

¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad?

(En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004)*

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional

I

Con la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto un caso extremo. Es improbable que circunstancias similares a las que han dado lugar a este asunto se repitan frecuentemente en el futuro; pero precisamente la crudeza del conflicto subyacente ha obligado al Tribunal de Estrasburgo a abordar de frente algunos de los más arduos problemas que suscita el derecho fundamental de propiedad privada, especialmente en su faceta de garantía expropiatoria.

Entre 1945 y 1949, se llevó a cabo una drástica reforma agraria en la zona de ocupación soviética, que coincidía, dicho sea incidentalmente, con aquellas regiones de Alemania en que el latifundio estaba más implantado. Todas las fincas con una superficie superior a cien hectáreas fueron transmitidas a un Fondo Agrario de titularidad pública, quedando los antiguos propietarios despojados de su titularidad. El Fondo Agrario procedió a redistribuir las tierras haciendo parcelas de ocho hectáreas, que debían darse a cultivadores directos, conocidos como «nuevos agricultores». Éstos recibían unos certificados de atribución de las parcelas que los habilitaban para la explotación agrícola de las mismas. Los certificados no podían venderse, ni arrendarse, ni aportarse a una sociedad: todo estaba diseñado para que sólo el beneficiario de cada certificado pudiera explotar la parcela correspondiente. Era obligatorio, además, aportar gratuitamente una parte de la cosecha al Estado, pues el objetivo último de la reforma agraria era asegurar el aprovisionamiento de alimentos para el conjunto de la población.

Tras la creación de la República Democrática Alemana, las cosas se ablandaron algo; y ello en un doble sentido. Por un lado, desde 1951, la legislación alemana-oriental permitió la transmisión *mortis causa* de los certificados de

* Ponencia presentada en el Colegio de Registradores de la Propiedad el 20 de abril de 2004.

atribución de parcelas siempre que los herederos del anterior beneficiario se comprometieran a realizar una explotación agrícola de la correspondiente parcela. Por otro lado, es de crucial importancia señalar que el funcionamiento efectivo de este sistema de tenencia y uso de la tierra fue muy irregular, ya que la realidad divergía demasiado a menudo de las previsiones legales. Era frecuente, en particular, que el beneficiario del certificado que aparecía inscrito en el Registro de la Propiedad no coincidiera, tal como debería, con quien efectivamente cultivaba la parcela. Obsérvese incidentalmente que la tradición alemana de publicidad inmobiliaria sobrevivió incluso durante el régimen comunista.

Tras la caída del Muro de Berlín y poco antes de que se llevara a cabo la reunificación, fue aprobada la Ley de 6 de marzo de 1990, conocida como «Ley Modrow» por el nombre del último Presidente de la República Democrática Alemana. La Ley Modrow eliminó todas las restricciones de uso y de disposición que hasta entonces pesaban sobre los certificados de atribución de parcelas, transformándolos a todos los efectos en títulos de propiedad privada. La Ley Modrow entró en vigor el 16 de marzo de 1990.

No obstante, lo establecido por la Ley Modrow se ha visto luego alterado, tras la reunificación, por la Ley de 14 de julio de 1992. Esta disposición legislativa de la Alemania reunificada añade los párrafos 11 a 16 al art. 233 de la Ley de Introducción al *B.G.B.*, con la finalidad corregir, si no eliminar, los efectos de la arriba citada Ley Modrow. Por lo que aquí específicamente importa, la Ley de 14 de julio de 1992 establece tres normas: A) La propiedad de las fincas procedentes de la reforma agraria corresponde a los herederos de quienes figuraran en el Registro de la Propiedad como beneficiarios del correspondiente certificado, salvo que haya alguna otra persona con mejor derecho. B) El *Land* donde se encuentra la finca tiene mejor derecho que el heredero si su causante había ya fallecido antes del 15 de marzo de 1990, pero no si falleció con posterioridad a esa fecha. C) Sólo puede ser considerado heredero de fincas procedentes de la reforma agraria quien ejerciera actividades agrícolas el 15 de marzo de 1990 en el territorio de la antigua República Democrática Alemana, o las hubiera ejercido en los diez años anteriores. De lo contrario, la propiedad debe pasar al *Land* correspondiente.

