

MARTIN WOLFF: CONSTITUCIÓN DEL REICH Y PROPIEDAD*

Traducción de
Ángel M. López y López y
Francisco Infante Ruiz**

Sumario: 1. La garantía de la propiedad. 2. La regla del contenido de la propiedad. 3. Los deberes del propietario. 4. Los presupuestos de la expropiación. 5. El concepto de expropiación.

1. LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD

La Constitución del *Reich* [(*Reich sverfassung*), en adelante RV] en su art. 153, párrafo 1, inciso 1, declara: «[L]a propiedad está garantizada por la Constitución». Se acuerda unánimemente, con razón, que en virtud de este concepto debe garantizarse no sólo la propiedad en el sentido del actual Código Civil, sino también todo derecho patrimonial (créditos, acciones, derechos reales, derecho de la propiedad intelectual). Sólo el Art. 138, párrafo 2, RV, podría dar una argumentación contraria a una equivocada ciencia excesivamente apegada a la letra de la ley, cuando garantiza la propiedad «y otros derechos» de las sociedades religiosas sobre el patrimonio eclesiástico¹. A decir la verdad, entre los derechos patrimoniales garantizados no se encuentra la propiedad

misma (tampoco los patrimonios especiales), sino más bien un derecho sobre la sociedad comercial (sobre una «empresa»)². El art. 156, párrafo 1, inciso 1, RV, permite encontrar una «aplicación conforme» al sentido del precepto vigente para la expropiación en el caso de conversión de la actividad económica privada en propiedad pública. Puesto que no se aceptó una aplicación inmediata del art. 153, ello ha podido ser el motivo de que más de uno (entre los redactores es el caso de los juristas) haya dudado que —naturalmente, sin razón— los bienes inmateriales, lo que se denomina empresa, puedan ser objeto posible de un derecho independiente.

Tanto la enfatización de los derechos sobre los bienes eclesiásticos en virtud del art. 138, párrafo 2, como la enfatización de los derechos sobre las empresas en virtud del art. 156, párrafo 2, inciso 1, tiene sus consecuencias ju-

* Traducción del original «Reichsverfassung und Eigentum» publicado en *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen (1923), pgs. 13-30. La traducción reproduce por entero el texto original, pero prescinde de citas de referencia en las notas a pie de página por cuanto se trata de obras de la época. Tan sólo se traducen aquellas notas que son aclaración o prolongación del pensamiento del autor [N.d.T.].

** Respectivamente, Catedrático de Derecho Civil (Universidad de Sevilla) y Titular Habilitado, (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla).

rídicas fuera del marco del art. 153. Los arts. 138 y 156 no pertenecen a aquellos preceptos que el Presidente del *Reich* en caso de Dictadura (art. 48, párrafo 2, inciso 2)³ puede dejar sin efecto total o parcialmente, mientras que puede expropiar ciertos derechos patrimoniales privados sin previa indemnización en cuanto tal expropiación sea «necesaria» para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos⁴. Además, la garantía de la propiedad sobre los bienes eclesiásticos es más intensa que la de las otras propiedades. En qué medida es más intensa, evidentemente, es algo dudoso. ¿Tendría que ser inaplicable por completo el art. 153, de modo tal que la expropiación de los bienes eclesiásticos se excluyese totalmente? ¿O tendría que excluirse una expropiación sin previa indemnización, como puede ser declarada legítima, por el contrario, en virtud de ley ordinaria del *Reich*? Para lo primero la literalidad del precepto parece pronunciarse. Lo último puede sostenerse con razón siguiendo, entre otros (en relación con el art. 138), a ANSCHÜTZ. El sentido de la garantía de los bienes de la Iglesia es mantener los derechos eclesiásticos como existían en Alemania antes de 1919, es decir, asegurarlos frente a una expropiación sin precio del mismo modo que en las viejas Constituciones de los *Länder*. Por el contrario, no hubo motivo alguno para garantizar los derechos de las sociedades religiosas sobre sus propios bienes en una medida mayor de la que tenían antes de la revolución. Incluso no tuvo lugar una afortunada modificación de la redacción del precepto, cuando en la Comisión Constituyente se sustituyó el texto original completamente correcto «la propiedad de las sociedades religiosas sobre su... preparación, etc. permanecerá intocable», en primera instancia, por el giro «permanecerá garantizada» y, después, incluso por el desconcertante «será garantizada». Cfr. además más abajo IV-1.

