

La Orden TMA/336/2020
y el derecho de propiedad
en la época del COVID-19: (breves)
reflexiones comparativas entre el
ordenamiento español, italiano
(y supranacional)

*Order TMA/336/2020 and private
property at the time of COVID-19:
(brief) comparative reflections
between Spanish and Italian
(and supranational) legal systems*

por

MICHELE GIACCAGLIA
*Doctorando de Derecho Privado, Abogado
Università Politecnica delle Marche
Ancona (Italia)*

RESUMEN: Este breve ensayo está inspirado en las recientes medidas adoptadas durante el estado de alarma para hacer frente a la excepcional situación de pandemia COVID-19. Interesa destacar que se aborda uno de los pilares sobre el que se asienta el edificio de nuestro sistema de mercado,

a saber, la propiedad privada, desde la visión de dos de los ordenamientos jurídicos europeos que más han sufrido la pandemia, Italia y España. En esta última, con ocasión de la Orden TMA/336/2020, emitida por el gobierno español el 9 de abril de 2020 para preparar, entre otras cosas, un programa de ayuda para víctimas de violencia de género, para personas desalojadas de su residencia habitual, para personas sin hogar y para personas particularmente vulnerables. Se cree que esta disposición planteó inmediatamente una controversia (innecesaria), incluida la oposición del gobierno, debido a una lectura errónea y superficial. Después de examinar brevemente la mencionada Orden y su artículo 4, párrafo 3, se intentará ofrecer una reconstrucción comparativa de la evolución del derecho de propiedad en los sistemas italiano y español, analizando la función social contenida en los textos constitucionales de los dos países. El objetivo es demostrar cómo el gobierno, en cumplimiento de la legitimidad constitucional y, en particular, del interés general, bien podría haber tenido la posibilidad de expropiar propiedades pertenecientes a particulares. En el sistema español, de hecho, así como en el italiano, existen leyes especiales que regulan en gran medida estos casos.

ABSTRACT. This short essay is inspired by recent measures taken during the emergency to deal with the exceptional COVID-19 pandemic situation. It is interesting to note that these measures interest one of the pillars on which the construction of our market system is based, which is private property, from the point of view of two of the European legal systems that have suffered the most from the pandemic, Italy and Spain. In the latter, the recent Orden TMA/336/2020, was issued by the Spanish government on April 9 in order to prepare, among other things, a program of aid for victims of gender-based violence, for people evicted from their habitual residence, for the homeless and for particularly vulnerable people. Article. 4, paragraph 3 of this provision immediately raised (unnecessary) controversy, also from the government opposition, due to, it is believed, an erroneous and superficial reading. After briefly examining the aforementioned Orden and its artículo 4, paragraph 3, an attempt will be made to offer a comparative reconstruction of the evolution of property law in the Italian and Spanish systems, by analyzing the social function contained in the constitutional texts of the two countries. The aim is to demonstrate how the government, in compliance with the constitutional legitimacy, and in particular the general interest, could well have had the possibility of expropriating properties belonging to private individuals. In the Spanish system, in fact, as well as in the Italian one, there are special laws that largely regulate these cases.

PALABRAS CLAVES: Orden TMA/336/2020. Derecho de propiedad. Límites. Vivienda. COVID-19. Ordenamiento jurídico español. Ordenamiento jurídico italiano. Ordenamientos jurídicos supranacionales.

KEY WORDS: *Order TMA/336/2020. Private property. Limits. Living place. COVID-19. Spanish legal system. Italian legal system. European legal system.*

SUMARIO: I. PREMISA. — II. LA ORDEN TMA/336/2020. ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?—III. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ESPAÑA Y EN ITALIA: 1. ... EN LOS CÓDIGOS CIVILES. 2. ... EN LAS CONSTITUCIONES. 3. ... EN LAS CARTAS DE DERECHOS EUROPEAS E INTERNACIONALES.—IV. PROPIEDAD, INTERÉS GENERAL Y UTILIDAD PÚBLICA: 1. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN. 2. PROPIEDAD Y REQUISICIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRO-NOLOGICO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PREMISA

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró la enfermedad del *Crown Virus Disease* (llamada COVID-19) como una pandemia.

Obviamente, su rápida propagación ha impuesto, entre otros¹, a países como Italia, primero, y España, posteriormente, la necesidad de planificar una reacción inmediata. Lo que inicialmente tuvo lugar mediante la adopción de una serie de medidas de confinamiento y distanciamiento social², seguidas de restricciones cada vez mayores, que condujeron a la interrupción (casi) completa de todas las actividades laborales, económicas, productivas y recreativas de numerosos sectores³.

La grave crisis sanitaria, que saturó muchos de los hospitales públicos y privados de los dos países hasta el colapso, ha tenido consecuencias igualmente devastadoras para la economía, cuyo impacto ya ha provocado, y provocará, en el futuro, pérdidas muy significativas en los ingresos para familias, autónomos y empresas. Consecuencias a las cuales, aunque de momento no parece haber sucedido, la Unión Europea deberá hacer frente actuando de manera estratégica y unitaria.

De hecho, el impacto que terminará teniendo la situación de emergencia actual dependerá, en gran medida, de la movilización de recursos nacionales y de la Unión Europea y de la coordinación entre las políticas presupuestarias, monetarias y financieras⁴.

II. LA ORDEN TMA/336/2020. ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?

Entre las diversas medidas adoptadas por el gobierno español para hacer frente a esta emergencia, la que queremos evaluar cuidadosamente, para luego desarrollar una serie de consideraciones más amplias, es la Orden TMA/336/2020, del 9 de abril de 2020, que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto Ley de 31 de marzo de 2020, número 11⁵, ha establecido varias medidas para hacer frente a los efectos económicos y sociales causados por la pandemia⁶.

Entre ellas, en el artículo 4, titulado «Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables», un programa de ayuda que tiene como objetivo proporcionar una solución de vivienda inmediata a las personas víctimas de violencia de género, personas desalojadas de su residencia habitual, personas sin hogar y otras personas particularmente vulnerables, que son beneficiarios, de conformidad con el artículo 4, párrafo 2, de dichas ayudas, junto con administraciones públicas, empresas públicas y sin fines de lucro, economía colaborativa o entidades similares, siempre sin fines de lucro, cuyo propósito es proporcionar una solución de vivienda. Los siguientes párrafos del artículo 4 en los comentarios regulan el importe⁷, la duración⁸ y los métodos de pago⁹ de dicha ayuda.

En este caso, a provocar el «*strepitus fori*»¹⁰ ha sido la última parte del artículo 4, párrafo 3 de la Orden TMA/336/2020, que establece que «Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria¹¹ una vivienda de titularidad pública, o que haya sido cedida para su uso a una administración pública, aunque mantenga la titularidad privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios y localización, para ser ocupada en régimen de alquiler, de cesión de uso, o en cualquier régimen de ocupación temporal admitido en derecho. Cuando no se disponga de este tipo de vivienda, la ayuda podrá aplicarse sobre una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias, en los mismos regímenes».

Ahora, incluso no siendo posible guardar silencio sobre la escasa lucidez legislativa manifestada por el legislador, que emitió una norma definitivamente confusa y, quizás, también superflua¹², debe recordarse que la tarea del jurista es la de interpretar la ley, y no de limitarse a cuestionar las faltas de virtuosismo técnico, para que sea posible mantener el sistema jurídico intacto y funcionando incluso cuando a este se le agreguen «piezas» innecesarias, o incluso imperfectas.

Interpretar, se ha dicho. Lo que viene a significar, en sentido amplio, el «conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para

aplicar el derecho» (DÍEZ-PICAZO, 1970, 719). Y para hacer esto, el Código civil español establece, con el fin de limitar la libertad del juez que de otro modo sería muy amplia y podría exceder en el arbitrio, una serie de reglas. Una de estas se encuentra en el capítulo II del título preliminar del Código civil, dedicado a la «Aplicación de las normas jurídicas»¹³. El artículo 3, párrafo 1, establece que «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*».

Una disposición similar se encuentra en el sistema legal italiano, donde hay una norma que se dedica expresamente a la interpretación de la ley. El artículo 12 de las «*Disposizioni sulla legge in generale*»¹⁴, titulado «*Interpretazione della legge*» establece que «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*» (BETTI, 1971, 261 y sigs.; QUADRI, 1974, 249 y sigs.).

Sin necesidad de profundizar en el complejo sistema de la interpretación del derecho¹⁵, es suficiente para nosotros detenernos en la regla que llama la atención inmediatamente al emprender el estudio de los dos artículos ahora mismo mencionados. Por un lado, se habla del sentido propio de las palabras, en relación con el contexto; por el otro, se habla del *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*. En fin, la que generalmente se conoce como interpretación literal. Ahora bien, es oportuno aclarar que en ningún caso se quiere afirmar que esta técnica de interpretación prevalece sobre las otras, o que no pueda ser necesario recurrir a múltiples técnicas interpretativas, incluso si la norma es suficientemente clara. Simplemente, en nuestra opinión, en este caso, no surge ninguna cuestión que impida interpretar la norma según el sentido de las palabras que esta contiene, y valorando la conexión entre ellas.

En la primera parte del tercer párrafo se establece, a cargo de las comunidades autónomas, el deber (*pondrán*) de atribuir a las personas individualizadas como beneficiarios de una vivienda de titularidad pública, o una vivienda privada cedida por el propietario privado a la Administración, para que esta sea ocupada en unos de los regímenes que prevé la normativa vigente (entre ellos, la norma menciona el alquiler y la cesión de uso). La segunda parte del mencionado párrafo extiende, además, la aplicación de dicha ayuda a viviendas de titularidad privada o cualquier alojamiento susceptible de ser ocupado, siempre y cuando no sea viable un recurso

del primer tipo. Lo que no significa que la Administración pública pueda intervenir sobre la propiedad privada contra la voluntad del propietario.

Y esto se afirma porque, a pesar de que la norma utiliza la forma pasiva del verbo ocupar¹⁶ en referencia a la vivienda particular, el sintagma final «en los mismos regímenes» deja claro que esta ocupación se desenvolverá respetando el marco jurídico español. De hecho, los regímenes de los cuales se habla son todos aquellos (conjuntamente al alquiler y a la cesión de uso) «de ocupación temporal admitido[s] en derecho»¹⁷, a los que se refiere la primera parte del párrafo 3, es decir, por hacer un ejemplo, además de los que menciona el artículo 4, el usufructo, el uso o la habitación, todos los derechos reales sobre cosa ajena regulados por el Código civil español.

Entonces, cuando habla de «ayuda» la normativa parece entender, indistintamente, o la cesión de una vivienda pública, o, cuando se trate de una vivienda privada, la posibilidad de pagar directamente el coste del alquiler o de la ocupación de esta.

Además, tal lectura de la norma parece poder ser confirmada también según una interpretación teleológica, es decir, según la «finalidad» a la que se refiere el artículo 3, párrafo 1 Código civil español y la «*intenzione del legislatore*» del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano. De hecho, si la *ratio legis* puede ser fácilmente individuada en la voluntad de proporcionar una solución habitacional a personas en situaciones de desventaja, no se entendería cómo la ayuda de la Administración pública no podría ser destinada a soluciones de alojamiento en viviendas privadas.

Cabe añadir una ulterior reflexión. Si el artículo 4 hubiese introducido una modalidad de intervención sobre la propiedad privada independientemente de la voluntad del propietario, la que, por cierto, no puede faltar cuando se habla de derechos reales sobre cosa ajena u derechos personales instituidos mediante contrato, se trataría de una especie de expropiación forzosa y eso, a pesar de que el propietario sería, de todas formas, tutelado (ya que, siempre y cuando el Estado determinase necesaria la expropiación forzosa de algún bien inmueble, deberá hacerlo tal y como indican la Constitución y la jurisprudencia constitucional, es decir, alegando «*causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*», o lo que es lo mismo, a través del cauce del expediente de expropiación forzosa. En caso contrario, y de no proceder según lo establecido en la Ley, el propietario tendría reservadas las acciones de ocupación ilegal y de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados), supondría dos evidentes complicaciones.

La primera, involucra la legitimidad constitucional de la orden ministerial, ya que se trataría de un acta en pleno contraste con lo que disponen los artículos 33 y 53, párrafo 1 de la Constitución, mediante los cuales se

instituye una reserva de ley formal, lo que viene a significar que el derecho a la propiedad privada solo puede ser regulado por ley y, además, esta deberá respetar el contenido esencial del derecho mencionado, y con el mismo fundamento de la potestad reglamentaria, que se encuentra en el artículo 97 y en el artículo 103, párrafo 1 de la Constitución, normas que atribuyen al Gobierno el ejercicio de dicha potestad de acuerdo con la Constitución y las leyes, y que establecen que la Administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Lo que viene a significar que mediante reglamentos no se pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas de ese rango.

La segunda complicación concierne la admisibilidad de recurrir tal orden ministerial ante el Tribunal Constitucional español. El artículo 161 de la Constitución española, de hecho, circunscribe la competencia de dicho Tribunal al conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, lo que exceptúa las órdenes ministeriales. Así como no es posible expedir el recurso de amparo, lo cual es limitado a las vulneraciones de los derechos recogidos en los artículos de 14 a 29 y 30, párrafo 2 de la Constitución. Lo que implicaría la necesidad de recurrir, ante el juez administrativo, cada acto realizado en aplicación de la orden y que infringiera los derechos de los propietarios.

