CE, el principio de igualdad ya no puede ser comprendido como sinónimo de la mera interdicción de toda diferenciación jurídica formal, ya que ahora no se trata de lograr una parificación jurídica de individuos y situaciones desiguales, sino de distinguir aquello que merece ser distinguido en realidad. La constitucionalización de la igualdad material compele a los poderes públicos para que a la hora de desempeñar sus cometidos no ignoren situaciones de hecho diferenciadas que puedan tener relevancia jurídica. Esto implica que la regulación legislativa de una institución ha de considerar necesariamente las diferencias fácticas que puedan existir, para obrar en consecuencia otorgándoles el trato que les corresponde. Diferencia de trato que no resulta vulneradora del principio de igualdad siempre y cuando se halle justificada objetiva y razonablemente, en base a circunstancias que aconsejen distinguir jurídicamente aquello que en la realidad fáctica merezca ser distinguido¹⁷⁴.

174 En esta materia existe reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Destacamos la primeras Sentencias que se dictaron al respecto por ser las que contribuyeron de modo determinante a sentar la referida doctrina: SSTC 22/81, de 2 de julio, Fto. 3.º, 23/81, de 10 de julio, Fto. 3.º, 34/81, de 10 de noviembre, Fto 3.º, 7/82, de 26 de febrero, Fto. 3.º, 19/82, de 5 de mayo, Fto. 3.º, 59/82, de 28 de junio, Ftos. 2.º y 3.º, 3/83, de 25 de enero, Fto. 3.º, 14/83, de 28 de febrero, Fto 3.º, 49/83, de 1 de junio, Ftos. 4.º y 5.º, 75/83, de 3 de Agosto, Fto. 2.º, 109/83, de 29 de noviembre, Fto. 3.º, 114/83, de 6 de diciembre, Fto. 2.º, 6/84, de 24 de enero, Fto. 2.º, 23/84, de 20 de febrero, Fto. 6.º, 26/84, de 24 de febrero, Fto. 3.º, 43/84, de 26 de marzo, Fto. 3.º, 46/84, de 28 de marzo, Fto. 1.º, 60/84, de 16 de mayo, Fto.2.º, 78/84, de 9 de julio, Fto. 2.º, 93/84, de 16 de octubre, Fto. 3.º, 99/84, de 5 de noviembre, Fto. 2.º. Esta doctrina constitucional igualmente ha sido recogida por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Citaremos tan sólo aquéllas que, inicialmente, reprodujeron con mayor fidelidad los argumentos del Tribunal Constitucional: SSTs 9 abril 1986 Fto. Dcho. 4.º (RJA 1738), 7 julio 1986 Fto. Dcho. 1.º (RJA 4194), 27 noviembre 1986 Fto. Dcho. 3.º (RJA 7093), 1 junio 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4.º (RJA 3980), 14 enero 1988 Fto. Dcho. 2.º (RJA 277), 10 marzo 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 2257), 12 septiembre 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 6613), 7 octubre 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 7579).

Esta dimensión que el principio de igualdad adquiere en nuestro ordenamiento, permite apelar al art. 9.2 CE (y en concreto a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva) para introducir legislativamente un trato diferenciado que tenga como fin la protección de intereses desasistidos o de sectores tradicionalmente discriminados y dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos¹⁷⁵. La distinción jurídica que se lleva a cabo de este modo no puede ser considerada como una medida discriminatoria, pues aparece justificada objetivamente en razones de equidad, de justicia material y de satisfacción de una demanda social que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento. De esta manera, encuentran justificación en el art. 9.2 CE todas aquellas normas que, habiendo sido dadas en cumplimiento de la obligación constitucional de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva, pretendan la adopción de medidas compensatorias de las desigualdades de hecho en favor de aquellos sujetos que, por las razones a las que haya lugar, se encuentran en una más frágil posición en las relaciones jurídicas, contractuales y económicas. Tal es el caso de los trabajadores, consumidores, arrendatarios, menores, personas mayores, personas con discapacidad y, en general, de todos los destinatarios de la normativa integrante del orden público de protección. Forman parte en la Constitución de esta normativa del orden público de protección, al máximo nivel, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (art. 39.1 CE), de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), el deber de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE), de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (art. 51.1 CE) o, finalmente, el deber de establecer cuantas medidas sean necesarias para facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 CE)¹⁷⁶.