Una garantía de los derechos «legalmente adquiridos» de los funcionarios y soldados profesionales la suministra asimismo el art. 129 RV, declarando tales derechos como «inviolables». En verdad, aquí no sólo se trata de

derechos patrimoniales, y tampoco de derechos privados⁵.

El art. 115 RV contiene finalmente una garantía de derechos (posesión y derechos limitados de uso), al declarar la inviolabilidad del domicilio de cada alemán, salvo las excepciones permitidas «por las leyes». Sin embargo, no se puede dudar que la cesión forzosa del derecho a una vivienda a un tercero cae bajo el imperio del art. 153, párrafo 2, y por consiguiente, tan sólo es posible apreciando el bien general y en virtud de una ley del *Reich*, y sólo a cambio de una indemnización. Si el art. 115 hubiese facilitado la «lesión» de la «vivienda» frente a la de la «propiedad», al admitir leyes que no fuesen suficientes respecto de los requisitos del art. 153, párrafo 2, de este modo los alemanes estarían peor protegidos en relación con la vivienda que los extranjeros, respecto del art. 153, pero no tendría aplicación el art. 115.

La «garantía» de la propiedad en el art. 153, párrafo 1, significa una protección de los concretos derechos privados existentes y de aquellos nuevos que nacen de cada particular sujeto de derecho. Contiene, sin embargo, además de ello, también la seguridad de que la propiedad privada se conservará en cuanto instituto jurídico. No es correcto, por eso mismo, pretender equiparar la fórmula de la garantía constitucional con la vieja fórmula de la «inviolabilidad de la propiedad». El hecho de que la fórmula de la garantía tenga este sentido de garantía de instituto, permite demostrarlo el art. 154, que «garantiza el Derecho de sucesiones»; una frase que dijese que el Derecho de sucesiones es inviolable carecería de todo sentido. Discutible puede ser, sin embargo, si la garantía de la propiedad como instituto jurídico debe extenderse a todo tipo de derecho patrimonial privado o si debería limitarse a la propiedad en sentido técnico. Lo último es más correcto. Una garantía, no obstante, no completamente clara, que expresase que la propiedad inmaterial y la propiedad industrial se mantienen intactas, derivaría de todos modos del art. 158. El art. 153 sin embargo acentúa, frente a las ideas de la izquierda radical, que tiene que ser posible un Derecho privado sobre los bienes corporales, el

cual se merece el nombre de propiedad, donde las restricciones del dominio absoluto son una excepción. El hecho de que cada instituto jurídico-patrimonial existente al día de hoy, sobre todo cada uno de los derechos limitados (¡por ejemplo, el derecho de superficie, o la deuda territorial sobre rentas!), tenga que existir, no puede ser el sentido de la norma constitucional. A la técnica del Derecho privado le es indiferente la Constitución del *Reich*, así como cualquier otra⁶.

La garantía de la propiedad es tal, no sólo frente a la Administración, sino también frente a la legislación de los *Länder* y la legislación del *Reich*⁷. Sólo una ley del *Reich* que cambie la Constitución puede derogarla.

2. LA REGLA DEL CONTENIDIO DE LA PROPIEDAD

La garantía de la propiedad no significa, por supuesto, el mantenimiento de cada norma jurídica relativa al contenido de la propiedad que existiese al tiempo de promulgarse la Constitución del *Reich*. Tampoco significa que cada concreto derecho patrimonial privado del individuo haya de permanecer inmune frente a todo cambio legal respecto del contenido que le fue dado en el momento de su nacimiento. Esto lo ha expresado repetidamente el Tribunal Federal suizo: «La propiedad adquiere su contenido y limitaciones, no a través del principio jurídico-estatal de su inviolabilidad, sino a través de las normas del Derecho privado objetivo vigente», lo que es el sentido del art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV, según el cual «el contenido y las limitaciones» de la propiedad privada «derivan de la leyes». La apelación a las «limitaciones» de la propiedad junto con el «contenido» es desconcertante. La Constitución está pensando con ello en las limitaciones que el ordenamiento jurídico asigna a los efectos y al ámbito de exclusión del señorío del propietario (el señorío así limitado es el contenido de la propiedad), y no en las restricciones que el ordenamiento jurídico, por ejemplo,

podría imponer a la propiedad misma. Si la legislación tuviese la posibilidad de introducir tales restricciones (por ejemplo, limitaciones temporales), se haría de este modo ilusoria la garantía constitucional de la propiedad privada consagrada en el inciso primero. La expresión «limitaciones de la propiedad» no es otra cosa que una reminiscencia (difusa) a la concepción individualista, ya superada, de la libertad de propiedad.