Una vez analizado brevemente el artículo 4 de la Orden TMA/336/2020, se puede intentar profundizar en el examen de los argumentos señalados.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ESPAÑA Y EN ITALIA

Se ha dicho que el derecho a la propiedad habría adquirido un carácter central en esta discusión. Esto para recurrir, rápidamente, a su evolución histórica, su contenido y sus límites, verificando si, y cuándo, su comprensión puede ser justificada. De tal manera que sea posible entender si las preocupaciones demostradas después de la promulgación de la mencionada Orden están justificadas, o si se trata de una controversia infructuosa, ya que existen diferentes herramientas que el Estado tiene a disposición para lograr sus objetivos en el contexto de la «solución habitacional».

Hay que admitir que, tal vez, pueda parecer una disertación poco actual hoy en día, ya que los textos constitucionales, así como los Códigos civiles, tanto español, como italiano, se remontan a varios años atrás¹⁸. Por otra parte, numerosas y muy refinadas son las páginas escritas por ilustres juristas sobre el derecho a la propiedad¹⁹.

Dirigir un discurso sobre dicho derecho requiere proceder de la mano con el examen de la evolución histórica de la sociedad²⁰ (PÉREZ ÁLVAREZ, 2014, 19 y sigs.). Esto justifica las menciones que se encuentran dispersas en

el texto donde se realiza la reconstrucción histórica del instituto tanto en el párrafo dedicado a los textos constitucionales como en el aquel dedicado a los Códigos civiles.

La necesidad de que, en ciertas situaciones, prevalezcan diferentes necesidades en comparación con las de la propiedad también justifica el breve análisis de las razones subyacentes a la comprensión de estos derechos (función social, interés público, interés general) y de las modalidades con las cuales se lleva a cabo tal comprensión: es decir, entre otras, la expropiación y la requisa.

Al contrario, no será una cuestión que trataremos la de la ocupación temporal ya que, en lo que respecta al sistema español, este procedimiento está expresamente excluido con respecto a la vivienda (art. 109 Ley de Expropiación Forzosa de 16 de noviembre de 1954. En adelante LEF), mientras que, con respecto al ordenamiento italiano, la ocupación temporal de inmuebles se permite solamente en cuanto procedimiento preparatorio de la expropiación y, por lo tanto, es una disposición ablativa que persigue el mismo resultado, pero con un *iter* diferente respecto al ordinario.

1. ... EN LOS CÓDIGOS CIVILES

Cualquier estudiante de derecho es consciente del hecho de que, en la jerarquía de las fuentes, las Constituciones juegan un papel apical, a pesar de que, cabe recordar, el derecho comunitario, así como su aplicación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, produce efecto directo y goza de primacía sobre el derecho tanto de España como de Italia. Esto ha sido posible, en el primer caso, gracias al artículo 93 de la Constitución española, y en el segundo caso, en principio gracias al artículo 11 de la Constitución italiana, y luego por el trámite del nuevo artículo 117.

De todas formas, los textos constitucionales mantienen, debido a la distinción fundamental entre normas constitucionales, por así decir, ordinarias y superordinarias, un conjunto de principios fundamentales que, por su naturaleza, no pueden ser sometidos por el ordenamiento comunitario²¹. Entonces, la precedencia que se atribuye al breve análisis del derecho a la propiedad, así como disciplinado en los Códigos civiles, se debe a dos criterios.

Uno, el primero, es de tipo exquisitamente temporal, ya que la codificación civil ha precedido aquella constitucional tanto en España como en Italia, teniendo en cuenta, obviamente, como dicho antes, los textos constitucionales de la España democrática y de la Italia unificada.

Otro, el segundo, está relacionado con el hecho de que los Códigos civiles de los siglos XIX y XX eran actos normativos que ya encarnaban, se permita decirlo, una especie de «constitución» (GIORGIANI, 1961, 398 y

sigs.). De hecho, su contenido consistía en la formalización de un conjunto de ideas, de origen liberal, nacidas con la Revolución Francesa, las cuales delimitaron el espacio de acción de los Estados atribuyendo un valor absoluto y casi intocable a la autonomía privada y a los bienes de los individuos, así tutelándolos contra el poder del Estado. El fin, en definitiva, era aquello «de crear un poder absoluto (la propiedad) capaz de limitar aquel otro poder absoluto que detentaba el soberano» (COLINA GAREA, 1998, 103-104).

Esta función, por supuesto, ha sido hoy asumida por esa rama del derecho público que se llama derecho constitucional, ya que las sociedades han estado cambiando rápidamente, y, por un lado, los organismos intermedios (asociaciones, sociedades, empresas colectivas) han ido reemplazado la importancia absoluta del individuo y, por otro lado, el Estado, en su sentido moderno, comenzó a asumir una gama cada vez más amplia de funciones, hasta ese momento delegadas a los particulares.

Resumiendo, el derecho privado pasó de ser un estatuto que protege al individuo, su voluntad y sus bienes del poder del príncipe a un conjunto de reglas que regulan las actividades humanas (individuales y, sobre todo, colectivas)²².

Lo que confirma la relevancia no (solo) rigurosamente legal del derecho a la propiedad, ya que su contenido y su evolución están estrechamente vinculados con la evolución de la sociedad. Lo que nos lleva a coincidir con quien afirma, correctamente, que la propiedad se puede definir como «una figura primordial en la vida humana, [...] en la medida en que patentiza el vínculo íntimo que constantemente y de manera imprescindible mantiene el hombre con la naturaleza a fin de lograr de ella, mediante la cabal aplicación de su actividad [...], los rendimientos, aprovechamientos y utilidades de que es susceptible» (RIVERA SABATÉS, 2013, 232).

Antes de proceder al examen de los artículos de los Códigos civiles español e italiano, son necesarias dos premisas, una terminológica y una histórico-sistemática. La primera concierne al hecho de que, en el curso de esta discusión, el sustantivo «absoluto» y el adjetivo «absolutoz» se utilizarán varias veces con referencia al derecho de propiedad. Lo que nos obliga, entonces, a hacer un poco de claridad. El derecho de propiedad ha perdido hoy en día este carácter cada vez que se pretende con ello describir un derecho subjetivo que no puede tolerar ningún límite. De otra forma, si bien se hace referimiento al poder de excluir a cualquier otra persona que no sea el dueño del goce y de la posibilidad de disponer de la cosa, entonces el mencionado derecho sigue conservando esta característica²³, entre otras²⁴. Cuando se hace referimiento al derecho a la propiedad en la ideología liberal-burguesa, el término se utiliza en el primer sentido, aunque se hará mención del hecho de que lo más probable es que tal derecho nunca haya poseído tal carácter, por lo menos en el sentido más puro indicado.

La segunda premisa nos obliga a admitir que aquí no será posible, por razones obvias de espacio y tiempo, investigar a fondo el cambio que ocurrió en los artículos 348 Código civil español y 832 Código civil italiano con respecto a una visión más arcaica de la propiedad. Sea suficiente, pero, para dar una idea de lo que se quiere aludir, citar, por una parte, el artículo 17 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, según el cual «*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*» y, por otra, el pensamiento de uno de los grandes juristas del siglo XVIII, Gaetano Filangieri, según el cual «*[s]e un campo è mio, io posso consacrarlo alla sterilità, e il decoro della proprietà richiede che la legge mi permetta, riguardo a quest'oggetto, d'essere cattivo cittadino: poichè, se essa mi toglie questa libertà, se essa mi comanda di coltivarlo, e di coltivarlo a suo talento, io non sono più il padrone del mio fondo, in non sono che un amministratore dipendente dalla volontà di un altro*» (FILANGIERI, 1855, 840). Lo que nos hará comprender cómo esta visión, de derecho sacro, inviolable hasta el punto de poder destruir su objeto, ya había cambiado parcialmente en la idea de los codificadores español y, sobre todo, italiano, que habían llevado a cabo una «reelaboración»²⁵, entregada a nosotros en los Códigos civiles, del derecho de propiedad como un derecho, sí subjetivo, pero que tiene un contenido patrimonial, y no extrapatrimonial²⁶, y que queda sometido a límites más amplios respecto al pasado, ya que, como debe recordarse, el derecho de propiedad, incluso en su mayor extensión, siempre ha sido objeto de límites. Sea suficiente llamar a la atención del lector los principios del orden público o el de los *boni mores*, aparte de una legislación que desde hace ya más de dos siglos somete el dominio del propietario a una serie de compresiones que socavan la visión que la ley natural le ha dado²⁷.

Para demostrar lo que se acaba de decir, podemos pasar al examen de las normas.

Tomemos, por un lado, el título II del libro II del Código civil español, intitulado precisamente «De la propiedad», en donde el artículo 348 regula propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes [...]» y, por otro lado, el Título II del Libro III, intitulado «*Della proprietà*», en donde el artículo 832 del Código civil italiano, aparte de una modificación de la perspectiva del aspecto objetivo del (contenido del) derecho al aspecto subjetivo relacionado con los poderes del propietario, contiene una definición similar: «*Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*».

Con respecto a las observaciones de Gaetano FILANGIERI, que mencionamos anteriormente, se puede ver en la lectura del artículo 348 cómo

el derecho de propiedad sigue siendo, como en el abrogado Código civil italiano de 1865²⁸, un derecho de origen, y contenido, claramente liberal, que encuentra, pero, un límite en las leyes y, por lo tanto, en las evaluaciones que el Estado hace (entre otras cosas) de las necesidades de la comunidad o de un único individuo, que pueden preponderar respecto a aquellas del propietario. Con respecto, en vez, al artículo 832, sin embargo, nos parece claro que el mayor desapego de la idea liberal pura de propiedad parece haberse manifestado en el Código civil italiano, circunstancia debida, parece poder afirmarse sin miedo a ser desmentido, al hecho de que el Código civil italiano moderno ha sucedido al Código civil español de medio siglo, y por eso su definición es más acorde con esos tiempos.

La parte final del artículo 832 del Código de 1942, de hecho, habla de límites, y sobre todo de obligaciones, establecidas por el ordenamiento jurídico, mientras que el artículo 436 del Código civil de 1865 se limitaba, como hace el Código civil español, a hablar de límites de la ley. La referencia a las obligaciones, en lugar de solo a las prohibiciones, parece introducir un límite positivo con respecto al límite negativo propio del pasado, sin olvidar, además, que la referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto hace que la norma pueda adaptarse mejor a la capacidad de mutabilidad de ello²⁹ (RESCIGNO, 1988, 269 y sigs.).

Téngase en cuenta, además, que el derecho de propiedad del código español no tenía, según el artículo 350, ningún límite, en pleno respeto del brocardo latino *usque ad sidera, usque ad inferos*, mientras que el Código civil italiano (art. 840) no permite que el propietario se oponga a actividades de terceros que tengan lugar a tanta profundidad en el subsuelo o a tal altura en el espacio que no perjudiquen los intereses del propietario³⁰.

Lo que hemos dicho, sin embargo, no debe llevarnos a tergiversar el significado de la codificación del derecho de propiedad. Esto sigue siendo, en nuestros códigos, un derecho absoluto, inmediato y exclusivo que, no habiendo alcanzado todavía la cláusula general de la función social³¹, aún permanece atado a la dimensión egoísta e individualista propia del derecho subjetivo³², así como fue concebido en la época liberal burguesa.

Pasando rápidamente al análisis de las normas³³, ambas establecen como contenido del dominio dos facultades: gozar y disponer. El goce puede concebirse como la facultad de usar y explotar un bien, ya sea directamente, obteniéndose frutos naturales (se piense a la cosecha), o indirectamente, atribuyendo el disfrute directo a otros individuos en forma de derecho personal, de manera que serán obtenidos frutos civiles (se piense al alquiler).

El propietario tiene la posibilidad de disfrutar de la propiedad de inmediato, sin la intermediación de otros. Hablando de disponer, entonces, el legislador se refiere al derecho de disposición y por consecuencia a los

actos de disposición, es decir, a todos aquellos que implican un cambio en la consistencia del patrimonio del disponente.

Como hemos visto, ya con la codificación civil (o al menos la italiana) se afirma una concepción de propiedad diferente, no absoluta, es decir, la de un derecho que puede estar sujeto a una serie de límites³⁴ que se proporcionan tanto para satisfacer intereses públicos, entre los cuales los más importantes son los que se refieren a la propiedad urbana edificable y los que afectan a la propiedad rústica cultivable, pero también están previstos muchos más, que conciernen, entre otras cosas, la protección del patrimonio histórico artístico, la defensa nacional, la explotación de las minas y la navegación, cuanto para satisfacer intereses privados: más concretamente, los Códigos civiles español e italiano contienen varias normas que regulan las relaciones de vecindad, los actos de emulación y la disciplina de las inmisiones³⁵.

Entre estos límites, ahora, estamos particularmente interesados en centrarnos en dos en particular, que se mencionarán aquí pero posteriormente se analizarán de manera sucinta en los párrafos 4.1 y 4.2. Nos referimos a la expropiación y a la requisición, procedimientos administrativos que, por supuesto, son entregados, por su disciplina específica, a leyes especiales.

En lo que a nosotros respecta, habiendo aquí tratado de la codificación civil, debemos mencionar el artículo 349, párrafo 1 Código civil español, única norma de este aparato normativo que se ocupa de lo que viene a ser definido como privación de la propiedad³⁶, y lo hace estableciendo que «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización», así enmarcando los elementos fundamentales que unen las figuras jurídicas antes indicadas: i) la atribución a la autoridad administrativa del poder en cuestión; ii) la existencia necesaria de un interés supraindividual que viene a ser reconocido en una causa de pública utilidad, y iii) la previsión necesaria de una compensación para el propietario que sea privado de su derecho³⁷.