Hasta aquí, los antecedentes necesarios para comprender los tres asuntos acumulados que resuelve la mencionada sentencia *Jahn y otros c. Alemania*. Los recurrentes eran propietarios de fincas sitas en distintos puntos de la antigua República Democrática Alemana que, en su día, habían sido parcelas del Fondo Agrario. Todos ellos las habían adquirido *mortis causa* de los antiguos beneficiarios de los correspondientes certificados, con anterioridad al 15 de marzo de 1990; todos ellos aparecían, asimismo, como propietarios inscritos en el Registro de la Propiedad; y ninguno de ellos, en cambio, se había dedicado a actividades agrícolas. Pues bien, los *Länder* en que se hallan esas fincas exigieron a los propietarios la entrega gratuita de las mismas con base en lo dispuesto por la citada Ley de 14 de julio de 1992. Esta

pretensión fue plenamente acogida por los tribunales alemanes. Los afectados acudieron entonces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II

Antes de entrar a examinar la sentencia *Jahn y otros c. Alemania*, es preciso señalar que los arriba mencionados preceptos de la Ley de 14 de julio de 1992 habían sido declarados plenamente conformes a la Ley Fundamental por las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de 6 y 25 de octubre de 2000. El razonamiento del Tribunal Constitucional Federal giraba en torno a cuatro argumentos principales.

En primer lugar, niega que la aplicación de la Ley de 14 de julio de 1992 suponga una expropiación a efectos del apartado tercero art. 14 de la Ley Fundamental. Éste dispone: «La expropiación sólo puede hacerse en interés común, y únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización se establecerá mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización». La razón por la que el Tribunal Constitucional Federal estima que el apartado tercero del art. 14 de la Ley Fundamental no es aplicable al presente caso es que sólo hay expropiación, en el sentido constitucional de la expresión, cuando la ablación incide sobre situaciones jurídicas subjetivas concretas; es decir, la garantía expropiatoria no opera frente a regulaciones generales de una clase de bienes, por restrictivas que puedan resultar con respecto a la regulación anterior. La expropiación, dicho brevemente, ha de ser siempre singular. Este argumento del Tribunal Constitucional Federal, por lo demás, parece estar en consonancia con su jurisprudencia anterior, que había sostenido que, cuando una regulación general tiene como efecto vaciar de contenido una clase de derechos patrimoniales, el problema no es si se ha de indemnizar –como ocurriría si se tratara de un genuino fenómeno expropiatorio– sino si esa regulación general es, en sí misma, conforme a la Ley Fundamental. La regulación general nunca da lugar a indemnización: si es inconstitucional, se anula; si es constitucional, se aplica. El problema se desplaza, así, a los topes constitucionales al legislador a la hora de hacer nuevas regulaciones generales de signo restrictivo. La razón última por la que el Tribunal Constitucional Federal estima que las regulaciones generales no caen dentro de la garantía expropiatoria es que, de lo contrario, habría que admitir gasto público no previsto por Ley alguna. (Véase D. P. CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1994, pg. 293, quien señala, además, que en los Estados Unidos la respuesta a este tipo de supuestos, francamente difíciles, tiende a ser de naturaleza expropiatoria siempre que la nueva regulación general sea suficientemente restrictiva).

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional Federal examina si la Ley de 14 de julio de 1992 sobrepasa los topes

constitucionales al legislador a la hora de hacer nuevas regulaciones generales de signo restrictivo. A este respecto, hay que tener en cuenta que los apartados primero y segundo del art. 14 de la Ley Fundamental son muy parcos: hay una mera proclamación del derecho fundamental de propiedad privada, con remisión a la Ley en cuanto a su contenido respecto de cada tipo de bien, y una exigencia de que «su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común». Ello deja un amplio margen de apreciación al legislador, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional Federal estima que puede llegar a ser constitucionalmente admisible, en determinadas circunstancias, suprimir situaciones jurídicas subjetivas existentes a efectos de llevar a cabo una reforma general. Ciertamente, las circunstancias deberán ser lo suficientemente graves como para justificar un respuesta tan agresiva; pero el Tribunal Constitucional Federal no duda que las extraordinarias dificultades inherentes a la reunificación de Alemania y, en particular, al paso de una economía centralizada a una economía de mercado tienen la naturaleza justificante requerida.