La Constitución del *Reich*, a continuación de esto, autoriza nuevas leyes en virtud de las cuales el contenido de la propiedad se defina de manera diferente a los Derechos vigentes hasta ahora, y por cierto, con eficacia frente a los derechos relativos a la propiedad ya existentes. Permite, sobre todo, restricciones más intensas de las influencias y ámbitos de exclusión del señorío del titular. La cuestión, sobre si tales nuevas leyes pueden ser sólo leyes del *Reich* o también se admiten las leyes territoriales⁸, encuentra su respuesta, para la propiedad sobre objetos materiales (la propiedad en el sentido del BGB), en las disposiciones de la Ley de Introducción al BGB⁹. Por ello, se permiten restricciones de vasta amplitud de acuerdo con las leyes del *Reich* sobre el ámbito de señorío del propietario, siempre que no infrinjan la garantía constitucional de la propiedad. Las limitaciones impuestas por las leyes territoriales sólo son posibles (según el actual Derecho del *Reich*) cuando estén al servicio del interés «público» o del interés de los vecinos¹⁰: arts. 111 y 124 EG.BGB [Ley de Introducción al BGB]. En consonancia con esto, la cuestión sobre si las «limitaciones de la propiedad» público-jurídicas que se permiten a la legislación territorial pueden imponerse a cambio de contraprestación o no, se deja a la discreción del legislador.

En relación con otros derechos absolutos ordenados de acuerdo con la ley del *Reich*, diversos a la propiedad de las cosas, existe igualmente la posibilidad de modificar su contenido a través de nuevas leyes —que en este punto serán en su mayoría leyes del *Reich*¹¹—, especialmente, restringiéndolo por causa del interés público: entre otros, reducciones de

las facultades del titular de una patente, de los autores de obras literarias y musicales y, sobre todo, restricciones del contenido de los derechos sobre las acciones societarias, como por ejemplo la sujeción de todas o algunas de las decisiones de la asamblea general a un permiso gubernamental, y otras semejantes. En este ámbito también pueden incardinarse «limitaciones» legales de los derechos sobre empresas económicas (o mejor dicho: disposiciones limitadoras del contenido del derecho y restricciones de la libre voluntad del empresario). La propia Constitución del *Reich* recuerda los supuestos más importantes de estos artículos. El art. 156, párrafo 1, inciso 2, permite una ley del *Reich* por medio de la cual éste «se asegure para sí una influencia determinante» en la administración de empresas económicas o asociaciones, y pone como ejemplo de ello («o de otro modo») la participación en la gestión. Sin embargo, para la elaboración de estas leyes de aseguramiento de influencia el *Reich* ya está habilitado constitucionalmente gracias al art. 153, párrafo 1, inciso 2. Por ello, no sería correcto considerar como inadmisibles las garantías de influencia de modo diferente a como se prevé en el art. 156, párrafo 1, inciso 2. Así, podría el *Reich* asegurarse por medio de la ley una influencia en la administración de empresas, no sólo para sí, sino también para los *Länder* o los Municipios: el art. 156, párrafo 1, inciso 2, permitía esto sólo para el caso de la participación en la gestión de empresas; pero vale igualmente para otros supuestos de garantía de influencia. E imaginable, aunque muy poco plausible, sería también una garantía de influencia a favor de otras personas jurídico-públicas, o a favor, por ejemplo, de personas de Derecho privado que realizan actividades de utilidad común.