Por otro lado, la disciplina general contenida en el Código civil italiano es más detallada y clara. De hecho, el legislador tuvo en cuenta tanto la expropiación como la requisición, así como, en general, algunas limitaciones hacia actividades productivas específicas, o para obviar al abandono de ellas, o en virtud de la necesidad de proteger el patrimonio cultural y artístico italiano³⁸. Para atenernos al tema que nos interesa aquí, el artículo 834, titulado «*Espropriazione per pubblico interesse*» al párrafo 1 establece que «*Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità*» (LANDI, 1966, 806 y sigs.). De las requisas se ocupa el siguiente artículo, 835, el cual establece que «*Quando ricorrono gravi e urgenti necessità pubbliche, militari o civili, può essere disposta la requisizione*

dei beni mobili o immobili. Al proprietario è dovuta una giusta indennità» (LANDI, 1968, 152 y sigs.). Como se informó con respecto al Código civil español, consideraciones similares también se aplican a las mencionadas normas italianas. De hecho, no solo la legislación identifica los requisitos suficientes y necesarios para proceder a la privación de la propiedad privada, sino que, además, al remitir, como oportuno, a la legislación especial la disciplina específica, estas reglas han sido reemplazadas por esta última.

Antes de continuar, se puede señalar que también en este caso el Código civil español parece demostrar su formulación más antigua con respecto a aquella italiana, ya que no existen otras reglas además de la muy general contenida en el artículo 349.

2. ... EN LAS CONSTITUCIONES

También para comenzar el examen de las disposiciones constitucionales³⁹ que se ocupan de los derechos de propiedad, es necesario hacer una breve premisa, y en primer lugar recordar que, aunque aquí no se podrá profundizar el tema, como el advenimiento de las Constituciones no puede reducirse (solo) a lo que se menciona en el texto, ya que esto mantiene un enfoque sobre los aspectos económicos y jurídicos de la propiedad. No se puede olvidar pero que, al menos con respecto a las Cartas democráticas (1978 y 1942), estas fueron sabiamente construidas como «fortalezas», cuyo propósito era evitar, sobre la base de la dramática experiencia de décadas de dictadura que vivieron España y Italia, que pudiese verificarse otra vez la destrucción y el pisoteo de la vida humana y de su dignidad que ocurrió durante esos años.

Volviendo a nuestro tema, como cualquier cambio significativo en el universo jurídico, el que condujo a las fórmulas constitucionales españolas e italianas del derecho de propiedad se basa en los estudios y el trabajo de una generación de juristas, entre ellos, muchos de los que hemos aquí citado.

Con el aumento de los límites establecidos por parte del Estado⁴⁰ al ejercicio del derecho de propiedad, y con la colocación cada vez más consciente entre los derechos de naturaleza patrimonial, la doctrina comienza a dudar de la inviolabilidad de este derecho y de su estrecha correlación con la dignidad y libertad de la persona humana⁴¹.

La brecha entre la propiedad, así como definida en los Códigos civiles, y su definición en las Constituciones es amplia.

El artículo 33 de la Ley Fundamental española establece que «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada

de utilidad pública o interés social⁴², mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»⁴³ (AGUILERA VAQUÉS, 2018, 711 y sigs.).

Muy similar el artículo 42 de la constitución italiana, según el cual «1. *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.* 2. *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.* 3. *La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.* 4. *La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*»⁴⁴ (RODOTÀ, 1982, 62 y sigs.).

En este caso parece apropiado comenzar haciendo una verificación de tipo «sistemático» de las normas, es decir, resaltando su ubicación. El artículo 33 ha sido incluido en el título I de la Carta, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, en el capítulo II, de los derechos y libertades, pero no en la primera sección, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», sino en la segunda, «De los derechos y deberes de los ciudadanos».

Una discusión similar debe hacerse con respecto a la Constitución italiana, que se refiere al derecho de propiedad, y no es sorprendente, en la parte I («*Diritti e doveri dei cittadini*»), Título III («*Rapporti economici*»). En este caso, además, creemos necesaria una nota adicional que se refiere exclusivamente a la Constitución italiana. El mencionado artículo 42, en su primer párrafo, que aparentemente parece menos relevante para el razonamiento que se está desarrollando aquí, afirma que la propiedad es pública o privada. El hecho de que la jerarquía entre el interés público y el interés privado ha cambiado es evidente (también) si se examina esta elección, es decir, a través de la voluntad de colocar la propiedad pública antes que la privada.

Entonces, si por un lado se puede concordar, debido a la inclusión del derecho de propiedad en la Carta constitucional con quien afirma que «[l]a propiedad privada ha ocupado siempre, y sigue ocupando, un lugar central [...] porque entre los presupuestos en que este se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada» (DÍEZ-PICAZO, 2003, 448), por otro lado está claro que la transformación de la propiedad de derecho fundamental, considerado inviolable, a derecho patrimonial de naturaleza exquisitamente económica, además conformado por el Estado, ahora puede considerarse completa. Sin embargo, no debe olvidarse que, en España, una concepción similar de la propiedad, que podría definirse «social», también estaba contenida en la Constitución de 1931⁴⁵.

Pasando rápidamente al análisis de las normas, debe señalarse de inmediato cómo en ambas ha sido utilizado el verbo «reconocer»⁴⁶. Y esto

«complica las cosas». Porque, dado que no es posible atribuir a la elección terminológica del legislador una aleatoriedad que ciertamente no le pertenece, hay que tomar nota del hecho de que las constituciones española e italiana atribuyen claramente al derecho de propiedad el valor de un derecho preexistente a su enunciación formal. Lo que, pero, no nos puede llevar a sostener que sea inmutable e inviolable, sino más bien, nos favorece *«l'idea di un diritto aderente alla mutevole natura e alle mutevoli esigenze dell'uomo immerso nella società, di un diritto in questo senso scritto nel cuore dell'uomo»* (SANTORO-PASSARELLI, 1972, 955).

Pero el elemento fundamental y más debatido, además de lo que se ha dicho hasta ahora, es lo que el legislador constitucional ha colocado junto al derecho de propiedad, esa es la fórmula de la «función social»⁴⁷ (RODOTÀ, 1982, 111 y sigs.). Se trata de una fórmula con la cual, empezando por la Carta de Weimar de 1919, se han intentado balancear los intereses del individuo con aquellos de la comunidad. Su inserción puede generar dudas (legítimas), ya que parecería atribuir a la ley subjetiva una función diferente a la típica, a saber, la de no satisfacer, o no solo, los intereses individuales sino también los intereses públicos⁴⁸.

Pero ¿puede la propiedad ser tanto un derecho como una función al mismo tiempo? Nos parece que la contradicción se pueda superar teniendo en cuenta que la función social no se refiere a la propiedad privada, sino más bien a los objetos de este derecho. La norma constitucional parece, entonces, establecer la necesidad de que dichos objetos del derecho de propiedad, es decir los recursos y, en general, la riqueza, tengan un destino social, que pueda beneficiar a todos, incluso cuando estén en manos privadas⁴⁹. Es esta la interpretación que legitima que la ley (mediante los poderes públicos) pueda establecer límites al derecho del propietario, y al mismo tiempo garantiza que la función social, concebida entonces como restricción externa al derecho de propiedad, no afecte la naturaleza de derecho subjetivo que este (man)tiene⁵⁰.

Además, superando el énfasis del legislador constituyente, la introducción de la fórmula mencionada tiene importantes consecuencias prácticas, ya que: i) cesa la naturaleza excepcional de las reglas que establecen límites a la propiedad privada, y estas pueden aplicarse analógicamente, y ii) se atribuye cobertura constitucional a las leyes del Estado que establecen estos límites para perseguir la función social de la propiedad (PUGLIATTI, 1954, 278).

En resumen, la Constitución reconoce y garantiza el derecho de propiedad (no como derecho fundamental, sino) como derecho económico (LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, 47 y sigs.), aunque, por supuesto, este reconocimiento no excluye que pueda haber lugar su privación.

Y esto sucede, según la Carta española, cuando haya una causa justificada de utilidad pública o interés social⁵¹, mediante el pago de una indemnización y en conformidad con las leyes, y, según la Carta italiana, en los

casos previstos por la ley, por razones de interés general⁵² y mediante el pago de una indemnización⁵³. Está claro que las dos normas son muy similares, excepto por el hecho de que la Constitución española parece tener en cuenta una gama más amplia de razones que justifican la compresión del derecho de propiedad, ya que se refiere no al interés general sino (además que a la utilidad pública) al interés social.

Cabe señalar, sin embargo, y concluyendo, que el D.P.R. 8 de junio de 2001, núm. 327 (a.d. *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*) se refiere a la «utilidad pública» y no al «interés general» del artículo 42 Constitución italiana. Mientras que la LEF utiliza la misma terminología que la Constitución española. Aunque entre las dos fórmulas, en el artículo 1 de la mencionada ley hay una «o» de disyunción, el siguiente artículo 2 parece sugerir una diferenciación entre el concepto de utilidad pública, entendida como lo que resulta de conveniente para las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición, y el interés social entendido como conveniencia para una colectividad en general.

Antes de proceder en el examen de la normativa supranacional, cabe recordar que también en las Cartas Constitucionales, así como se ha podido observar ya en los Códigos civiles, parece ser afirmada una imagen unitaria del derecho de propiedad.

De hecho, una de las cuestiones fundamentales que interesó tal derecho fue precisamente aclarar si este representaba un instituto jurídico unitario, al que siempre se aplicarían las mismas normas o, en cambio, si fuera más adecuado tomar en consideración la pluralidad de semblantes que la propiedad nos ofrece, especialmente hoy, en un ordenamiento jurídico en el que existen enormes diferencias en función del objeto del derecho de propiedad (bien de consumo o bien de producción) y del sujeto titular del mismo (público o privado).

Muchos autores (sobre todo PUGLIATTI, 1954, 152 y sigs.) han demostrado ampliamente cómo no sea oportuno hablar de un solo derecho de propiedad, sino que sea necesario tener en cuenta todas las diferentes formas de propiedad, muy diferentes entre ellas, y por lo tanto reguladas por varias leyes especiales.

Entonces, así como diferentes son los tipos de propiedades, también sus regímenes, es decir también las restricciones y los límites previstos para cada tipo serán diferentes. Es indudable que las diversas formas de propiedad deben ser reguladas de manera diferente dependiendo de si el propietario es el Estado o un particular, o si el objeto de la propiedad es un bien de consumo, o un inmueble urbano, o un predio rústico.

Esta interpretación del derecho de propiedad como pluralidad de conceptos e institutos permite, junto con la disposición de la cláusula de la

función social, identificar una disciplina diferente y más adecuada según el sujeto u objeto del propio derecho.

No se olvide que la diversificación del dominio en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso ha sido evidenciada también por el STC 37/1987, de 26 de marzo.

3. ... EN LAS CARTAS DE DERECHO EUROPEAS E INTERNACIONALES

Merece una mención, comprensiblemente, el tema de la propiedad examinado desde una perspectiva supranacional. Específicamente, es apropiado detenerse en dos de las cartas de derechos de matriz europea más importantes, para ver como regulan dicho derecho.

En primer lugar, hay que analizar el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁴, que en su artículo 1, rubricado «Protección de la propiedad» establece que «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

En la misma línea también se mueve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵ que, en su capítulo II, dedicado a las «Libertades», con su artículo 17, rubricado «Derecho a la propiedad», establece que «1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual».

Está claro que, simplemente limitándose a tomar nota de la ubicación de las normas que se acaban de anunciar, es posible darse cuenta de cómo estas forman parte de cartas de derechos y libertades fundamentales. Además, en las dos normas no hay rastro de «función social»⁵⁶ (LÓPEZ QUETGLAS, 2006, 351), así como el artículo 17, utiliza el adjetivo «justa»⁵⁷ para definir la indemnización a pagar al propietario expropiado y, además, establece que esta debe pagarse «en un tiempo razonable», lo que nos podría llevar a afirmar que la legislación de proveniencia supranacional se pone en abierta

contradicción con el derecho a la propiedad al que hemos descrito hasta este momento⁵⁸ (NIVARRA, 2012, 63 y sigs.).

De hecho, se ha visto que, tanto en Italia como en España, la ubicación del derecho de propiedad en las Constituciones es otra, y manifiesta una concepción de la propiedad completamente diferente. Es decir, satisface la necesidad, sentida por la literatura más sensible desde hace décadas antes de su promulgación⁵⁹, de formalizar finalmente un distanciamiento significativo de las teorías liberales que habían hecho de la propiedad, en los siglos XVIII y XIX, un derecho absoluto e (casi) inviolable.

Entonces, es fácil entender como la colocación y la composición de los derechos de propiedad en el sistema legal europeo haya planteado varias perplejidades por parte de muchos juristas, que han visto en ella una vuelta atrás⁶⁰ (RESCIGNO, 2002, 325 y sigs.), y haya llevado a muchos otros a creer que ahora se puede dar por sentado que el derecho de propiedad pertenece indiscutiblemente a los derechos fundamentales del individuo⁶¹. Aunque este no puede ser el lugar para repasar las cuidadosas reconstrucciones sobre este tema, baste con señalar, por un lado, el fenómeno según el cual se sostiene, sobre la base de las normas supranacionales, que hoy se puede decir con seguridad que el derecho de propiedad ha vuelto a formar parte de los derechos fundamentales, y, por otro lado, que esta inclusión, sin embargo, no parece, como se verá, haber modificado significativamente el contenido y los límites de la propiedad, por lo menos de acuerdo con la discusión que se está llevando a cabo aquí, ya que de la naturaleza inviolable de un derecho no significa que este sea, automáticamente, irreducible o incompresible.