En tercer lugar, especial peso tiene, para justificar la constitucionalidad de la nueva regulación general introducida por la Ley de 14 de julio de 1992, el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal vea esta última como una necesaria corrección a la laguna encubierta de que adolecería la Ley Modrow. La idea, que había sido ya apuntada por los tribunales ordinarios, es que la Ley Modrow transformó de golpe los antiguos certificados de atribución de parcelas en títulos de propiedad a todos los efectos, sin establecer régimen transitorio alguno y sin tener en cuenta la realidad de las distintas situaciones fácticas subyacentes. Ello habría dado lugar a adquisiciones de propiedad poco claras. Siempre según el Tribunal Constitucional Federal, las distinciones establecidas por la Ley de 14 de julio de 1992 habrían colmado esa laguna encubierta, dando una regulación clara y equilibrada a la adquisición de propiedades procedentes de la reforma agraria.

En cuarto y último lugar, más allá de las cuestiones atinentes al derecho fundamental de propiedad privada, el Tribunal Constitucional Federal considera que la Ley de 14 de julio de 1992 no vulnera el principio de seguridad jurídica, porque los herederos de fincas procedentes de la reforma agraria no tenían razones para esperar que la legislación de la República Democrática Alemana, conforme a la cual habían adquirido su propiedad, habría de permanecer vigente e inalterada tras la reunificación de Alemania. Ninguna confianza digna de protección habría sido destruida. Téngase en cuenta, a este respecto, que el Tratado sobre la Unificación de Alemania de 31 de agosto de 1990 era especialmente ambiguo en materia de propiedad. Éste, en efecto, se limitaba a hacer suya una declaración conjunta de los dos preexistentes Gobiernos alemanes, realizada el 15 de junio de 1990, en virtud de la cual las cuestiones patrimoniales litigiosas habrían de resolverse buscando un equilibrio socialmente aceptable entre los intereses encontrados que tome en consideración el principio de seguridad jurídica y la protección de la propiedad privada.

III

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no comparte esta visión del Tribunal Constitucional Federal alemán. La sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004 estima, como se verá a continuación, que las resoluciones judiciales que, en aplicación de la Ley de 14 de julio de 1992, imponen la entrega a los *Länder* correspondientes, sin indemnización alguna, de ciertas fincas procedentes de la reforma agraria constituyen una violación de la garantía expropiatoria, tal como se halla establecida en la segunda frase del apartado primero del art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos: «Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional». El Tribunal de Estrasburgo, como es habitual en él, examina sistemáticamente los distintos requisitos que, en materia de privación de propiedad, impone el art. 1 del Protocolo Adicional leído a la luz de su propia jurisprudencia (véase, para un análisis de conjunto de esta última, S. BARTOLE y OTROS, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pg. 801 ss., así como F. SUDRE y OTROS, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, pg. 497 ss.).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza comprobando que ha habido una ingerencia en el derecho de propiedad. Para ello, recuerda que, a efectos del art. 1 del Protocolo Adicional, la privación de propiedad no tiene que consistir necesariamente en un acto formal de expropiación –lo que, como se vio, no había ocurrido en el presente caso– sino que es preciso analizar la realidad de la situación litigiosa a fin de determinar si ha habido una ablación de derechos concretos y efectivos. La titularidad dominical que los recurrentes habían tenido sobre fincas procedentes de la reforma agraria, al menos desde que entró en vigor la Ley Modrow hasta que se les aplicó la Ley de 14 de julio de 1992, versa indudablemente sobre derechos concretos y efectivos. Y esta conclusión, siempre según el Tribunal de Estrasburgo, no puede verse desvirtuada por el hecho de que el Gobierno alemán califique tal propiedad de ilegítima, pues, independientemente de cualquier otra consideración, había habido ejercicio efectivo de la misma.

Una vez comprobado que ha habido ingerencia en el derecho de propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos procede a analizar si concurren las condiciones que para la privación de propiedad impone el art. 1 del Protocolo Adicional. Estas condiciones son tres: primera, que la medida esté prevista por la ley; segunda, que responda a una causa de utilidad pública; tercera, que sea proporcionada.

Pocas dudas caben con respecto al cumplimiento de la primera condición, ya que la Ley de 14 de julio de 1992 ofrece la cobertura normativa requerida. Además, es suficientemente precisa y previsible.

En cuanto a la causa de utilidad pública, hay que tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado siempre esta condición en un sentido muy laxo, de manera que equivale a cualquier finalidad que los poderes públicos puedan legítimamente perseguir. A ello hay que añadir que se reconoce a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación de las necesidades de su país, máxime cuando, como en el presente caso, se trata de problemas complejos derivados de la reunificación de Alemania. Tan es así que el Tribunal de Estrasburgo llega a admitir que la finalidad legítima podría ser la rectificación de la falta de correspondencia, frecuente en la República Democrática Alemana, entre titularidad registral y situación efectiva.