A pesar de todo, el art. 156, párrafo 1, inciso 2, no es superfluo. Incluso va más allá en algún punto que el art. 153, párrafo 1, inciso 2. Éste cede a las leyes la concreción del contenido de la propiedad (en abstracto) o, lo que se encuentra al mismo nivel, de cualquier otro derecho patrimonial con cierta tipificación. Sin embargo, no permite, en primer lugar, le-

yes tales que, a cargo de un individuo o varias personas individuales (el antiguo Rey de Prusia, los hasta ahora soberanos de los territorios o aristócratas), delimiten el contenido de los derechos sobre determinados bienes, o que simplemente escondan (de modo deshonesto) el odioso privilegio personal bajo el manto de un texto que se expresa de modo general. El art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV, en segundo lugar, tampoco autoriza leyes tales que cubran, a cargo de cada propietario de un determinado bien o de singulares bienes determinados, el contenido de la propiedad sobre los objetos particulares existentes en dicho bien; o que, nuevamente, mediante la mera apariencia de una fórmula general, escondan un odioso privilegio real (por ejemplo, una ley particular sobre la propiedad del castillo X). En ambos casos no estaríamos ante el «contenido del derecho de propiedad», es decir, un derecho relativo a bienes de naturaleza determinada (por ejemplo, sobre fincas, solares, solares acotados por linderos, etc.), al que la ley «delimita», sino ante el contenido de tal o cual propiedad concreta o el de los derechos de un determinado propietario. Dichas leyes no estarán cubiertas por el art. 153, párrafo 1, inciso 2 (tampoco lo estarán, como se demuestra más adelante, por el art. 153, párrafo 2 [expropiación]). Son, por tanto, inconstitucionales. Con razón ha desarrollado particularmente la jurisprudencia suiza esta frase y la ha reconocido en una práctica constante: La legislación puede restringir el contenido del derecho de propiedad, sin llegar a atentar al principio constitucional de inviolabilidad, con la única condición de que lo haga de manera general, igual para todos¹².— Difiere de esto, como a mí me parece, el art. 156, párrafo 1, inciso 2: aquí se autoriza al *Reich* a asegurarse una influencia determinante en la administración de empresas económicas; y esto no dice nada en contra de que el *Reich* pueda restringir su influencia sobre una determinada empresa o asociación, o que procure a un *Land* o un Municipio (¡pero no a otras personas jurídicas!) una participación en la gestión tan sólo de una empresa singular.

3. LOS DEBERES DEL PROPIETARIO

A las «leyes» que determinan el contenido de la propiedad pertenecen, no sólo las que restringen la libre determinación de efectos y compensación del señor de la cosa, sino también aquellas otras que imponen deberes al propietario. La idea de que «la propiedad obliga» (art. 153, párrafo 3, inciso 1, RV) no es nueva. El deber inherente a la propiedad o simplemente asociado a ella relativo a un ejercicio socialmente adecuado es un antiguo bien espiritual germánico, destacado especialmente por OTTO GIERKE y utilizado para la teoría del derecho subjetivo, y reconocido por legislación y jurisprudencia en muchas aplicaciones particulares: piénsese, entre otros, en los deberes de conservar las fincas de acuerdo con las normas de policía, los deberes de limpieza de las calles e iluminación de las casas, de conexión a la red pública de agua, de precaución contra insectos dañinos, los deberes de retirada y poda de árboles de la ley de lindes. Cuando el art. 155, párrafo 3, habla de un «deber del titular frente a la comunidad de adecentamiento y utilización del suelo», se torna aquí mediante una moderna reestructuración a la antigua idea del dicho jurídico: «Si la mata se queda cogida a la espuela del caballero, el campesino entonces ha perdido su derecho». El Tribunal Supremo del *Reich* ha afirmado repetidamente el deber del propietario de mantener la cosa en una situación no peligrosa para el tráfico: así, ha condenado al propietario de un árbol podrido que causó daños como consecuencia la caída; ha fallado a favor de un viandante que en la oscuridad de la noche vino a tropezarse con las barras de hierro puntiagudas de una verja de 80 centímetros de altura y que se lesionó un ojo como consecuencia del accidente. En ambos supuestos el Tribunal acentúa la contradicción entre las concepciones romanas y las actuales sobre la propiedad («los inflexibles principios relativos a la propiedad del Derecho romano son extraños al sentir jurídico más moderno»); la segunda decisión es la que conforma justamente la frase: «La propiedad no sólo beneficia, sino que igualmente obliga a su