175 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 70.

176 Particularmente, con esta medida de cogestión se conseguirá, como afirma GARCÍA PELAYO («Consideraciones...», cit. p. 36) «que la autoridad derivada directa o indirectamente de la propiedad privada de los medios de producción pueda ser compatible con la derivada del trabajo que la hace productiva», lo que a su vez reducirá la desigualdad fáctica existente en las relaciones laborales entre la posición que ocupa el empresario-propietario y el lugar en que se sitúa en las mismas el trabajador. Este es el correcto sentido que ha de ser descubierto en la interpretación del art. 129.2 CE. Desde esta perspectiva, se podrían rechazar potenciales pretensiones que quisieran ver en el citado precepto la consagración constitucional de la propiedad colectiva de los medios de producción. Una lectura tal sería totalmente contraria al modelo de Estado proclamado por nuestra Norma Fundamental, así como también a todos cuantos preceptos constitucionales lo concretan. La obligación de los poderes públicos de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los

Por consiguiente, el art. 9.2 CE, además de ser un correctivo de la rígida igualdad formal, extiende su eficacia hasta impulsar y servir de soporte a una interpretación convenientemente material o sustancial de los demás contenidos constitucionales (en especial la propiedad, las relaciones de producción, las relaciones sociales, la planificación, etc.)¹⁷⁷ y, tras ellos, la totalidad del ordenamiento jurídico. En este sentido, no es arriesgado afirmar que el art. 9.2 CE es premisa fundamental en la constitucionalización del Derecho Privado, ya que ofrece el marco en el que se van a desenvolver las restantes disposiciones constitucionales que regulan las relaciones entre los particulares y, en concreto, actúan la función de limitar y sujetar a Derecho el derecho de propiedad¹⁷⁸.

La propiedad privada se encuentra limitada por el obligado respeto a los restantes derechos constitucionalmente garantizados y protegidos, como lo son la igualdad y la libertad. Desde el punto de vista constitucional, no resulta tolerable una reglamentación legislativa que prevea una disciplina del ejercicio de las facultades dominicales que se traduzca en situaciones patrimoniales de ventaja absolutas, inviolables o intangibles, pues tal posibilidad aparece de antemano condenada por el art. 9.2 CE. Para el caso de que este tipo de situaciones se planteasen en la práctica, éstas podrían constituir obstáculos en orden a la realización material de la libertad e igualdad que, en todo caso, los poderes públicos tendrán la obligación de remover, en virtud del mandato que les dirige el citado precepto de la Norma Fundamental de 1978¹⁷⁹. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico actual, toda pretensión de seguir viendo a la propiedad como un derecho en principio intangible y tendencialmente ilimitado en su ejercicio, está condenada al fracaso, ya que la Constitución española lleva hasta sus más últimas consecuencias la declaración de que España es un Estado Social Democrático y de Derecho (art. 1 CE). Por este motivo, seguir refiriéndose a la propiedad con el calificativo de derecho inviolable y sagrado no resultaría demasiado congruente con el modelo de Estado que asume nuestro Texto Fundamental, así como con los derechos fundamentales y las declaraciones constitucionales que lo concretan.

medios de producción deberá llevarse a cabo con el pleno respeto a la propiedad privada constitucionalmente garantizada y mediante las legítimas formas de su adquisición. Consecuentemente, es en el marco de estos parámetros, y en general en el de la legitimidad constitucional, donde se ha de desarrollar la acción estatal tendente a facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Más ampliamente sobre el tema, PRADOS DE REYES, F. J.; VIDA SORIA, J., *Comentarios a las Leyes Políticas* (art. 129), O. Alzaga (dir), T. X (arts. 128 a 142), Madrid, 1985, pp. 88 y 89.