Para lo que concierne la jurisprudencia, parece poder afirmarse que en España el Tribunal Constitucional (entre otras, TSC de 24 de noviembre de 1987) permanece convencido de que los derechos fundamentales siguen siendo colocados solo en la sección primera del capítulo II de título I de la Carta. Sin embargo, tal vez podría argumentarse de manera diferente en Italia, ya que la jurisprudencia del supremo ha confirmado durante mucho tiempo que «*la tutela [de los derechos fundamentales] non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*» (véase Cassazione civile, SS.UU., de 11 de noviembre de 2008 núm. 26972), de esta manera, dejando la puerta abierta al reconocimiento de otros derechos fundamentales además de los que son contenidos en la Carta.

A pesar de lo que se ha dicho, sin embargo, son necesarias algunas breves elucidaciones, para comprobar si lo dicho es cierto.

En primer lugar, dado que, tanto la Carta como el Convenio son textos normativos, siempre deben leerse como un todo, evitando, a través de una lectura sistemática, que se pueda incurrir en interpretaciones parciales. Por lo tanto, el artículo 1 del Protocolo del Convenio va interpretado teniendo en cuenta lo que establece el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), según el cual «[l]os Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Además, al ampliar la vista, aunque sin referirse expresamente al derecho de propiedad, el Tratado de la Unión Europea (TUE) contiene algunos principios muy relevantes que nos ayudan en nuestra investigación. Precisamente, el artículo 4 párrafo 2 TUE afirma que «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos [...]».

La misma reconstrucción sistemática parece permitirse también con respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para una lectura combinada del artículo 17, son relevantes las disposiciones conclusivas de la misma, y precisamente los artículos de 51 a 54 (VIGLIANISI FERRARO, 2005, 510 y sigs.). Entre ellos, el artículo 52, párrafo 4 según el cual «[e]n la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

Resumiendo, por lo tanto, al menos según los datos positivos, el derecho de propiedad, tal como se inserta en el sistema europeo e internacional, parece ser disímil respecto a la visión de derecho inviolable que nos consigna una lectura limitada a los artículos 1 y 17 del Protocolo y de la Carta.

Y, además del resultado que se logra gracias a una lectura más amplia de este conjunto de reglas, lo que se ha dicho puede someterse a la contra prueba de la aplicación práctica, dado que la producción jurisprudencial, además, en lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tiene exactamente el mismo valor que las fuentes escritas. En esencia, aunque no se quiere eliminar la importancia del trabajo teórico, esto carecería de eficacia concreta si no le correspondiera un resultado práctico. Y, de hecho, parece que incluso a nivel europeo la jurisprudencia haya demostrado quedar lejos de la idea dieciochesca de una propiedad «sagrada».

Por lo que concierne la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aquí nos limitaremos a recordar, entre otros fallos que hacen expresamente referimiento a la «función social» de la propiedad, TJUE, 22 octubre de 1991, C-44/89; TJUE, 12 julio de 2005, C-154/04 y C-154/04;

TJUE, 15 junio de 2006, C-28/05; TJUE, 9 marzo de 2010, C-379/08 y C-380/08; y, más recientemente, TJUE, 31 enero de 2013, C-12/11

A la misma conclusión parece poderse llegar también para lo que concierne el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Prueba de ello sea, ante todo, que la propia Convención reconoce un margen de discreción considerable a los Estados con referencia a los métodos concretos con los que llevar a cabo tanto la privación o limitación del derecho de propiedad, tanto con referencia a la valoración de las consecuencias legales de tal injerencia.

Con lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH, aunque sean varias las sentencias de condena por violación del mencionado artículo 1, cabe recordar cómo, según el Tribunal, la finalidad de la norma en cuestión siempre ha sido, y permanece, aquella de lograr un compromiso justo entre las necesidades de protección del interés público y las solicitudes de protección de los derechos fundamentales de las personas (véase, por tal afirmación, la Sentencia TEDH de 28 de julio de 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*).

Asimismo, el derecho a la protección de los bienes personales a menudo ha cedido frente a otros derechos fundamentales protegidos por el Convenio (véase, entre otras, Sentencia TEDH de 25 de septiembre de 1996, *Buckley c. Reino Unido*; Sentencia TEDH de 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*; Sentencia TEDH de 20 de octubre de 2016, *Vinceychuk c. Ucrania*)

Lo que demuestra que, incluso en el sistema legal supranacional, e independientemente del hecho de que esto nace de un *humus cultural* parcialmente diferente en comparación con el de los constituyentes italiano y español, no atribuye a la propiedad un valor absoluto y predominante en comparación con los otros intereses protegidos.

IV. PROPIEDAD, INTERÉS GENERAL Y UTILIDAD PÚBLICA

Después de haber concluido este breve análisis del derecho de propiedad en los ordenamientos español, italiano y supranacional, es apropiado dedicar algunas palabras a algunos temas ante mencionados. Este pequeño paréntesis debe abrirse para que pueda aclararse que el ordenamiento jurídico español, así como el italiano, han regulado desde hace tiempo la forma de intervenir sobre el derecho de propiedad, mediante la comprésion o, incluso, la privación de este.

Acabamos de ver, en las normas examinadas, tanto las de los Códigos civiles, como las de las Constituciones y las de las Cartas de derechos europeas y internacionales, que estas contienen cláusulas generales (interés general, interés social, pública utilidad)⁶² (RESCIGNO, 1998, 1), que son

fundamento y requisito de las limitaciones al derecho de propiedad por parte de la Administración. Se trata de conceptos que, como todas las cláusulas generales, no pueden definirse con sencillez y de manera definitiva. De hecho, el uso de estas por parte del legislador constitucional otorga a la administración pública el poder de llenarlas de contenido y adaptarlas a la situación del caso concreto. Sin embargo, siempre de conformidad con las normas constitucionales y ordinarias que regulan el procedimiento administrativo y protegen los intereses en juego.

También hemos visto que, con referencia a las Cartas europeas y internacionales, los legisladores, diferentemente a la elección del constituyente español, se han limitado a hablar de «utilidad social», aunque esta divergencia «cuantitativa» no parece haber comportado una diferencia «cualitativa», en el sentido de prevenir o reducir las posibilidades de que la administración persiga propios fines interviniendo sobre el derecho de propiedad⁶³ (GONZÁLEZ PÉREZ, 1955, 257-258).

El hilo lógico que conecta estos argumentos que se irán desarrollando ahora, se debe individualizar en la solución del problema del acceso a la vivienda⁶⁴ como situación que configura una legítima *causa expropriandi*.

De hecho, una solución, respetuosa de los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad⁶⁵, podría consistir en medidas que provoquen la privación del derecho de propiedad. No se olvide que, tanto el artículo 47 de la Constitución española, lo cual afirma enfáticamente que «[t]odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», como el artículo 2 de la Constitución italiana, norma que tutela los derechos fundamentales⁶⁶, proporcionan una base normativa⁶⁷ muy sólida para cumplir con este objetivo⁶⁸.

En ambos ordenamientos, de todas formas, debe recordarse que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias coinciden en un punto. Es decir, el derecho a la vivienda no puede entenderse como un derecho subjetivo⁶⁹ (CANO BUESO, 2014, 148), sino que debe interpretarse como un principio rector de la actividad legislativa. Lo que, sin embargo, no excluye que la solución de este problema pueda confluir en las amplias fórmulas contenidas en los textos normativos analizados. Por supuesto, esto es tanto más cierto en este preciso momento histórico.

Los institutos jurídicos que analizaremos ahora tienen en común el hecho de que son utilizados en situaciones en las cuales la administración pública actúa de manera que el Estado pueda lograr sus fines sociales, económicos y políticos, siempre y cuando estos últimos tengan que prevalecer sobre los intereses individuales.

Entre esos fines sociales, económicos y políticos, como se acaba de decir, se coloca la necesidad de resolver la falta de viviendas para personas que se encuentran en contextos de emergencia social y económica, indepen-

dientemente de la legitimidad constitucional y del contenido de la Orden TMA/336/2020.

1. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

La expropiación⁷⁰ forma parte de las que se pueden llamar «medidas de ablación» de la Administración pública. Toma la forma de la transferencia obligatoria de propiedad (u otro derecho real) de un sujeto a otro, a fin de permitir al beneficiario de la transferencia satisfacer un interés general, con o sin la transformación del bien.

Como se ha visto, tanto en España como en Italia el primer fundamento normativo de la expropiación se encuentra en la Constitución, donde, dada la cobertura constitucional del derecho de propiedad privada, hay previstos una serie de principios y requisitos para que se pueda proceder legítimamente a su privación. Es decir, dicha privación solo puede llevarse a cabo en presencia de ciertos requisitos previos y en virtud de un procedimiento regido por la ley que ofrece las garantías procesales y participativas apropiadas a la parte expropiada.

En primer lugar, entonces, se resalta la reserva legal. Otra garantía constitucional se encuentra en la previsión de una indemnización, a saber, una suma de dinero que se debe de pagar al particular como compensación por el sacrificio sufrido con la pérdida de uno de sus bienes. Finalmente, y lo que es más interesante aquí, otra condición de una expropiación legítima son las razones de interés general que la justifican.

En España la materia es disciplinada por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de noviembre de 1954 (en adelante LEF) y su Reglamento (Decreto de 26 de abril de 1957)⁷¹ (en adelante RLEF), que comprende cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos (ESCUÍN PALOP, 1995, *passim*).

En Italia la materia es hoy disciplinada por el DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327, y posteriores enmiendas y adiciones⁷², mediante el cual se regula la expropiación, también a favor de particulares, de bienes inmuebles o derechos relacionados con bienes inmuebles para la ejecución de obras públicas o de servicios públicos (LEONE, 2001, 291 y sigs.).

La expropiación normalmente se lleva a cabo en vista de la construcción de obras, edificios o estructuras de interés público y está marcada por un procedimiento administrativo que comienza con una declaración de utilidad pública por parte de la autoridad expropiadora y concluye con la emisión del decreto de expropiación, en virtud del cual es posible la presa de la propiedad privada.

Existen varias circunstancias en las cuales el legislador intentó resolver el problema de la vivienda recurriendo al mecanismo de la expropiación⁷³.

2. PROPIEDAD Y REQUISICIÓN

Un procedimiento administrativo que parece más pertinente al momento histórico que estamos viviendo es la requisita⁷⁴. Esta se encuentra entre los límites que se han mencionado con referencia al derecho de propiedad⁷⁵.

Ni la Constitución española ni la italiana se refieren directamente a ella, pero la base legal de este procedimiento se puede encontrar en cualquier caso en los límites que las Cartas ponen al derecho de propiedad y a la fórmula de la función social (SAN GIORGIO, 2012, 404).

De todas formas, la Constitución española, en su artículo 116, párrafo 1, establece que «[u]na ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes».

En el ordenamiento jurídico italiano, como se mencionó, también existe el artículo 835 del Código civil que vincula la posibilidad de requisar bienes inmuebles a la existencia de necesidades serias y urgentes, tanto civiles como militares y que se refiere, como sucede con la expropiación, por su disciplina, a leyes especiales. Este ordenamiento, cabe recordar, distingue entre la requisita en propiedad y la requisita en uso, donde en el primer caso el efecto de la medida ablativa es la privación del derecho del propietario, mientras que, en la segunda situación el fenómeno es temporáneo. Han siempre de subsistir las necesidades serias y urgentes que justifiquen la requisita.

Se trata, entonces, de una privación de la propiedad, mediante indemnización, que tiene su justificación (además que en la presencia de un interés general) en un estado de necesidad, y por eso, solo puede tener lugar en situaciones específicas, caracterizadas por la urgencia.

Aparte de bienes muebles e inmuebles, puede comprender prestaciones de servicios. Hay que señalar como existen diferentes clases de requisas acordadas por las autoridades civiles, es decir, las que se establezcan a consecuencia de graves razones de orden y seguridad pública, como una epidemia.

En España, además de lo que establece la LEF⁷⁶ hay que tener en cuenta la Ley Orgánica de 1 de junio 1981, núm. 4, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, competencia que le otorga el mencionado artículo 116, párrafo 1 de la Constitución española, y prevé, entre las medidas extraordinarias que pueden adoptarse durante el estado de alarma, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la intervención y ocupación de empresas. De hecho, el Real Decreto de 14 de marzo 2020, núm. 463, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece expresamente la adopción de estas medidas (arts. 8 y 13).

Al lado de esta regulación también se sitúa la Ley de 21 de enero de 1985, núm. 2, de protección civil, que permite la requisita temporal de bienes, las ocupaciones temporales, las transferencias coactivas y las requisas militares.

En Italia, no existe una norma general sobre las requisas, por lo que se debe hacer referencia al artículo 7 ley 20 de marzo de 1865, núm. 2248, adj. Y, a lo cual se atribuye la naturaleza de regla programática⁷⁷, y a todas las normas especiales que regulan casos específicos⁷⁸.

Cabe recordar cómo, durante la pandemia, el Decreto ley de 17 de marzo 2020, núm. 18, entre las medidas para hacer frente a la emergencia de salud, también ha previsto la requisa de hoteles, o de otras propiedades con características similares de idoneidad para alojar a personas bajo vigilancia médica.

Uno de los sectores en los que la requisa asume más relevancia es probablemente aquello relativo a la dificultad de acceso o mantenimiento del derecho a la vivienda que puede verificarse con mayor gravedad en situaciones como aquella que estamos viviendo.

V. CONCLUSIONES

Cualquier trabajo, por cuanto breve, confuso y desacertado, debe contener un párrafo dedicado a las conclusiones. Su ausencia sería percibida como un fracaso, algo que demostraría como no se pudo llegar a cuanto previsto por el autor.