propietario». El breve enunciado «la propiedad obliga», que se vuelve a encontrar bajo los derechos fundamentales constitucionales, no está carente de valor. Su significado, tal vez, descansa menos en una advertencia al legislador (que aquí no hizo falta), que en un cómodo apoyo que garantiza esto mismo al juez¹³. La algo tímida jurisprudencia, frente a construcciones analógicas, tiene en la norma constitucional un hipótesis que habrá de elaborar según las necesidades. Muy especialmente, debe romper con la todavía fantasmagórica vieja idea liberal de que cada deber impuesto al terrateniente impide «el ser dueño en la propia casa» y que, con ello, se quebrantaría la esencia del superior derecho de señorío sobre el fundo, y que, por eso mismo, todo aumento de los deberes que no se ordenen inequívocamente en la norma habría de ser rechazado.

La frase «la propiedad obliga» indica respecto de cada derecho patrimonial privado (no sólo respecto de la propiedad misma) una doble obligación para el derechohabiente: la obligación, de realizar el derecho, cuando corresponda con el interés público, que el derecho se realizará (y no se paralizará), y la obligación de ejercer el derecho de tal manera que se corresponda con el interés público. Puede ser también que esto mismo tenga que decirse también con la última frase del art. 153 RV: «[S]u uso estará al servicio del bien común». Tal vez, sin embargo, esta frase contiene todavía un ulterior significado, al no expresar solamente un obligación del derechohabiente (para una actuación o una omisión), sino también la «inadmisibilidad» de una actuación contraria a las obligaciones, en el mismo sentido en que el § 226 BGB declara «inadmisible» un ejercicio abusivo del derecho. KIPP ha considerado con razón que el ejercicio abusivo del derecho, por inadmisibile, no es ningún ejercicio del derecho, y ha deducido de ello la conclusión de que contra el mismo es posible, dado el caso, la legítima defensa. En los supuestos más graves de «ejercicio de un derecho» de manera socialmente nociva, ello se corresponde con el sentido de la RV, al interpretarse el abuso jurídico como una infracción jurídica, incluso

sin la necesidad de que se den los demasiados estrictos presupuestos del § 226 BGB.

La frase «la propiedad obliga» tiene junto con el referido significado («los derechos patrimoniales obligan»), es decir, para un ejercicio socialmente adecuado), según puedo apreciar, un ulterior significado: los bienes obligan. La frase intensifica el antiguo deber moral-religioso de los ricos respecto de las obligaciones jurídicas¹⁴; con la exclusión social de la nobleza por los industriales acaudalados éstos se vinieron a colocar en su lugar en la frase (por supuesto, sólo con repercusiones morales) *la noblesse oblige*. El principio jurídico relativo al «deber de los ricos», no obstante, sólo se hace realidad aisladamente: impuestos progresivos, § 829 BGB y afines. La norma constitucional requiere al legislador avanzar en esto. En el ámbito del Derecho civil esto puede realizarlo especialmente (lo que ya se viene exigiendo desde hace años) el pensamiento del § 829 incluso fuera del Derecho de daños. Aquí y allá podrá ayudar ya el juez hoy en día. Bajo las especiales circunstancias, podrá otorgar a un pobre, que para salvar su propia cosa quiere destruir las cosas igualmente valiosas del rico, el derecho por estado de necesidad del § 904 BGB (incluso cuando la pretensión indemnizatoria del rico [inciso 2] es imposible de recuperar), porque habrá de compensar no sólo el valor real de la cosa, sino también el valor de los patrimonios. También denegará al prestatario rico que indemniza voluntariamente al prestamista pobre los daños fortuitos causados por él, la *condictio*, bajo la advertencia del deber moral de la indemnización (§ 814).

4. LOS PRESUPUESTOS DE LA EXPROPIACIÓN

La expropiación suele ser considerada como una excepción de la garantía de la propiedad (inviolabilidad de la propiedad), un recuerdo de la formulación reproducida casi por todas partes de la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 y un vestigio del espíritu económico

liberal, que prefirió ver en la privación forzosa naturalmente una «violación» permitida de la propiedad. El Tribunal Federal suizo¹⁵ ha rechazado esta interpretación con el giro conceptual de que la posibilidad de expropiar no sería una excepción de la garantía de la propiedad, sino que debe entenderse como confirmación y especificación de esta. En mi opinión este giro, a decir la verdad, no es del todo claro, pero resulta correcto en esencia para el Derecho alemán. La norma de protección provoca en el deber de indemnización que se de una nueva interpretación a la garantía de la propiedad en caso de expropiación, la de garantía del valor de la propiedad.