La privación de propiedad, por tanto, estaba prevista por la Ley y respondía a una causa de utilidad pública. No se cumplía, sin embargo, la tercera condición, consistente en la proporcionalidad o justo equilibrio entre el interés general y los derechos de los particulares. Según clara y constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ese justo equilibrio exige que los particulares privados de sus bienes reciban una indemnización razonable en relación al valor de los mismos; indemnización razonable que –nótese bien– no tiene necesariamente que equivaler al valor de mercado. Sólo en circunstancias excepcionales cabría una privación de propiedad sin indemnización. Pues bien, la Ley de 14 de julio de 1992 no prevé indemnización alguna. El Gobierno alemán sostenía que la propiedad de los recurrentes era ilegítima; lo que podría considerarse como una circunstancia excepcional, idónea para justificar la ausencia de previsiones indemnizatorias en la Ley de 14 de julio de 1992. Este argumento es rechazado por el Tribunal de Estrasburgo, a cuyo juicio lo que hace la Ley de 14 de julio de 1992 es un viaje al pasado para tratar de poner las cosas en el estado en que se habrían hallado si no se hubiera aprobado la Ley Modrow. Ciertamente, esta última supuso una sanatoria para todas aquellas situaciones, ilegales hasta entonces, en que el titular registral no coincidía con quien podía ser beneficiario del correspondiente certificado de atribución de parcela. Y, precisamente por ello, la Ley de 14 de julio de 1992 introduce la distinción entre herederos de titulares registrales según que la sucesión se hubiera producido antes o después de la entrada en vigor de la Ley Modrow: mientras éstos sucedieron a quien ya era propietario, aquéllos se transformaron en propietarios sin tener que demostrar que eran –sustancialmente, además de registralmente– beneficiarios de los certificados transformados *ope legis* en títulos de propiedad. Ahora bien, todo esto no significa que, como sostenía el Gobierno alemán en su defensa, la propiedad así adquirida fuera ilegítima; o, como había dicho en su día el Tribunal Constitucional Federal alemán, que hubiera una laguna encubierta en la Ley de 14 de julio de 1992. El Tribunal de Estrasburgo es inusualmente cortante en este punto, al tachar la idea de propiedad ilegítima de «noción eminentemente política». En otras palabras, cualquiera que sea la valoración sobre la justicia de la Ley Modrow, el hecho incontestable es que transformó todos los certificados inscritos en el Registro de la Propiedad en títulos de propie-

dad, sin excepción alguna, y que fue válidamente aprobada por el legislador alemán-oriental. Es claro, asimismo, que tras la reunificación de Alemania continuó rigiendo la propiedad de las fincas procedentes de la reforma agraria. La idea de propiedad ilegítima, por ello, carece de significado técnico-jurídico y no sirve para justificar la falta de previsiones indemnizatorias en la Ley de 14 de julio de 1992. Más aún, el Tribunal de Estrasburgo añade que, si de hacer justicia sobre el pasado se trataba, algo habría debido decir la Ley de 14 de julio de 1992 sobre el expolio de los originarios propietarios en 1945. Por todo ello, concluye que ha habido una violación del art. 1 del Protocolo Adicional.

Para terminar esta somera exposición de la sentencia *Jahn y otros c. Alemania*, conviene hacer tres precisiones adicionales. En primer lugar, el Tribunal Europeo no se pronuncia sobre la otra alegación de los recurrentes, relativa a la posible discriminación entre propietarios de fincas procedentes de la reforma agraria según que hubieran heredado antes o después de la entrada en vigor de la Ley Modrow. Al haber estimado la primera petición, no era necesario entrar en la segunda. En segundo lugar, el fallo se reserva para un momento ulterior todo pronunciamiento sobre un arreglo equitativo (art. 41 del Convenio Europeo), dando un plazo de seis meses a las partes para que le sometan sus observaciones al respecto y, en su caso, todo acuerdo al que hayan podido llegar. En tercer lugar, vale la pena señalar que hay un voto particular del juez Ireneu Cabral Barreto, presidente de la Sala. Éste se muestra de acuerdo con la idea de propiedad ilegítima, porque los titulares inscritos en el momento de la entrada en vigor de la Ley Modrow se habían aprovechado del escaso rigor con que se había venido aplicando la legislación relativa a la reforma agraria; y, por tanto, cree justificado que la Ley de 14 de julio de 1992 no previera indemnización alguna.