Se dijo que el propósito de esta contribución era tratar de proporcionar al lector una perspectiva general sobre una de las recientes medidas adoptadas durante el estado de alarma para hacer frente a la excepcional situación debida a la pandemia COVID-19, la Orden TMA/336/2020.

Ahora se puede admitir que esta fue más bien una excusa, un subterfugio, por así decirlo. El texto de la norma parece, de hecho, lo suficientemente claro para no plantear dudas para el intérprete que no se haga guiar (también) por motivaciones ideológicas o políticas. Y, en cualquier caso, si lo que se ha dicho aquí sobre la mencionada orden fuera inexacto, el ordenamiento jurídico español, así como el italiano, está equipado para eliminar de su interior las normas que contrastan con los principios y las reglas fundamentales que contribuyen a formarlo.

En realidad, nos parecía relevante reiterar un concepto del derecho a la propiedad como interés que puede, y debe, sucumbir o ser limitado cuando se enfrenta, en situaciones específicas, a otros intereses preponderantes. Especialmente en vista de un panorama regulatorio europeo que parece ir en contra de los logros legales y sociales de las últimas décadas.

El objetivo principal era, entonces, verificar que el derecho de propiedad, fundamental o no, sigue sucumbiendo cuando entran en juego intereses prevalecientes, propios de la colectividad. Y esto a pesar de la controversia de que una orden ministerial puede haber planteado.

De hecho, en los próximos años, como sucedió inmediatamente después de la grave crisis financiera de 2007, es razonable (desafortunadamente) esperar un empeoramiento de la situación de una gran parte de la población, que se verá afectada por las consecuencias (económicas) de la pandemia.

Por eso es importante no olvidar cómo la Administración pública, en cumplimiento de la legitimidad constitucional y, en particular, del interés general, tiene la posibilidad de recurrir, donde sea necesario, a la privación (definitiva o temporánea) de propiedades pertenecientes a particulares.

Y el breve examen de la evolución del derecho de propiedad en dos de los ordenamientos jurídicos más sacudidos por la pandemia, y de las leyes especiales que regulan en gran medida los casos de su privación se espera haya sido útil para este propósito.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS 5418/2010 - ECLI: ES:TS:2010:5418 Sala de lo Contencioso Sección: 7 Fecha: 21/10/2010 N.º de Recurso: 3289/2009 Ponente: Juan Jose Gonzalez Rivas Tipo de Resolución: Sentencia.
- Cassazione civile, sentencia núm. 26972 del 11/11/2008 (Rv. 605494-01) Presidente: Vincenzo Carbone Ponente: Roberto Preden.
- STC sentencia 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981) ECLI:ES:TC:1981:11.
- STC sentencia 37/1987, de 26 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987) ECLI:ES:TC:1987:37.
- STC sentencia 48/2005, de 3 de marzo (BOE núm. 81, de 05 de abril de 2005) ECLI:ES:TC:2005:48.
- Corte costituzionale, sentencia 1146/1988, de 29 diciembre (G. U. 11/01/1989 núm. 2) (ECLI:IT:COST:1988:1146).
- Corte costituzionale, sentencia 213/2016 (G.U. 28/09/2016 núm. 39) (ECLI:IT:COST:2016:213).
- TJUE, C-44/89 Judgment of 22 October 1991, Von Deetzen / Hauptzollamt Oldenburg (C-44/89, ECR 1991 I-5119) ECLI:EU:C:1991:401.
- TJUE, C-154/04 y C-155/04 Judgment of 12 July 2005, Alliance for Natural Health and others (C-154/04 and C-155/04, ECR 2005 I-6451) ECLI:EU:C:2005:449.
- TJUE, C-28/05 Judgment of 15 June 2006, Dokter and others (C-28/05, ECR 2006 I-5431) ECLI:EU:C:2006:408.
- TJUE, C-379/08 y C-380/08 Judgment of 9 March 2010, ERG and others (C-379/08 and C-380/08, ECR 2010 I-2007) ECLI:EU:C:2010:127.

- TJUE, C-12/11 Judgment of 31 January 2013, McDonagh (C-12/11) ECLI:EU:C:2013:43.
- TEDH, sentencia 25 de septiembre de 1996, *Buckley c. Reino Unido*.
- TEDH, sentencia 28 de julio de 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*.
- TEDH, sentencia 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*.
- TEDH, sentencia 20 de octubre de 2016, *Vinceiychuk c. Ucrania*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA VAQUÉS, M. (2018). *Artículo 33*, en VV. AA. (2018) *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra*, I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 705-713.
- ARGELICH COMELLES, C. (2018). Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 105-124.
- ASSINI, N., TESCAROLI, N. (2003). *Manuale pratico dell'espropriazione*, Padova: Cedam.
- BARASSI, L. (1943). *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, Milano: Giuffrè.
- BARBERO, D. (1937). Osservazioni sul titolo secondo. *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 63-67.
- BASSOLS COMA, M. (1983). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 13-42.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Manual de derecho privado. Derechos reales*, Madrid: Bercal.
- BETTI, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano: Giuffrè.
- BIANCA, C.M. (2017). *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano: Giuffrè.
- BRECCIA, U. (1983). I quarant'anni del libro terzo del codice civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1983, 337-372.
- BOBBIO, G. (2004). *L'espropriazione per pubblica utilità nel recente testo unico*, Roma, Aracne.
- CACCIAVILLANI, C. (2008). *Le espropriazioni*, en F.G. Scoca (dir.), *Diritto Amministrativo*, Torino: Giappichelli.
- CANDELA TALAVERO, J.E. (2013). La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación. *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, 65-82.
- CANO BUESO, J. (2014). El derecho constitucional a una vivienda digna. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, 143-172.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1963). *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- CASTRO, S.M., MAQUEDA, S. (2014/2015). El derecho de propiedad privada y libertad económica algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, núm. 4, 77-113.

- CECCARINI, L., DI PIERDOMENICO, M. (2018). Fake news e informazione via social media. *Problemi dell'informazione*, núm. 2, 335-340.
- CICU, A. (1937). Osservazioni sull'intero progetto. *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 9-16.
- COLINA GAREA, R. (1995). *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona: J.M. Bosch.
- CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA (1939). *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma: Arte della stampa.
- CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 30, 345-385.
- CRISAFULLI, V. (1956). *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*. Milano: Giuffrè.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1991). Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas.
- (2003). *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas.
- (2006). Propiedad y Constitución, en VV. AA., *Propiedad y Derecho civil*, Madrid: Civitas.
- (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Thomson-Civitas, sobre todo 53-70 y 81-107.
- PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil*, III, *Derecho de cosas, inmobiliario y registral*, Madrid: Tecnos.
- (2012). *Sistema de Derecho civil*, III, *Derechos reales en general*, Madrid: Tecnos.
- DI RENZO, M. (1970). *La requisizione d'urgenza*, Bari: Cacucci, 36.
- DE CUPIS, A. (1986). La crisi dei «valori» del diritto civile. *Rivista di diritto civile*, 1986, 191-204.
- DONATI, F. (2018). Fake news e libertà d'informazione. *Diritti dell'uomo*, núm. 1, 49-56.
- DUGUIT, L. (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris: Felix Alcan.
- ESCUÍN PALOP, V. (1999). *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, Madrid: Civitas.
- FERNANDO NICOLAU, E. (1992). El derecho a una vivienda digna y adecuada. *Anales de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 305-322.
- FILANGIERI, G. (1855). *Scienza della legislazione*, I, Milano: Soc. Tip. de'Classici Italiani.
- FINZI, E. (1923) Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà. *Archivio Serafini*, 52-75.
- FRANCESCHELLI, V. (2019). Fake news e social networks: riflessi sul diritto d'autore e concorrenza. *Il diritto industriale*, núm. 2, 141-146.
- GAMBARO, A. (2010). Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà. *Rivista di diritto civile*, 115-132.
- GARCÍA CANTERO, G. (2010). ¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 74, 491-510.

- GARCÍA COSTA, F.M. (2007). El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. *Criterio jurídico*, núm. 7, 281-294.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1987). *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1987). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas.
- (2001). La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 251-270.
- GARCÍA SANZ, R.M. (2019). La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales. *Revista de derecho político*, núm. 106, 77-104.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2018). Desafíos jurídicos derivados de las soluciones propuestas para afrontar el problema de los desahucios de vivienda habitual. *Cartapacio de derecho*, núm. 33, 2018, 1-32.
- GIANNINI, M.S. (1971). Basi costituzionali della proprietà privata. *Politica del diritto*, 443-501.
- GIERKE, O. (1895). *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895.
- GIORGIANNI, M. (1940) *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano: Giuffrè.
- (1961). Il diritto privato e i suoi attuali confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 398-420.
- GÓMEZ-BARREDA, R. (2018). «Fake news». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 171-189.
- GONZÁLEZ-CARVAJAL SANTABÁRBARA, L. (1994). *La propiedad y su función social*, Madrid: Ediciones SM.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1955). La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 324-325, 257-288.
- GORLA, G. (1981). *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano: Giuffrè, 443.
- GRASSETTI, C. (1937). Osservazioni generali ai Titoli I e II, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 16-18.
- GROSSI, P. (1977). *Un altro modo di possedere*, Milano: Giuffrè.
- GUARNERI, A. (1998). Clausole generali. *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino: Utet.
- GUMERSINDO DE AZCÁRATE (1878). Historia del derecho de propiedad. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 53, 465-476.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). *La propiedad y su transformación*, Obras Completas, IV, Madrid: Espasa-Calpe.
- IANNARELLI, A. (2018). *Proprietà e beni*, Torino: Giappichelli.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), y OTROS (2003). *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, Madrid: Dykinson, 2003.
- LANDI, G., (1966). Espropriazione per pubblica utilità, Principi generali. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.
- (1968). Requisizioni. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Utet.
- (1984). *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano: Giuffrè.

- LEGUINA VILLA, J. (1994). El régimen constitucional de la propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 9-28.
- LEONE, G. (2001). Osservazioni a margine del nuovo testo unico delle espropriazioni per pubblica utilità. *Rivista giuridica dell'edilizia*, núm. 2, 291-310.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (1988). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ QUETGLAS, F. (2006). El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 34, 335-362.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 49-91.
- MACARIO, F. (2006). *Artículo 42 (commento)*, en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet.
- (2012). *Artículo 832*, en E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.
- MARÍN GARCÍA, R., MILÀ RAFAEL, R. (2007). El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 3-33.
- MASSA PINTO, I. (2002). Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione, en *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, Giuffrè, 605-626.
- MARÍN GÁMEZ, J.A. (1998). En torno a una defensa razonable del derecho de propiedad a la luz del artículo 33 de la Constitución española de 1978: especial incidencia en la vertiente institucional. *Revista de estudios jurídicos*, núm. 1, 353.
- MARTÍN MARTÍN, S. (2017) Del fuero del trabajo al estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 335-384.
- MATTEI, U. (2013). Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà», *ivi*, 531-564.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1994). La propiedad en la nueva Ley del Suelo. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 64-130.
- MENGONI, L. (1988). Proprietà e libertà. *Rivista critica di diritto privato*, 437-446.
- MONTES PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas.
- MOREA, R. (2019). La proprietà tra funzione sociale ex artículo 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei. *Diritto e processo amministrativo*, núm. 1, 2019, 161-237.
- NICOLÒ, R. (1988). Codice civile. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 240-250.
- NIVARRA, L. (2013). La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica. *Rivista critica del diritto privato*, núm. 4, 503-531.
- OEHLING DE LOS REYES, A. (2017). El artículo 53 de la Constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1099-1136.
- NIVARRA, L. (2012). Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più: la funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese. *Questione giustizia*, núm. 5, 59-67.

- PARADA VAZQUEZ, J.R. (1991) El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, II, De los Derechos y Libertades Fundamentales*, Madrid: Civitas.
- PAUNER CHULVI, C. (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos Informativos en la red, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 297-318.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.D.P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 17-47.
- PÉREZ SOLANO, J.A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 16, 176-191.
- PERLINGIERI, P. (1971), *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, *passim*
- PISARRO PRADOS, G. (2013). El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, 4, VI, Madrid: Dykinson.
- PUGLIATTI, S. (1942). La proprietà, en M. D'Amelio, E. Finzi (dir.), *Codice civile. Commentario*, Firenze: Barbera.
- (1954). La proprietà e le proprietà, en Id., *La proprietà nel nuovo diritto*,
- Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà, en Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè.
- QUADRI, R. (1974). *Dell'applicazione della legge in generale*, sub articolo 12, en A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice civile*. Bologna-Roma: Zanichelli.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid: BOE-CEPC.
- RESCIGNO, P. (1965). Proprietà, diritto reale e credito. *Jus*, 472-480.
- (1972). Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1-66.
- (1988). Proprietà (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 254-297.
- (1998). Appunti sulle «clausole generali». *Rivista di diritto commerciale*, núm. 1, 1-8.
- (2002). Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro). *Rivista di diritto civile*, 325-331.
- RIVERA SABATÉS, V. (2013). La propiedad privada y su índole elástica. *Foro, Nueva época*, núm. 2, 231-257.
- (2016). La propiedad privada y su función social a la luz de cien años de encíclicas (*de la rerum novarum a la centesimus annus*). *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 2, 275-296.
- RIZZO, V. (2018). Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato, en VV.AA., *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- RODOTÀ, S. (1982). Artículo 42, en G. Branca (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna: Zanichelli, 69-192.
- (2005). Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost., en M. Comporti (dir.), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, en VV. AA. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, I, BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, 1147-1175.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1976). *Ley y derecho. Interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos.
- SAINZ MORENO, F. (1990). El subsuelo urbano. *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 153-208.
- SAN GIORGIO, M.R. (2012). Artículo 835, en E. Gabrielli (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.
- SANTORO-PASSARELLI, F. (1972). Proprietà privata e Costituzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 953-961.
- SARRIÓN ESTEVE, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de derecho político*, núm. 100, 915-947.
- SEGURA ORTEGA, M. (2003). *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- SERNA VALLEJO, M. (2012). La Codificación civil española y las fuentes del derecho. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 11-36.
- STIPO, M. (1990). Requisizione. *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani.
- TARASCO A.L. y GIACCAGLIA, M. (2020). Facebook è gratis? «Mercato» dei dati personali e giudice amministrativo. *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 263-300.
- TORNOS MAS, J. (2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2853-2871.
- TRIMARCHI, M. (2006). La proprietà nella Costituzione europea, en G. Iudica, G. Alpa (dir.), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938.
- VERBARI, G.B. (1988). Requisizione. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.
- VETTORI, G. (2010). I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona. *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 115-130.
- VIGLIANISI FERRARO, A. (2005). Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 503-582.
- (2016). Il diritto di proprietà è, dunque, un preoccupante derecho fundamental?. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 140-165.
- (2016). Il diritto di proprietà e la sua «funzione sociale» nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 519-540.