177 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 60.

178 Análogamente, y para el art. 3.2 de la vigente Constitución italiana, GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/2; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 48; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 83.

179 COSTANTINO, M., «Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes», Trad. V. Montés, en LIPARI, N. *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 231.

El profundo sentido social que asume nuestra Norma Fundamental en su Título Preliminar (arts. 1.1 y 9.2 CE), se desarrolla y especifica a lo largo de su articulado mediante toda una serie de principios que tienen como fin la consecución del interés social de la comunidad.

A la cabeza de todos ellos se encuentra la función social que el art. 33.2 CE asigna a la propiedad privada en su ejercicio. El citado precepto dispone: «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». La consagración constitucional del principio de la función social confirma la intención de nuestro último constituyente (manifestada básicamente en el art. 9.2) de evitar cualquier traba que impida o dificulte el desarrollo económico y social, pues, por aplicación de este principio, la propiedad privada no podrá ser utilizada como alegato para estorbar u obstaculizar la realización de políticas estatales tendentes a favorecer las transformaciones sociales y económicas. Para que este loable propósito constitucional se vea hecho realidad, es conveniente operar una relativa ruptura del vínculo que, en el Siglo XIX, unía indisolublemente propiedad y libertad. En el ámbito del Estado Social, y totalmente superados los esquemas liberales, resulta, cuando menos, poco factible que el ejercicio de las facultades dominicales se confíe completa y absolutamente a la omnipotente y soberana voluntad del titular para la realización de sus necesidades individuales. Por el contrario, de lo que ahora existe necesidad es de limitar la voluntad del propietario para que éste ejerza su derecho de un modo que repercuta positivamente en el interés social de la comunidad. Límites tales que, desde el momento en que entran a formar parte del contenido dominical, alteran su esencia, dejando de ser la propiedad un derecho intangible y tendencialmente libre en su ejercicio, para pasar a convertirse en normalmente limitable por razón del interés social.

Sin embargo, el principio de la función social, y su consideración como límite normal del contenido dominical, no ha de ser mal interpretado, pues con su consagración constitucional en ningún caso se pretende eliminar completamente y de raíz la libertad de la que goza el propietario en el ejercicio del derecho que le corresponde¹⁸⁰. Una quiebra total y absoluta de la ligazón libertad-propiedad sería contraria al reconocimiento y garantía constitucional de este último derecho, ya que su titularidad se sigue atribuyendo al sujeto individual para la satisfacción de sus necesidades particulares (como su propio nombre indica). La Constitución española de 1978 garantiza y protege la libertad que tiene todo propietario para elegir el destino aplicable a los bienes que le pertenecen. Tan sólo en aquellos supuestos en los que el destino elegido convierta al ejercicio del derecho de propiedad en un insalvable obstáculo a la realización del interés social, la imposición de límites será no sólo constitucionalmente legítima, sino también necesaria. En estos

180 PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, T. I., Paris, 1994, p. 151.

supuestos, los poderes públicos podrán acudir a medidas como la expropiación o venta forzosa, la exacción de impuestos, los planes de mejora forzosa, la intervención de empresas, etc. para garantizar, en el ejercicio del derecho de propiedad, la satisfacción del interés social o general que el propietario no fue capaz de alcanzar por sí mismo. No hay duda de que la Constitución reconoce, garantiza y protege un ámbito de libertad en el ejercicio del derecho de propiedad. No obstante, lo que sí resulta censurable, desde la perspectiva constitucional, es que el titular dominical use de su libertad en una forma egoísta que transforme al dominio en un serio impedimento para el desarrollo económico-social y el bien de la colectividad en general. Así las cosas, preferimos calificar como relativa la ruptura del vínculo propiedad-libertad, porque, mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad, nuestra Norma Fundamental y las disposiciones legislativas que la desarrollan solamente pretenden llevar a efecto un control social de la libertad del propietario, orientando y encauzando su actividad individual hacia la consecución del interés social de la comunidad¹⁸¹.