IV

Todo lo anterior conduce a hacer varias reflexiones. De entrada, es preciso constatar que, con la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado por primera vez que la garantía expropiatoria se aplica, en determinadas circunstancias, para aquellas regulaciones generales que supongan una ablación de toda una clase de bienes. Da, así, una respuesta afirmativa a la pregunta de si hay que indemnizar las privaciones generales de la propiedad. Para comprender correctamente esta afirmación, es preciso aclarar dos extremos.

Por un lado, la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* tiene formalmente por objeto sólo determinadas privaciones singulares de propiedad, a saber: las acordadas por las resoluciones judiciales que ordenaron a los recurrentes entregar sin indemnización sus fincas procedentes de la reforma agraria a los *Länder* correspondientes. No enjuicia genéricamente la conformidad de la Ley de 14 de julio de 1992 con el art. 1 del Protocolo Adicional, entre otras razones, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene como función conocer de recursos de particulares en casos concretos, no

hacer un control abstracto de la adecuación de las legislaciones nacionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más aún, la Ley de 14 de julio de 1992 no era autoaplicativa, sino que preveía el requerimiento de los *Länder* y, en caso de desacuerdo de los particulares requeridos, la intervención judicial. Cabría pensar, por ello, que éste no es, en rigor, un caso de privación general de propiedad. Ahora bien, todo esto no obsta a que la Ley de 14 de julio de 1992 previera la obligación de entrega sin indemnización de toda una clase de bienes. En este sentido, cualesquiera que sean las operaciones necesarias para llevarla a la práctica, se trataba de una privación general de propiedad. Tan es así que el Gobierno alemán no ha ocultado su preocupación por las consecuencias financieras que, más allá del caso concreto que la originó, puede tener la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* (véase el diario *Le Monde* de 24 de enero de 2004, p. 5).

Por otro lado, no está de más señalar que la idea de regulación general con ablación de toda una clase de bienes –o, si se prefiere la fórmula más sintética, privación general de propiedad– no coincide con la idea de expropiación legislativa. Esta última hace referencia al medio utilizado para expropiar, que es directamente la ley, en lugar de un acto administrativo de aplicación de la legislación sobre expropiación forzosa. La expropiación legislativa plantea, como es sabido, problemas constitucionales en materia de igualdad ante la ley y, sobre todo, de tutela judicial efectiva (véase, por todos, J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100, 1983). Por el contrario, la idea de regulación general con ablación de toda una clase de bienes no hace referencia al medio –por más que, tratándose de una regulación general, deberá haber una norma legal o reglamentaria– sino al objeto: la privación abarca todos los bienes comprendidos dentro de una determinada categoría.

Hechas estas aclaraciones, el problema de las regulaciones generales con ablación de toda una clase de bienes es, como se dijo más arriba, uno de los más arduos en sede de derecho fundamental de propiedad privada; y ello, sencillamente, porque entraña un dilema que no admite respuestas netas: si se estima que es expropiación –y, por consiguiente, que debe haber indemnización–, los costes de muchas reformas legislativas serán inasequibles, cercenando así la libertad de configuración del ordenamiento que corresponde al legislador democrático; si se estima, en cambio, que no es expropiación, los particulares afectados por la ablación de toda una clase de bienes –o por una nueva regulación que restrinja seriamente las facultades sobre los mismos– no tendrán derecho a indemnización alguna, por grande que sea la pérdida que hayan sufrido.

El instituto de la expropiación forzosa no estaba históricamente pensado para este tipo de supuestos. En palabras del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, se trata de «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos». La privación ha de ser singular; es decir, debe afectar a una

o varias personas en concreto. Así, el instituto de la expropiación forzosa se ha construido históricamente en torno a la noción de sacrificio especial: cuando el logro de una finalidad pública legítima exige disponer del bien de un particular, la colectividad debe reembolsar a éste la pérdida sufrida a favor de ella (véase el clásico estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 39 ss.). En este esquema tradicional, las regulaciones generales se consideraban ajenas a la expropiación forzosa, porque lo que afecta a todos no comporta un sacrificio especial, sino simplemente la genérica sumisión al ordenamiento jurídico, que va cambiando a lo largo del tiempo. De aquí la conocida distinción de la doctrina administrativista entre «límites» y «limitaciones» de la propiedad privada: mientras que aquéllos serían los contornos que a cada clase de bien da el ordenamiento jurídico en un momento dado, éstas serían las restricciones que la Administración puede imponer sobre bienes concretos. La expropiación forzosa tendría que ver sólo con las limitaciones, no con los límites.