NOTAS

¹ El propósito de esta discusión es, como se dijo, ofrecer una reconstrucción comparativa de la evolución del derecho de propiedad en los sistemas jurídicos italiano y español. Por estas razones, el análisis se limitará a los países mencionados, lo que, por supuesto, no excluye la necesidad de evidenciar cómo la emergencia resultante del COVID-19 ha requerido, y requerirá, una acción coordinada, tanto en el marco de la Unión Europea como a nivel internacional, para tomar medidas comunes.

² Con Real Decreto de 14 de marzo 2020, núm. 463/2020 el Gobierno de España, habilitado por el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución ha declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En cuanto a Italia el 31 de enero de 2020, el Consejo de Ministros núm. 27/2020 declaró el estado de emergencia sanitaria para la epidemia de COVID-19.

³ Con respecto a España, la emergencia condujo al: Real Decreto Ley de 10 de marzo de 2020, núm. 6, que prevé medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; del Real Decreto Ley de 12 de marzo de 2020, núm. 7, que proporciona medidas urgentes para responder al impacto económico de COVID-19; del Real Decreto Ley de 17 de marzo de 2020, núm. 8, que contiene medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; del Real Decreto Ley de 27 de marzo de 2020, núm. 9, que contiene medidas complementarias, en el lugar de trabajo, para mitigar los efectos derivados del COVID-19; del Real Decreto Ley de 29 de marzo de 2020, núm. 10, que regula un permiso remunerado recuperable para los trabajadores empleados que no prestan servicios esenciales, a fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19; y, más recientemente, del Real Decreto Ley de 31 de marzo de 2020, núm. 11.

En cuanto a Italia: Decreto-ley de 23 de febrero de 2020, núm. 6, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 2 de marzo de 2020, núm. 9, que contiene medidas de apoyo urgente para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm de 8 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 9 de marzo de 2020, núm. 14, que contiene disposiciones urgentes para el fortalecimiento del Servicio Nacional de Salud en relación con la emergencia COVID-19; Dpcm 9 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica de COVID-19; Dpcm de 11 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica de COVID-19, aplicable en todo el territorio nacional; Decreto-ley de 17 de marzo de 2020 núm. 18, que contiene medidas para fortalecer el servicio nacional de salud y el apoyo económico para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica de COVID-19; Dpcm de 22 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 25 de marzo de 2020, núm. 19, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 1 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 10 de abril de 2020, que estableció el Comité de expertos en asuntos económicos y sociales; Dpcm 10 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 26 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley 30 de abril de 2020, núm. 28, que contiene, entre otras cosas, medidas urgentes para la introducción del sistema de alerta COVID-19. En Italia se ha debatido mucho sobre la legitimidad constitucional de

la gestión de la emergencia por parte del Gobierno, que intervino varias veces limitando las libertades constitucionales de los ciudadanos mediante decretos del Presidente del Consejo de Ministros (Dpcm). Véase M. Ainis, *Il bisticcio del potere*, La Repubblica, 3 de marzo de 2020; F. Clementi, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, Il Sole 24Ore, 13 de marzo de 2020; M. Plutino, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, Il Riformista, 14 de marzo de 2020.

⁴ En el periodo en el que se elaboró este artículo, en plena crisis COVID-19, aún no se habían materializado respuestas adecuadas a las consecuencias sociales y económicas del virus, probablemente porque este todavía no había afectado a (casi) todos los Países europeos. El juicio negativo sobre la acción europea que se desprende del texto, hoy en día, no parece poder ser confirmado, teniendo en cuenta que al MEDE, al SURE, al BEI y al Recovery Fund los líderes de la UE añadieron un paquete de medidas, que reúne el marco financiero plurianual (MFP) y el instrumento Next Generation EU (NGEU), que ayudará a la UE a reiniciarse después de la pandemia de COVID-19 y respaldará las inversiones en transiciones verde y digital.

⁵ Por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la crisis sanitaria del coronavirus. El Real Decreto Ley aprueba un nuevo paquete de medidas de carácter social dirigidas al apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables. Además, aprueba medidas con impacto directo en el refuerzo de la actividad económica, así como dirigidas al apoyo de empresas y autónomos. Se incluyen además otras que permiten ajustar el funcionamiento de la Administración a las necesidades actuales, acometiendo medidas en materia de cuentas anuales de las entidades del sector público, en materia de disponibilidades líquidas y donaciones, así como en la financiación otorgada por las entidades territoriales.

⁶ Con una vigencia establecida hasta un mes después del fin del estado de alarma, sin perjuicio de las medidas que tienen un plazo determinado de duración, y con poder de prórroga por el Gobierno.

⁷ Artículo 4, párrafo 4.

⁸ Artículo 4, párrafo 5.

⁹ Artículo 4, párrafo 6.

¹⁰ Este no es el lugar adecuado para promocionar sitios de (des)información. Simplemente se haga una pequeña búsqueda en *Google* para verificar cómo se difundió de manera viral en internet, Twitter, Facebook, WhatsApp, etc., la noticia de un «expópriese» legalizado, rigurosamente extrapolando solo la última parte del párrafo 3 del artículo 4.

Obviamente, esta discusión tampoco se presta a profundizar el tema de las fake news, que son noticias que circulan en redes sociales, cuyo objetivo es principalmente confundir y desinformar. Baste con recordar, pero, que «[e]n la sociedad de la información, el consumo de noticias en una gran parte de la población no es el fruto de una búsqueda de información en los distintos medios de comunicación sino que hoy la gente consume noticias desde su feed de Facebook, Google u otras redes sociales que las escogen en función de los datos que poseen de sus usuarios —básicamente, el flujo de información seleccionado por amigos, contactos y allegados— y procesan por algoritmos secretos» [así PAUNER CHULVI, C. (2018). *Noticias falsas y libertad de expresión e información*. El control de los contenidos informativos en la red, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 302]. Lo que nos proporciona el alcance del problema, que no es reciente, pero con la pandemia ciertamente ha empeorado, y sus soluciones, o presuntas tales, a menudo se mueven en un limbo entre la ineficacia (como el tentativo de que las grandes empresas, como Facebook, asuman su responsabilidad en el control de la información que publican) y la inconstitucionalidad (como el intento de establecer un organismo que se ocupe de la verificación de la veracidad y la calidad de las noticias que se publican en internet). Sobre el tema, en general, además de la doctrina ya mencionada, consúltase DONATI, F. (2018). *Fake news e libertà d'informazione*. *Diritti dell'uomo*, núm. 1, 49-56; CECCARINI, L., DI PIERDOMENICO, M. (2018). *Fake news e informazione via*

social media. Problemi dell'informazione, núm. 2, 335-340. GARCÍA SANZ, R.M. (2019). La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales. *Revista de derecho político*, núm. 106, 77-104. La cuestión de las fake news interesa, aparte del tema constitucional, el derecho privado y mercantil, sobre todo en cuanto concierne el derecho de competencia, de autor y de propiedad industrial. Véase, entre muchos, GÓMEZ-BARREDA, R. (2018). «Fake news». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 171-189; y FRANCESCHELLI, V. (2019). *Fake news e social networks: riflessi sul diritto d'autore e concorrenza. Il diritto industriale*, núm. 2, 141-146. Además que con referimiento a los fenómenos que acabamos de evidenciar, las informaciones y, sobre todo, los datos personales también se estudian como nuevos objetos de negociación. Sobre el fenómeno de la llamada capitalización de los datos personales, véase TARASCO A.L., GIACCAGLIA, M. (2020). Facebook è gratis? Mercato dei dati personali e giudice amministrativo. *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 263-300.

¹¹ Véase nota núm. 7.

¹² Dado que, aunque de ninguna manera se quiere equiparar lo que prevé la Orden TMA/336/2020 con un procedimiento de expropiación forzosa, de requisa o de ocupación temporal, varias leyes españolas, muchas de las cuales antecedentes a la promulgación de la Constitución de 1978, donde además no se habla de «expropiación», disciplinan las que vienen a ser las modalidades y las razones que justifican la privación total o parcial del derecho de propiedad. Hay que señalar, sin duda, la Ley 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa y el Real Decreto Ley 26 de abril de 1957, con el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante LEF y RLEF). A las cuales baste con añadir la Ley 16/1985 del 25 de junio, en materia de patrimonio histórico; la Ley 54/1997 del 27 de noviembre, en materia de industria; la Ley 29/1994 del 24 de noviembre en materia de vivienda; y el Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio, sobre expropiación en materia de urbanismo. Lo mismo se puede decir para lo que concierne al ordenamiento italiano, en donde la ley 2359/1865 de 25 de junio, introdujo la institución de la expropiación por razones de utilidad pública, mientras que, más recientemente, la ocupación de emergencia de inmuebles para la construcción de obras urgentes fue regulada por el Decreto Legislativo 267/2000 de 18 de agosto. Finalmente, toda la legislación fue reemplazada por el DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327 (a.d. *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*) que también preveía la abrogación de la ley de 1865.

¹³ Se trata de un conjunto de artículos que preceden el Código civil español de 1889, publicados con el Real Decreto 24 de julio de 1889, modificadas por el Real Decreto 31 de mayo 1974, núm. 1836, y que contienen reglas generales para la aplicación de las leyes.

¹⁴ Se trata de un conjunto de 16 artículos que preceden el Código civil italiano de 1942, publicados con Regio Decreto 16 de marzo de 1942, núm. 262 y que contienen reglas generales para la aplicación de las leyes.

¹⁵ Por la cual es obligatorio ver, *ex multibus*, BETTI, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano: Giuffrè, *passim* y con referencia específica al mencionado artículo 12, 261 sigs.; QUADRI, R. (1974). *Dell'applicazione della legge in generale*, sub artículo 12, en A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice civile*. Bologna-Roma: Zanichelli, que define ese artículo como aquel «fra tutti il più pretenzioso perché investe in tutti i suoi aspetti la vita del diritto, fissando i rapporti che devono sussistere fra legislazione e giurisdizione»; y GORLA, G. (1981). *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano: Giuffrè, 443 sigs. Para la literatura española, véase DIEZ-PICAZO, L. *La interpretación de la ley*, cit.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1976). *Ley y derecho. Interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos, *passim*; y más recientemente SEGURA ORTEGA, M. (2003). *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1 sigs.

¹⁶ Y es, probablemente, la utilización de este verbo que inquietó a los propietarios de viviendas, trayendo de vuelta a sus mentes el movimiento «Okupa», nacido en la década de los 60 en el marco de Europa occidental con el objetivo de promover una «solución habitacional» diferente con respecto a la que contiene la Orden TMA/336/2020.

¹⁷ Ya que el artículo 109 de la LEF exceptúa las viviendas de la ocupación temporal, no parece quedar espacio para presuntas interpretaciones de la norma en el sentido de que se permita la limitación del derecho del propietario de la vivienda sin su consentimiento, y sin contraprestación. De otra forma, como ahora mismo se dirá, la norma levantaría una cuestión de legitimidad constitucional. Cabe recordar, que, como desde hace décadas, la jurisprudencia constitucional italiana sostiene que «*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*». Así Corte costituzionale, de 22 de octubre de 1996, núm. 356, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3104. Se trata, en substancia, de una forma de interpretación de la ley a través de la cual se intenta adaptar el significado de un texto al significado de otro texto (la Constitución) para evitar que el primero haya de ser eliminado de las fuentes del derecho. Fundamental en este sentido fue (también) la refinada teorización de CRISAFULLI, V. (1956). *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Milano: Giuffrè.

¹⁸ En la presente discusión, por supuesto, nos referiremos a la Constitución Española de 1978, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978. Aunque cabe recordar como la historia constitucional de España empieza en plena Guerra de la Independencia, cuando en 1812 ve la luz la primera Constitución de España y la tercera del mundo. Mientras que, con respecto a Italia, se hará referencia a la *Costituzione della Repubblica Italiana*, entrada en vigor el 1 de enero de 1948, que fue precedida por el *Statuto Albertino* de 1848. Los Códigos civiles a los cuales nos referiremos son el español, de 1889, publicado con el Real Decreto 24 de julio de 1889, primera codificación española, precedida por una serie de proyectos de 1821, 1836, 1851 y 1869, para el estudio de los cuales véase SERNA VALLEJO, M. (2012). La Codificación civil española y las fuentes del derecho. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 11-36; y el italiano, de 1942, promulgado con Regio decreto 262/1942, de 16 de marzo, precedido por el Código civil de 1865, aprobado con Regio decreto 25 giugno 1865 núm. 2358, que podría definirse como, y luego rápidamente se hará mención de ello, un auténtico «código de la propiedad». Para un *excursus* histórico y jurídico sobre la codificación italiana, NICOLÒ, R. (1988). *Codice civile. Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 240 y sigs.