En consecuencia, desde los postulados del Estado Social proclamados por la CE de 1978, no es sólo lícito, sino conveniente, un relativo sacrificio de la libertad individual del propietario, siempre y cuando así lo aconseje la realización de un interés social relevante y específico constitucionalmente promovido. Quiere ello decir que, dentro de aquellos objetivos que presiden el modo de actuar del propietario, ya no se halla únicamente presente la satisfacción del interés individual, sino que simultáneamente aparece la realización del interés social de la colectividad. Ambos tipos de interés aparecen íntimamente ligados en el seno del derecho de propiedad. Entre ellos se aprecia un delicado equilibrio que constituirá el marco de referencia con base en el cual ha de deducirse el sentido que la función social de la propiedad privada cobra en nuestro ordenamiento constitucional.

Para mejor comprender la verdadera operatividad de este principio constitucional, el art. 33.2 no puede ser interpretado aisladamente, sino que es necesario interrelacionarlo sistemáticamente con otros múltiples preceptos constitucionales que vienen a determinar su acción respecto de las distintas situaciones jurídicas de propiedad¹⁸². Entre ellos, son dignos de mención la

181 PAULIAT, H., *Le droit de propriété...*, cit. p. 153.

182 Sobre la conveniencia de este tipo de interpretación, MONTES PENADES, V., «Panorama de la propiedad privada después de la Constitución de 1978», en AA.VV., *Propiedad, urbanismo, Derecho comunitario europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ciclo de conferencias de los Centros Hipotecarios de Galicia y Madrid, 1984-1986, pp. 73 y 74; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 118; DIEZ-PICAZO, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la CE», en AA.VV., *Estudios sobre la CE en homenaje al Prof. García Enterría*, vol. II., De los derechos y deberes fundamentales, Madrid, 1990, p. 1257; BARNES VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, p. 141. PÉREZ LUÑO, A. E., *Comentarios a las Leyes Políticas Españolas* (art. 33), T. III (arts. 24 a 38), O. Alzaga (dir.), Madrid, 1983, p. 405.

subordinación de la riqueza al interés general (art. 128.1 CE), el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), el deber de los poderes públicos de defender la productividad (art. 38 CE), de promover las condiciones favorables para el progreso económico y social (art. 40.1 CE), de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1 CE), de estimular el crecimiento de la renta y la riqueza, así como su más justa distribución (art. 131.1 CE), etc. Al analizar conjuntamente las disposiciones citadas, se deduce que las genéricas exigencias derivadas de la indeterminada cláusula de la función social contenida en el art. 33.2 CE se concretan en diversas autorizaciones o, en su caso, mandatos que, a nivel constitucional, legitiman a los poderes públicos para que intervengan en los procesos económico-productivos.

A fin de cumplir con lo que dispone el art. 33.2 CE, la mediación pública ha de procurar que la actividad económica de empresarios-propietarios se desarrolle en una forma coherente con los fines de interés general constitucionalmente consagrados (art. 128.1 CE). En orden a alcanzar este fundamental objetivo, el Estado ha de garantizar la defensa de la productividad, el incremento de la riqueza y su más justa distribución, adoptando, para ello, toda una serie de medidas que van desde el simple incentivo de la actividad productiva a la imposición de límites en el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes productivos, pasando por la organización general de sectores económicos mediante la planificación:

Aunque el art. 38 CE reconozca la iniciativa económica privada, la intención de nuestro último constituyente de evitar que la propiedad se convierta en un obstáculo para el desarrollo económico (arts. 9.2 y 33.2 CE.), justifica, e incluso a veces convierte en necesaria, la existencia de intervenciones legislativas que impulsen, favorezcan o incentiven en determinados sectores económicos la actividad productiva del propietario, cuando el destino del bien objeto de su derecho sea la producción de otros bienes o servicios. A título de ejemplo, se podría citar, entre esos mecanismos incentivadores, el establecimiento de subvenciones, inversiones, contribuciones económicas a fondo perdido, exenciones o bonificaciones tributarias, etc.¹⁸³.