Este esquema tradicional de la expropiación forzosa partía de un doble presupuesto inequívocamente liberal: que sólo excepcionalmente haya que tomar los bienes de un particular para la consecución de finalidades públicas legítimas –el supuesto más frecuente eran las obras públicas– y que la ley sea poco intervencionista en el régimen de uso y disfrute de los bienes y derechos patrimoniales. A medida que el intervencionismo público en la economía fue erosionando estos presupuestos, el esquema tradicional de la expropiación forzosa ha dejado de ser satisfactorio en algunos aspectos. Los casos en que una regulación general priva, en todo o en parte, de las facultades hasta entonces inherentes a la propiedad de toda una clase de bienes distan de ser escasos. Piénsese, por poner ejemplos de la experiencia española de los últimos veinticinco años, en la legislación de aguas, de costas, de funcionarios, de reforma agraria, etc. Es en este contexto cuando surge el interrogante sobre la sujeción de las privaciones generales de propiedad a la garantía constitucional en materia de expropiación forzosa.

Ni que decir tiene que las normas constitucionales no pueden ser interpretadas a la luz de las normas legales. No sería admisible, así, sostener que el deber de indemnizar impuesto por el art. 33 de la Constitución española se refiere únicamente a las privaciones de bienes reguladas por la Ley de Expropiación Forzosa. Es pacífico que, tratándose de privaciones singulares, estén o no reguladas por la Ley de Expropiación Forzosa, las únicas que quedan fuera del art. 33 de la Constitución son las de naturaleza sancionatoria –tales como decomisos, multas, etc.– que se rigen por el art. 25 de la Constitución. ¿Qué ocurre, entonces, con las privaciones generales de propiedad?

Una posible respuesta es que la garantía expropriatoria no resulta nunca aplicable a estos supuestos. Como se vio más arriba, ésta es la postura mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Se caracteriza por su innegable claridad: de las dos grandes facetas de que consta el derecho

fundamental de propiedad privada, que son la garantía expropiatoria para la privación de bienes y la imposición del tope de la proporcionalidad a la regulación de cualquier tipo de propiedad, sólo esta última operaría frente a las regulaciones generales. Ello implica que las privaciones generales de propiedad pueden ser constitucionales o inconstitucionales, mas no dan jamás lugar a indemnización. A pesar de su nitidez y –todo hay que decirlo– de su escrupuloso respeto a la dignidad del legislador democrático, esta postura tiene el inconveniente de que puede darse que la regulación general con ablación de toda una clase de bienes sea imprescindible para la consecución de una finalidad pública legítima –incluso inaplazable– y, aun así, implique un serio empobrecimiento de los titulares de bienes de esa clase. Es importante destacar que el clásico argumento del sacrificio especial, en rigor, también opera aquí, ya que las personas que, por los azares de la vida, tienen su riqueza en bienes de una clase determinada son sacrificadas en aras de un beneficio para la colectividad. Por ejemplo, cuando el legislador declara de dominio público absolutamente todas las aguas, quienes tenían títulos de propiedad privada sobre algunas de ellas sufren una pérdida patrimonial, no en relación con otros propietarios de aguas –que, por definición, ya no existen– sino en relación con los propietarios de otras clases de bienes. Y conviene no perder de vista que el sacrificio de una u otra clase de bienes depende básicamente de los objetivos políticos que se fija el legislador, no de la bondad o maldad de los propietarios afectados. No es de extrañar, por ello, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya rechazado esta postura.