¹⁹ Limitándonos a los autores del siglo XX, en la literatura jurídica española, es obligatorio referirse a CASTÁN TOBEÑAS, J. (1963). *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid: Instituto Editorial Reus; MONTES PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas; DíEZ-PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de cosas, inmobiliario y registral*, Madrid: Tecnos; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (1988). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid: Tecnos; HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). *La propiedad y su transformación, Obras Completas, IV*, Madrid: Espasa-Calpe; DíEZ-PICAZO, L. (1991). Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, 1257 y sigs.; ID. (2006). Propiedad y Constitución, en VV.AA., *Propiedad y Derecho civil*, Madrid: Civitas. Más recientemente RIVERA SABATÉS, V. (2013). La propiedad privada y su índole elástica. *Foro, Nueva época*, núm. 2, 231-257; y CASTRO, S.M., MAQUEDA, S. (2014/2015). El derecho de propiedad privada y libertad económica algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, núm. 4, 77-113.

Inolvidables, pasando a la literatura italiana, son las páginas de BARASSI, L. (1943). *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, Milano: Giuffrè; PUGLIATTI, S. (1942). La pro-

prietà, en M. D'Amelio, E. Finzi (dir.), *Codice civile. Commentario*, Firenze; ID. (1954). La proprietà e le proprietà, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè; RESCIGNO, P. (1965). *Proprietà, diritto reale e credito*. Jus, 472-480; ID. (1972). Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1-66; ID. (1988). Proprietà (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 254-297; GIANNINI, M.S. (1971). *Basi costituzionali della proprietà privata*. *Politica del diritto*, 443-501; PERLINGIERI, P. (1971). Introduzione alla problematica della proprietà, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, passim; RODOTÀ, S. (1982), artículo 42, en G. Branca (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna: Zanichelli, 69-192; MENGONI, L. (1988). Proprietà e libertà. *Rivista critica di diritto privato*, 437-446; BRECCIA, U. (1983). I quarant'anni del libro terzo del codice civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1983, 337-372. Más recientemente, véase además MACARIO, F. (2006). Artículo 42 (commento), en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet; ID. (2012) artículo 832, en E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.

²⁰ Sin embargo, aquí no comenzaremos con el análisis de la propiedad en el derecho romano o intermedio. Para una reconstrucción, véanse las páginas siempre actuales de GUMERSINDO DE AZCÁRATE (1878). Historia del derecho de propiedad. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 53, 465-476. Más recientemente, aparte de la manualística citada en la nota anterior, PÉREZ ÁLVAREZ, M.D.P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 17-47; y con especial atención a la concepción católica de la propiedad desde la encíclica del Papa León XIII, RIVERA SABATÉS, V. (2016). La propiedad privada y su función social a la luz de cien años de encíclicas (*de la Rerum Novarum a la Centesimus Annus*). *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 2, 275-296. Para una visión diferente de la que ve en el derecho romano los fundamentos (entre otras cosas, también) del derecho de propiedad, CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 30, 345-385.

²¹ Sobre este tema, recientemente, LÓPEZ ESCUDERO, M. (2019). Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE. *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 64, *passim*.

²² Examina estos aspectos, GIORGIANNI, M. (1961). Il diritto privato e i suoi attuali confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 398 y sigs.

²³ Se recuerde, sin embargo, que GIORGIANNI, M. (1940) *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano: Giuffrè, 167 y sigs., describe el poder, de naturaleza procesal, de perseguir el objeto del derecho de propiedad hacia cualquier persona, con el requisito de la inherencia y no con aquel de la absolutez.

²⁴ Aunque no es raro que haya una terminología y una clasificación diferente entre los distintos autores, las características del derecho de propiedad generalmente se identifican en: i) *generalidad*, ya que se permite al propietario cualquier uso legal de la cosa objeto del derecho; ii) *abstracción*, ya que el derecho de propiedad mantiene sus características aunque carezcan algunas de las facultades del propietario; iii) *elasticidad*, ya que el derecho de propiedad recupera automáticamente su plenitud cuando cesa el derecho que eventualmente lo comprime; iv) *unicidad*, ya que el derecho de propiedad se entiende, aunque con varios matices, como único e idéntico; v) *perpetuidad*, ya que, en teoría, no se permite comprimir sin límites de tiempo el derecho de propiedad, siendo este potencialmente perpetuo; vi) *imprescriptibilidad*, ya que el derecho de propiedad no se extingue a pesar de la falta de uso. Sobre esta última característica hay que añadir como, en realidad, esta se refiere al poder de acción judicial más bien que al derecho. Y hay que distinguir entre el ordenamiento jurídico español, en donde el artículo 1963 prevé que «[l]as acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años», mientras que, en el italiano, según el artículo 948, párrafo 3, la misma acción es imprescriptible. Lo

que, a fin de cuentas, no influye en el principio general según el cual, aunque, como se mencionó, la no utilización no implica la pérdida del derecho de propiedad, esta pérdida sí puede ser una consecuencia del uso que otros hacen del bien (usucapión: arts. 1930 y sigs. CC españoles; y arts. 1158 y sigs. CC italianos).

²⁵ Puede parecer paradójico que, al igual que el derecho civil se estaba abriendo a situaciones jurídicas no enraizadas en la patrimonialidad, comenzando a tomar en consideración los derechos de la personalidad, uno (que en el pasado había sido considerado formar parte) de ellos, el derecho a la propiedad seguía el camino opuesto, convirtiéndose en un derecho con contenido exclusivamente patrimonial. Uno de los autores a los que se debe un profundo estudio sobre la patrimonialización del derecho civil es DIEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Thomson-Civitas, sobre todo 53-70 y 81-107.

²⁶ Extrapatrimonialidad que es, en vez, característica propia de los derechos de la personalidad, entre los cuales, gracias a las teorías individualistas, idealistas y del derecho natural, ha tenido su lugar también el derecho a la propiedad, por lo menos hasta finales del siglo XIX.

El nacimiento de la categoría de los «derechos de personalidad» se remonta al escrito de GIERKE, O. (1895). *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, que contiene un capítulo dedicado a los «persönlichkeitsrechte». Las razones que subyacen al «retraso» con el cual el derecho civil empezó a recorrer lo que podría definirse como el «proceso de valorización» de la persona humana, se encuentran principalmente en la visión que los Códigos civiles nos consignaron del hombre, es decir, una persona cuyo objetivo principal consistía en la acumulación de riqueza y el intercambio de bienes y servicios, y cuya protección se asignaba a otros complejos normativos diferentes respecto al derecho civil, en primer lugar el derecho penal. Sin embargo, no debe olvidarse que el valor de la dignidad humana y las formas de ser del hombre no cambian, como ha sido observado por DE CUPIS, A. (1986). La crisi dei «valori» del diritto civile. *Rivista di diritto civile*, 1986, 198, el «contenuto patrimoniale del diritto civile» ni tampoco excluyen que «l'homo privatus [sia] tuttora, in larga misura, homo oeconomicus».

Sobre el tema de los derechos de la personalidad, la literatura jurídica es inmensa. Véase, ex multis, RESCIGNO, P. (1991). *Personalità (diritti della)*, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani; y, más recientemente, ENCABO VERA, M.Á. (2012). *Derechos de la personalidad*. Madrid: Marcial Pons.

²⁷ GIORGIANNI, M. *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., 396-397, donde el Autor trae como ejemplo el de una ley de 1810 con la cual el legislador francés reservó los derechos de las reservas minerales al Estado.

²⁸ Lo cual puede ser definido, así confirmando la visión del tiempo, como «código de la propiedad», ya que su otro pilar, el contrato, había sido tomado en consideración simplemente como modo de comprar la propiedad. La división operada habla, entonces, por sí misma, ya que, aparte de un controvertido libro dedicado a las personas (Libro I), los otros dos se titulaban «*Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*», e «*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*». RESCIGNO, P. *Proprietà (dir. priv.)*, cit., 256.

²⁹ De esta idea RESCIGNO, P. *Proprietà (dir. priv.)*, cit., 269.

³⁰ Para un estudio interesante, que analiza el complejo tema de la propiedad del subsuelo, tanto pública como privada, ver SAINZ MORENO, F. (1990). El subsuelo urbano. *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 153 y sigs.

³¹ Aunque, en realidad, en lo que respecta a la redacción del Código civil italiano, hubo una acalorada discusión sobre la posibilidad de introducir esta cláusula en el artículo 832. Aunque muchas posiciones, incluso de juristas muy respetados, a menudo estaban vinculadas a razones políticas e ideológicas, vale la pena tomar nota de esta comparación de ideas. Véase, en general, UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE, *Osser-*

vazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937-XV), Milano, 1938, y en ello, las aportaciones de CICU, A. (1937). *Osservazioni sull'intero progetto*, ivi, 9-16; BARBERO, D. (1937). *Osservazioni sul titolo secondo*, ivi, 63-67; y GRASSETTI, C. (1937). *Osservazioni generali ai Titoli I e II*, ivi, 16-18. La importancia del tema, también (y, sobre todo) fuera del discurso puramente jurídico, deriva de la publicación de un volumen con las contribuciones de juristas, economistas, filósofos e historiadores (véase CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939). Para limitarnos aquí a los aspectos jurídicos, se puede concordar con dos de las preocupaciones expresadas ante la idea mencionada, de insertar una referencia a la función social en la codificación. En primer lugar, no se pensaba que un Código civil pudiese prestarse a contener conceptos tan amplios y de difícil elaboración (sobre el grado de precisión que requiere una codificación, NICOLÒ, R. *Codice civile*, cit., 241) y, en segundo lugar, como consecuencia de esta posible inserción, el poder judicial hubiese tenido la posibilidad de definir cada vez una interpretación diferente del derecho de propiedad (RESCIGNO, P., *Proprietà [dir. priv.]*, cit., 269).

³² No se olvide, de todas formas, como había sido correctamente observado, que «non v'è diritto (soggettivo) che possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, poiché il diritto (obiettivo) obbedisce fundamentalmente a finalità di interesse pubblico». Así PUGLIATTI, S. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 3.

³³ Aquí no podremos tratar específicamente el contenido, los límites y las acciones para la protección del derecho de propiedad, además de las que nos interesan. Para más información sobre estos temas, ver LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), y OTROS (2003). *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, Madrid: Dykinson, 2003; DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho civil*, III, *Derechos reales en general*, Madrid: Tecnos; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Manual de derecho privado. Derechos reales*, Madrid: Bercal; y BIANCA, C.M. (2017). *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano: Giuffrè.

³⁴ Cabe advertir que el límite no debe confundirse, como parece haberse hecho en el Código civil español, con limitaciones, que son conceptos de naturaleza radicalmente diferente. El límite es una configuración del derecho de propiedad, y por lo tanto opera desde dentro; la limitación es, en cambio, una comprensión del derecho de propiedad, y opera desde el exterior.

³⁵ Aquí también sería difícil, dada la gran cantidad de literatura jurídica sobre estos temas, hacer una serie de referencias exhaustivas. Además de la literatura ya mencionada anteriormente, por lo tanto, se considera necesario consultar ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de derecho civil*, núm. 2, 357-395; ID. (1994). La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas. *Actualidad civil*, núm. 2, 385-427.

³⁶ Merece la pena señalar que, tanto en el Código civil, como se acaba de ver, cuanto en la Constitución española, como se verá (siguiente párrafo), en ningún caso se utiliza la palabra expropiación, sino más bien se habla de privación de la propiedad.

³⁷ Se trata, pero, de una norma que ha quedado superada ya en 1957 por la LEF y el RLEF.

³⁸ Nos referimos a los artículos 836, 837, 838 y 839 del Código civil italiano.

³⁹ Aquí dejaremos de lado a las demás disposiciones, que tanto en la Constitución española (artt. 8, 53, 128, 131, 132), como en la italiana (artt. 43, 44, 45, 46, 47), conciernen a la propiedad, que ampliarían excesivamente el campo de investigación. Sin embargo, deben emplearse algunas palabras en relación con el tema del «contenido esencial» del derecho de propiedad que, en general, está garantizado por la constitución española, en su artículo 53, párrafo 1 (véase TSC de 8 de abril 1981, núm. 11; y OEHLING DE LOS REYES, A. (2017). El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de

las libertades y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1099-1136) y es, en cambio, el resultado de una elaboración teórica y jurisprudencial en el sistema legal italiano de derechos fundamentales (véase, entre muchas, Corte costituzionale, de 29 de diciembre de 1988, núm. 1146; y MASSA PINTO, I. (2002). Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione, en *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, Giuffrè, 605-626). Básicamente, se sostiene, existe un núcleo de intangibilidad que acompaña (también) al derecho de propiedad, cuya superación implica una privación de este y, por lo tanto, no se puede permitir, excepto a través de los procedimientos previstos y garantizados por la ley.

⁴⁰ Que mientras tanto, cómplices las múltiples transformaciones de la sociedad, se estaba convirtiendo en Estado social de derecho, o sea «aquel en que los principios clásicos del constitucionalismo liberal, del derecho de propiedad a las libertades de contratación, comercio e industria, habían abandonado su previa formulación absoluta para consentir ahora restricciones introducidas por las leyes del Estado». Así MARTÍN MARTÍN, S. (2017) Del fuero del trabajo al estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 335-384.