Ahora bien, para el caso de que estos incentivos no logren orientar la actividad económica de los sujetos privados hacia fines de interés general, el Estado, con base en los arts. 128.2 y 131 CE, podrá disciplinar y organizar de modo general la actividad económica de un determinado sector, mediante la planificación de las grandes decisiones y opciones macroeconómicas (art. 131 CE)¹⁸⁴. Del mismo modo, y gracias al reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), el Estado podrá desarrollar por sí mismo la actividad económica-productiva actuando como un empre-

183 GALGANO, F., *La sociedad...*, cit. p. 198.

184 BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 145.

sario más, con la finalidad de conseguir la realización de aquellos intereses generales que los sujetos privados fueron incapaces de lograr¹⁸⁵.

Finalmente, la actividad económica de los propietarios de bienes productivos podrá ser encauzada hacia la consecución de fines de interés general (entiéndase defensa de la productividad art. 38 CE, aumento de la riqueza y más justa distribución de la renta arts. 40 y 131 CE) mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad privada. La recepción a nivel constitucional de la función social de la propiedad y la intervención Estatal en la economía, legitimada por las exigencias del interés general y la defensa de la productividad (arts. 128 y 38 CE.), impiden que la autonomía de la voluntad se proyecte sobre el mercado con la disponibilidad de antaño¹⁸⁶. A diferencia de lo que acontecía en el orden liberal¹⁸⁷, y como consecuencia del rol interventor que corresponde ahora al Estado, el titular de un derecho de propiedad ya no es plenamente libre en la determinación del destino económico de aquellos bienes cuya forma de utilización incida en la colectividad, pues, en el ejercicio de su derecho, ha de tener siempre presente la realización del interés económico subyacente¹⁸⁸. Un objetivo finalista (desarrollo económico y aumento de la productividad) irrumpe ahora en el ejercicio de las facultades dominicales, limitando así la inicial libertad de disposición que tenía el propietario. La autonomía de voluntad del individuo viene condicionada por la específica relevancia económica y social de los bienes que le son propios. En este sentido, podemos afirmar que el ejercicio del derecho de propiedad ya no está únicamente en función de la voluntad de su titular, sino que depende también del destino económico de las cosas que constituyen su objeto.

En síntesis, de todas las afirmaciones vertidas hasta este punto, podemos concluir que la actuación de la función social en el seno del Estado del Bienestar y su concreción en la permanente acción de los poderes públicos en nombre de los intereses generales, la defensa de la productividad, el desarrollo económico, y en suma, la efectiva realización de la libertad e igualdad materiales, han ido desplazando el centro de gravedad de la institución de la propiedad, de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo

185 Nos hallamos ante la figura que ha sido denominada por GALGANO como *Stato-impreditore*. GALGANO, F., *La società...*, cit. pp. 198 y 199; *Idem. Las instituciones...*, cit. pp. 39 y ss. En la doctrina española, DUQUE DOMINGUEZ, J., «Iniciativa privada y empresa», cit. p. 59. BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 142. GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. pp. 78 y 79.

186 IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 142; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 142.

187 En el orden liberal, el ejercicio del derecho de propiedad de la tierra, y de los bienes productivos en general, no se encontraba ligado a ningún tipo de objetivo finalista de carácter social. Tal y como recalca IRTI (*Dal Diritto Civile...*, cit. p. 14), se trataba de la perspectiva subjetiva del «haber», del señorío sobre las cosas externas, faltando la perspectiva del «producir».

188 FINZI, E., «Diritto di proprietà e disciplina della produzione», *Atti I Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, 1935, p. 160; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 41.

aislado, hacia una concepción jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento¹⁸⁹.

189 BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 122.