Ahora bien, la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* resuelve un caso extremo: la regulación general no preveía indemnización alguna y, sobre todo, suponía una privación pura y simple de la propiedad. La conjunción de estas dos circunstancias extremas es francamente inhabitual. En España, el problema de si la garantía expropiatoria se aplica a regulaciones generales nunca se ha planteado en términos tan dramáticos. Así, por poner los ejemplos más vistosos, en los casos de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, había ciertamente propiedades inmobiliarias que pasaban *ope legis* al dominio público; pero, al mismo tiempo, se reconocía a los antiguos propietarios una concesión de aprovechamiento a largo plazo. Ello permitió al Tribunal Constitucional considerar que había alguna forma de indemnización, idónea para satisfacer la exigencia del apartado tercero del art. 33 de la Constitución (SSTC 227/1988 y 149/1991) (véase F. REY MARTÍNEZ, «Derecho de propiedad privada», en M. ARAGÓN REYES, ed., *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, vol. III, Civitas, Madrid, 2001, pgs. 203 y ss.). En suma, ha sido probablemente el carácter extremo del caso abordado lo que ha facilitado que el Tribunal de Estrasburgo afirmara que las regulaciones generales con ablación de toda una clase de bienes no están siempre excluidas de la exigencia de indemnizar. Lo que queda por ver es hasta qué punto llegará este nuevo principio jurisprudencial cuando surjan casos, mucho más frecuentes en la práctica, en que la privación no sea total –sino que se restrinjan facultades de uso y aprovechamiento– y en que haya alguna forma, directa o indirecta, de compensación.

V

Para concluir esta exposición de la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004, puede ser útil hacer dos observaciones adicionales, que nada tienen que ver con el deber de indemnizar las privaciones generales de propiedad.

La primera versa sobre la idea de laguna encubierta, adoptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Ésta habría consistido en que, sin establecer régimen transitorio alguno y sin tener en cuenta la realidad de las distintas situaciones fácticas subyacentes, la Ley Modrow había transformado los antiguos certificados de atribución de parcelas en títulos de propiedad a todos los efectos. ¿Es esto una laguna en sentido propio? La verdad es que no y, por ello, tiene toda la razón el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al rechazarla como una «noción eminentemente política». Una laguna existe cuando el ordenamiento, que establece la prohibición de *non liquet*, no proporciona criterio alguno para resolver un caso determinado. No es esto lo que ocurría con la aplicación de la Ley Modrow. Más bien, como señala el propio Tribunal Constitucional Federal alemán, lo que pasaba era que había dado lugar a adquisiciones de propiedad poco claras; y esto no es un problema de ausencia de criterios, sino de insatisfacción con los criterios existentes. Se trata de una laguna impropia. Muy expresivamente, Norberto Bobbio calificaba este tipo de situaciones como «lagunas ideológicas», porque lo que falta no es una norma aplicable, sino una norma justa (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 157 y ss.). Ni que decir tiene que el problema de las lagunas ideológicas se sitúa en el plano de la política del derecho, no en el plano del derecho positivo.

La segunda observación hace referencia a lo que podría llamarse la «apropiación originaria». El caso resuelto por la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* versa sobre el paso de un mundo donde no existe la propiedad privada a otro donde sí la hay. En ordenamientos donde la tradición de propiedad privada no ha sido jamás interrumpida, su adquisición se realiza por medios bien establecidos y generalmente aceptados (compra, herencia, usucapión, etc.). Hay previsiones, incluso, para el hallazgo de un tesoro oculto en finca ajena (arts. 351 y 614 del Código Civil). Ello significa que no es preciso interrogarse cada vez sobre la justicia o injusticia de cada adquisición. Es sintomático que, en los ordenamientos con tradición de propiedad privada, la cuestión surge esporádicamente cuando se produce una transformación en *res intra commercium* de categorías de cosas que antes estaban fuera del comercio de los hombres. Piénsese en la polémica sobre el modo más justo de llevar a cabo las privatizaciones o, en el siglo XIX, en la venta de los llamados «bienes nacionales» provenientes de la desamortización. Pues bien, no es de extrañar que, allí donde todas las cosas económicamente importantes comienzan a ser susceptibles de apropiación por primera vez, haya que preguntarse por qué una determinada persona puede hacer suyo un bien determinado. A este respecto, es muy significativo que todo el pensamiento iusnaturalista –John Locke incluido– estimara que la única justifi-

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

cación de la propiedad privada radica en el trabajo de quien originariamente se apropió de la cosa, porque la descubrió, la colonizó, la transformó, etc. Sería este esfuerzo humano lo que justificaría la apropiación originaria (véase R. PIPES, *Property and Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1999, pgs. 30 ss). Pues bien, la Ley Modrow permitió una apropiación originaria no basada en el trabajo de los adquirentes; y, precisamente por ello, no es impertinente la cuestión de si el criterio adoptado, marcadamente aleatorio, fue justo.