La Constitución del *Reich* da cuatro requisitos para la expropiación:

1. Un fundamento legal. Se puede tratar en este caso de ley del *Reich* o del *Land*, una ley general de expropiación para grupos de interés determinados (minería, líneas aéreas, parcelación de la tierra) o leyes de privilegio para determinados supuestos. Sólo una ley de privilegios dirigida contra las sociedades y asociaciones religiosas sería inconstitucional en virtud del art. 138, párrafo 2, aun cuando los otros tres requisitos de la expropiación tuvieran lugar.

2. La expropiación sólo puede planearse para el bien de la generalidad. De esta exigencia no puede dispensarla ni la ley que se ha mencionado en el punto 1, ni siquiera una ley ordinaria del *Reich*; se necesitaría más bien una modificación de la Constitución¹⁶. Lo que es el «bien de la generalidad» fue debatido hasta la saciedad con mucha frecuencia, y no es ahora el lugar de tomar una posición crítica. La clarificación más importante me parece que estriba en el reconocimiento de que es decisivo si el objeto a expropiar es necesario para la realización de una determinada empresa pública; sólo una respuesta afirmativa cumple con este requisito. Esta idea ha sido desarrollada sobre todo por OTTO MAYER y su formulación aclarada por TRIEPEL. MAYER piensa, en el caso de la empresa, en «un fragmento de la Administración», mientras que TRIEPEL acentúa que la palabra «empresa» no hay que pensarla «en un

sentido técnico», que no sólo son «empresas del Estado» la construcción de ferrocarriles, canalizaciones y semejantes, sino que «también una guerra que sea motivo de una reforma agraria puede ser un empresa». Puedo estar de acuerdo con esto. La contradicción decisiva consiste propiamente en lo siguiente: OTTO MAYER establece que el «sujeto de la Administración pública» (Estado, particulares personas jurídico-públicas y, dadas las circunstancias, una persona de Derecho Privado) sea el adquirente en virtud de la expropiación. Esto es probablemente cierto bajo las limitaciones de las leyes de expropiación, puesto que estas leyes presuponen una empresa a cuyo favor se expropie. Las Constituciones, sin embargo, requieren una empresa pública en sentido objetivo, un propósito para la utilidad común. El portador de esa empresa no tiene que ser necesariamente la «persona favorecida», es decir, aquel a cuyo patrimonio van a parar los bienes expropiados. Si una empresa estatal de campesinos emancipados exigiese la liberación de servidumbres reales, el levantamiento de éstas no transmitiría ningún patrimonio al Estado «empresario», sino directamente a los propietarios exonerados de los fundos; una empresa para la eliminación de la necesidad de viviendas transmite los derechos de los propietarios de vivienda a los alojados forzosos, no a la empresario¹⁷. Cuando más de uno acepta que si bien es cierto que estas expropiaciones están permitidas a favor de privados, pero que no caen bajo el imperio del art. 153, párrafo 2, RV, porque de ninguna manera se trataría de «expropiación» en sentido técnico, en parte se fundamenta este error en la equivocada idea de que las cautelas constitucionales sobre la expropiación sólo tienen que proteger al ciudadano frente a la Administración, no frente a las leyes (al respecto, *infra*, V). Hasta donde se puede aprehender el concepto de empresa pública o (más claramente) el de propósito para la utilidad común, se acuerda con razón (la cuestión se debate desde hace tiempo especialmente con ocasión del problema de la expropiación por zonas) que el mero enriquecimiento del Estado o de la empresa como tal no es ninguna empresa de esta índole, que una expropiación

con objetivos fiscales (incrementos de ingresos, ahorro de cargas) sería inconstitucional. El Tribunal del *Reich* ha expresado esto frente a una Ley del *Land* de Lippe de 29 de septiembre de 1920 que declaró extintos los derechos nobiliarios de la línea colateral Lippe-Weienfeld sobre una determinada renta (contra una indemnización no realizable judicialmente y tal vez no proporcionada): la ley es inconstitucional. El interés de la «generalidad», para que se permita la expropiación, finalmente no tiene que requerir que el que hasta ahora fuera propietario pierda su derecho, sino que el «favorecido» lo adquiera. Las destrucciones de la propiedad por odio o envidia, incluso cuando supuestamente se fundamentan en un «propósito de utilidad común» (así por ejemplo, ¿destruir el poder económico de la hasta ahora alta nobleza?, ¿quitar de en medio las ruinas de un orden de vida desplomado?) son inconstitucionales: pues el Estado no las quiere adquirir para su necesidad y servirse así de la supresión del derecho como un instrumento, sino que su «empresa» se dirige a la mera supresión jurídica, y la adquisición es un reflejo bienvenido pero ajeno a una empresa.