⁴¹ Se permita, una vez más, resaltar cómo sería imposible investigar cada una de las cuestiones mencionadas, así como hacer todas las referencias apropiadas. Una reconstrucción histórica de la cuestión mencionada se puede encontrar en GROSSI, P. (1977). *Un altro modo di possedere*, Milano: Giuffrè, *passim*; y, más recientemente, IANNARELLI, A. (2018). *Proprietà e beni*, Torino: Giappichelli, *passim*.

⁴² Se note como las fórmulas contenidas en el artículo 33, párrafo 3 de la Constitución se encuentran también en la LEF cuyo artículo 1 establece como causa de un acto expropiatorio una causa de utilidad pública o interés social.

⁴³ Aparte de la literatura antes citada, la cual, obviamente, afronta el estudio de la disciplina de la propiedad (también) desde un punto de vista constitucional, no se puede dejar de citar LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit., *passim*; LEGUINA VILLA, J. (1994). El régimen constitucional de la propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 9-28; MARÍN GÁMEZ, J.A. (1998). En torno a una defensa razonable del derecho de propiedad a la luz del artículo 33 de la Constitución española de 1978: especial incidencia en la vertiente institucional. *Revista de estudios jurídicos*, núm. 1, 353 y sigs.; GARCÍA COSTA, F.M. (2007). El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. *Criterio jurídico*, núm. 7, 281-294. Mas recientemente SARRIÓN ESTEVE, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de derecho político*, núm. 100, 915-947; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, en VV. AA. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, I, BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, 1147-1175; AGUILERA VAQUÉS, M. (2018). Artículo 33, en VV. AA. (2018) *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra*, I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 705-713.

⁴⁴ Aquí también, además de los autores ya citados, vale la pena mencionar también los trabajos de SANTORO-PASSARELLI, F. (1972). Proprietà privata e Costituzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 953-961.

⁴⁵ En su artículo 44, de hecho, se disponía que «1. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. 2. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. 3. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. 4. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. 5. El Estado podrá intervenir por ley la explotación

y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. 6. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes»..

⁴⁶ Así como el artículo 2 de la Constitución italiana establece que «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*».

⁴⁷ Sobre el tema de la función social se han escrito páginas memorables. La mayoría de estas ya han sido mencionadas en las notas anteriores. Aquí queremos añadir específicamente: GONZÁLEZ-CARVAJAL SANTABÁRBARA, L. (1994). *La propiedad y su función social*, Madrid: Ediciones SM; NIVARRA, L. (2013). La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica. *Rivista critica del diritto privato*, núm. 4, 503-531; MATTEI, U. (2013). Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà», *ivi*, 531-564; PÉREZ SOLANO, J.A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 16, 176-191; GARRIDO JUNCAL, A. (2018). Desafíos jurídicos derivados de las soluciones propuestas para afrontar el problema de los desahucios de vivienda habitual. *Cartapacio de derecho*, núm. 33, 2018, 1-32. Además, con miras a la comparación entre el derecho interno y el derecho supranacional, MOREA, R. (2019). La proprietà tra funzione sociale ex artículo 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei. *Diritto e processo amministrativo*, núm. 1, 2019, 161-237.

⁴⁸ Concepción llevada al extremo por DUGUIT, L. (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris: Felix Alcan, *passim*, según el cual, simplificando mucho su concepción de la propiedad como una relación social, el derecho subjetivo debe de ejercerse no (solo) en el interés propio, sino (sobre todo) en el interés público.

⁴⁹ Véase, además de toda la literatura ya citada (sobre todo en la nota núm. 27), MENÉNDEZ REXACH, A. (1994). *La propiedad en la nueva Ley del Suelo*. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 64-130.

⁵⁰ Aunque no hay que olvidar que, según el STC, Sentencia 37/1987 de 26 de marzo, «la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

⁵¹ Solamente de causa de utilidad pública habla el artículo 349 Código civil español. Además, el artículo 33, párrafo 3 de la Constitución se refiere a la privación de bienes y derechos mientras que el Código civil habla solo de propiedad y exige que la indemnización sea previa.

⁵² Mientras que, el artículo 834 del Código civil italiano habla de interés público, así limitando, se cree, las razones de la expropiación al interés de un solo sujeto.

⁵³ Mientras que el artículo 834 del Código civil italiano habla de «*indennizzo*» y no de «*indennità*», refiriéndose, así, al valor real de mercado del bien expropiado.

⁵⁴ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El Protocolo Adicional ha sido convenido el 20 de marzo de 1952.

⁵⁵ La cual ha sido proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000 y, según el artículo 6 del TUE, ha adquirido el mismo valor jurídico que los Tratados Europeos.

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que, aunque, como se verá más adelante, esto no parece haber influido en la aplicación concreta de las restricciones al derecho de propiedad, las dos normas europeas mencionadas se limitan a contemplar, como causa de la privación del derecho en cuestión, la «utilidad pública», mientras que la Constitución española, como se ha visto habla de «interés social» y de «utilidad pública». La Constitución italiana, por su parte, se refiere solamente al «*interesse generale*». Probablemente, a esta elección terminológica se le ha atribuido una importancia excesiva [por parte de LÓPEZ QUETGLAS, F. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*, cit., 351], en el sentido de que demostraría el deseo de restringir el campo a las limitaciones de los derechos de propiedad por parte del legislador europeo. Más correctamente, sin embargo, parece que estos términos puedan ser utilizados de manera fungible, y la jurisprudencia del TJUE, como hemos visto, parece ser de la misma opinión, atribuyendo un significado muy amplio a la «utilidad pública».

⁵⁷ Cosa que, como se ha visto, no hacen las Constituciones española e italiana de manera que, se opina, fuera posible adaptar la indemnización a las razones que justificaron la privación de la propiedad.

⁵⁸ Véase, *supra*, párrafos 3.1. y 3.2.

⁵⁹ Uno de los primeros en señalar esta necesidad fue FINZI, E. (1923) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*. Archivio Serafini, 52 y sigs. Sin embargo, es importante señalar que, aunque una apertura importante hacia la superación de la visión romanista de la propiedad privada se debe (también) a este Autor, su visión de este derecho, toda focalizada en el objeto más que en el sujeto de este, luego encontró una negación firme en la formulación del artículo 832 Código civil italiano, donde el derecho a la propiedad se discute desde el punto de vista de los poderes del (sujeto) propietario.

⁶⁰ Véase, *ex multis*, RESCIGNO, P. (2002). *Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*. *Rivista di diritto civile*, 325 y sigs.; RODO-TÀ, S. (2005). *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, en M. Comporti (dir.), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè, 154 sigs.; TRIMARCHI, M. (2006). *La proprietà nella Costituzione europea*, en G. Iudica, G. Alpa (dir.), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 259 y sigs.; NIVARRA, L. (2012). *Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più: la funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*. *Questione giustizia*, 2012, 59 y sigs. Sobre el tema del derecho de propiedad en el marco europeo, en general, véase además VETTORI, G. (2010). *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 115 y sigs.; VIGLIANISI FERRARO, A. (2016). *Il diritto di proprietà e la sua «funzione sociale» nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo*. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 519 y sigs.

⁶¹ Véase, entre muchos, a favor de esta reconstrucción, REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid: BOE-CEPC, 125 y sigs.; LÓPEZ QUETGLAS, F. (2006). *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 34, 335-362; GAMBARO, A. *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, en *Rivista di diritto civile*, 2010, 115 y sigs.; VIGLIANISI FERRARO, A. (2016). *Il diritto di proprietà è, dunque, un preoccupante derecho fundamental? Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 140-165. Contra LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit., 47 y sigs.; PARADA VAZQUEZ, J.R. (1991) *El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria*, en M. Retortillo Baquer (coord.) *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, *De los Derechos y Libertades Fundamentales*, Madrid: Civitas, 1271 y sigs.).

⁶² El tema de las cláusulas generales es sin duda uno de los más controvertidos y amplio del derecho. Sobre el tema, véase, con atención específica al ámbito privado, GUARNERI, A. (1998). *Clausole generali. Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino: Utet, 403 y sigs.; y RIZZO, V. (2018). *Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato*, en VV.AA., *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 731 y sigs.

⁶³ En resumen, se podría concluir que a la fórmula de utilidad pública pueden equipararse aquellas del interés general, el interés social, el interés estatal, etc. Véase, en general, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1955). La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 324-325, 257-288.

⁶⁴ Problema arraigado tanto en la sociedad española como en la italiana, y que notará un grave empeoramiento debido a la situación vinculada al COVID-19.

⁶⁵ No se olvide, de hecho, que el ejercicio de la potestad ablativa del derecho de propiedad (y otros derechos reales u intereses legítimos) debe producir el mínimo sacrificio posible al expropiado, y debe hacerse solamente cuando no haya otra medida menos lesiva para conseguir el mismo fin. Véase STS, de 29 de junio de 2010, núm. 5418; y STC, de 3 de marzo de 2005, núm. 48.

⁶⁶ Entre ellos, según Corte costituzionale, de 7 de abril de 1988, núm. 404, encuentra sitio también el derecho social a la vivienda.

⁶⁷ Un conjunto adicional de reglas que protegen el derecho a la vida también contribuye a componer esta base reguladora.

⁶⁸ El reconocimiento de la importancia de la vivienda también se advierte en la escena internacional. Se piense en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), según el cual «1. Toda persona tiene derecho a [...] la vivienda [...]»; el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que afirma: «1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados [...]»; el artículo 5 del Convenio sobre política social de la Organización Internacional del trabajo, cuyo párrafo 2 establece que «2. Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación»; el artículo 16 de la Carta social europea, según el cual «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

⁶⁹ Véase, por lo menos, BASSOLS COMA, M. (1983). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 13-42; FERNANDO NICOLAU, E. (1992). El derecho a una vivienda digna y adecuada. *Anales de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 305 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G. (2010). ¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 74, 491-510; PISARELLO PRADOS, G. (2013). *El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional*, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, 4, VI, Madrid: Dykinson, 1897 y sigs.; CANO BUESO, J. (2014). El derecho constitucional a una vivienda digna. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, 143 y sigs. *Contra* la teoría mayoritaria véase la interesante reconstrucción de LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 49-91. Sin embargo, no se olvide que el dato positivo parece guiar hacia la solución indicada en el texto. De hecho, el artículo 53, el párrafo 3 de la Constitución española establece, con referencia también al artículo 47, que «[e]l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán

la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

⁷⁰ Se trata, también en este caso, de un tema complejo y sobre el cual la doctrina es muy vasta. Véase, para todos, LANDI, G., (1966). *Espropriazione per pubblica utilità, Principi generali. Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè; ID. (1984). *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano: Giuffrè; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1987). *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas, 191 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1987). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas; ID. (2001). *La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. Revista de administración pública*, núm. 156, 251 y sigs. Mas recientemente, con referimiento al D.P.R. 8 de junio de 2001, núm. 327, ASSINI, N., TESCAROLI, N. (2003). *Manuale pratico dell'espropriazione*, Padova: Cedam; BOBBIO, G. (2004). *L'espropriazione per pubblica utilità nel recente testo unico*, Roma, Aracne; CACCIAVILLANI, C. (2008). *Le espropriazioni*, en F.G. Scoca (dir.), *Diritto Amministrativo*, Torino: Giappichelli.

⁷¹ Y posteriores enmiendas y adiciones, como las leyes específicas relativas al urbanismo, y las que se ocupan de las valoraciones. Véase Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo.

⁷² Como el Decreto Legislativo de 27 de diciembre 2002, núm. 302 y la ley de 28 de diciembre 2015, núm. 221.

⁷³ Nos traen un ejemplo de ello, MARÍN GARCÍA, R., MILÀ RAFAEL, R. (2007). El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 3-33.; CANDELA TALAVERO, J.E. (2013). La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación. *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, 65-82; TORNOS MAS, J. (2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2853-2871; ARGELICH COMELLES, C. (2018). Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 105-124.

⁷⁴ Véase, por lo menos, LANDI, G. (1968). *Requisizioni. Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Utet; VERBARI, G.B. (1988). *Requisizione. Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè; STIPO, M. (1990). *Requisizione. Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani. Mas recientemente, SAN GIORGIO, M.R. (2012). artículo 835, en E. Gabrielli (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.

⁷⁵ Aquí no trataremos de la ocupación temporal, ya que, como se dijo antes, en el sistema legal español, la vivienda privada queda explícitamente excluida de este procedimiento, mientras que, en el sistema legal italiano, este procedimiento puede ser utilizado para realizar obras urgentes (*occupazione urgente*) o se trata de un procedimiento que precede la expropiación, implica el mismo resultado que este último, pero con un procedimiento diferente al ordinario (*occupazione preordinata alla espropriazione*).

⁷⁶ Aparte del artículo 101, que se refiere expresamente a requisas en tiempo de guerra o de movilización total o parcial que no sea para maniobras, el artículo 120 se refiere a requisas adoptadas por las Autoridades civiles «por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades».

⁷⁷ *Contra* DI RENZO, M. (1970). *La requisizione d'urgenza*, Bari: Cacucci, 36.

⁷⁸ Entre muchas, hay que mencionar el Regio Decreto 1265/1940; el Regio Decreto 2389/1926 y el Regio Decreto 1265/1934, cuyo artículo 258 disciplina las requisas en caso de epidemia. Para un elenco más exhaustivo, véase SAN GIORGIO, M.R. artículo 835, *cit.*, 412, nota núm. 25.

*Trabajo recibido el 22-5-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*