En qué punto debe existir «el interés de la generalidad», para que una expropiación sea legítima constitucionalmente, se ha vuelto muy dudoso últimamente. En el año 1916 a la ciudad de Braunschweig le fue concedido un derecho de expropiación respecto de ciertas fincas en las que tenían que ser instalado un aeródromo militar y arrendado a la hacienda militar. Mientras estaba todavía pendiente el procedimiento de expropiación, finalizó la guerra y el plan para la instalación del aeródromo no se realizó. El Tribunal de Apelación de Braunschweig ha expuesto en un informe de 7 de febrero de 1921 que a pesar de todo seguiría existiendo el derecho de expropiación a favor de la ciudad y sólo podría anularse por la vía de una nueva (retro)-expropiación y bajo los presupuestos de ésta. Su razonamiento es éste: el derecho de la empresario antes del cumplimiento de la expropiación debe concebirse (con STOBBE-LEHMANN, GIERKE y el autor de este trabajo) o como un derecho privado

sobre determinadas fincas (una expectativa de derecho, derecho de adquisición [?] o derecho de adquisición real), o bien como un derecho público frente al Estado (entre otros, O. MAYER, FLEINER), por lo tanto, en todo caso un derecho legalmente adquirido. Dejando a un lado la no completamente correcta interpretación del relato de la teoría¹⁸, me parece que el informe deriva conclusiones impugnables desde el punto de vista de la «construcción» metódica y que deja pasar por alto el problema. La Constitución del *Reich* solamente permite expropiaciones (transferencias obligatorias de la propiedad) para el bien de la generalidad. Faltando este «bien», ya no es posible la transferencia obligatoria, aunque en el comienzo del procedimiento expropiatorio estuviese presente el interés público a la expropiación. La pretensión publicística sobre la transferencia existente antes de la expropiación y el derecho de adquisición real sobre la finca que deriva del proyecto están condicionados, incluso según la Constitución del *Reich*, así como según las constituciones anteriores, por el hecho que en el momento de la expropiación todavía habrá de existir un interés público o, mejor dicho, están condicionados por la cancelación del interés resolutorio. Mientras la condición resolutoria no se realice, tan sólo son derechos legalmente adquiridos. Sólo la eliminación del interés carece de sentido después de la expropiación consumada. Pero incluso entonces numerosas leyes territoriales todavía permiten, en desigual medida, una anulación de la expropiación¹⁹; el hecho de que el Derecho territorial de Braunschweig (de igual modo el Derecho prusiano) no conozca tal derecho de retro-adquisición después de la expropiación extinguida, viene siendo sostenido injustamente por el Tribunal de Apelación para apoyatura de su punto de vista.

3. La expropiación requiere una indemnización proporcionada, la cual puede dispensar, por regla general, una ley ordinaria del *Reich*. La palabra indemnización «proporcionada» es más flexible que otras expresiones corrientes en Constituciones alemanas y leyes de expropiación: indemnización completa, indemnización

total, indemnización según el valor completo, según el valor común, y similares. Ciertamente hay que advertir que en el extranjero, por regla general, también se habla de indemnización proporcional (justa)²⁰ y que con ello se significa la indemnización total o el valor común (*tous les dommages qui sont la suite de l'expropriation, valeur vénale, fair and full equivalent*, etc.). De hecho, una indemnización sólo es proporcionada, por regla general, cuando compensa el daño. Pero no existe ningún motivo para el *Reich* para menospreciar tales leyes territoriales que no dan indemnizaciones del daño, sino del valor, de modo que la expresión elástica «proporcionada» se coloca en la Constitución con todo el derecho del mundo. Sería falso presuponer que el legislador del *Reich* quiso dejar al legislador territorial la interpretación de lo que es proporcionado. Por el contrario, podría expropiar un *Land* regido por la izquierda radical *nummo uno*, y la garantía de la propiedad del art. 153, párrafo 1, RV, quedaría dinamitada. Lo que en el espíritu de la Constitución del *Reich* (no del respectivo legislador del *Reich*) propiamente es proporcionado, no se puede ofrecer a un precio más bajo según el Derecho territorial. Así, la Constitución del *Reich* conduce en alguna ocasión incluso a la autorización de una indemnización por debajo del valor. Al respecto algunos ejemplos: una ley territorial que no quisiese indemnizar la plusvalía no ganada en el caso de una expropiación de fincas a favor de una asociación de utilidad común, podría ser apelada, con razón, sobre la base del art. 155, párrafo 3, inciso 2, RV, que quisiese conducir la plusvalía obtenida sin la aplicación de trabajo o capital a la «comunidad»²¹; el hecho de que este programa sólo pueda hacerse realidad a través de leyes que graven la plusvalía, todavía no se ha dicho. El Derecho señorial de caza que existía en Mecklenburg-Schwerin para algunas ciudades y (relativa a la caza mayor) para 31 fincas de la nobleza caballeresca ha sido dejado a la adquisición gratuita por parte de los Municipios por la ley de 14 de noviembre de 1919²². Esto forma parte propiamente del espíritu de la Constitución del *Reich* en caso de que un derecho de este tipo, ya extinguido desde hace tiempo en el resto de

Alemania, del cual a penas se puede decir con seguridad si se trata de un Derecho privado o de una ventaja (patrimonial) público-jurídica de clase (RV, art. 109, párrafo 3), se valore «proporcionadamente» como igual a cero en caso de abolición. Esto no es diferente a como el § 3 de la Ley prusiana de abolición de 2 de marzo de 1850 suprimió sin previa indemnización los impuestos resultantes de relaciones, ya extinguidas desde hacía tiempo, derivadas de fundos y señoríos feudales (pagos de dote, bautizo, regalías de guardia, caza y viaje, y derechos a desplumar ocas, y otros similares); en esto se habrá visto difícilmente una contradicción con el § 75 de la introducción al ALR²³, no porque estos derechos ya no tuviesen ningún valor patrimonial²⁴, sino porque hubiese sido casi inmoral tener en cuenta el valor de derechos tan obsoletos con una suma aún más exigua²⁵. Sin embargo, en mi opinión la cuestión no está exenta de duda, y de ninguna manera es excusa pretender eliminar sin previa indemnización cada instituto jurídico «obsoleto» con la justificación de que es escandaloso atribuirle un «valor» jurídico. Esto resulta del art. 155 *in fine* que ordena el traspaso de las regalías privadas al Estado y, con ello, como nadie puede dudar y como se ha hecho de todas maneras en Prusia (Ley del 19 de octubre de 1920) para las regalías mineras de la alta nobleza, tiene en mente una adquisición onerosa de las regalías obsoletas.

La cuestión relativa al momento en que debe establecerse la proporcionalidad de la suma indemnizatoria es independiente de la cuestión sobre cuándo debería establecerse el interés público a la expropiación (cfr. más arriba IV 2, al final). Si el momento de la expropiación debe ser verdaderamente determinante para la decisión de expropiar, dicho momento es entonces poco práctico y no viene exigido por la justicia para la medición de la suma indemnizatoria, que, por regla general, se cuantifica y abona de antemano. Lo más apropiado podría ser el momento del pago real. Pero seguramente es compatible con el espíritu de la Constitución si se retrotrae el momento decisivo, en relación con muchos derechos vigentes hasta ahora, al

tiempo de la fijación de la indemnización o a la de la fijación del plan²⁶.

4. Es indispensable una habilitación por el conducto legal ordinario respecto de la cuantía de la indemnización, siempre que una ley del *Reich* no establezca otra cosa. ¡Esta frase, que fue incluso combatida con éxito en la Comisión Constituyente y pertinente a mi juicio, será fatal en relación con numerosas leyes territoriales en las cuales se han establecido supuestos especiales de expropiación (en particular, ciertas leyes sobre consolidación fundiaria y de campos)! La solución de los conflictos se encomienda en no pocas ocasiones (y del todo eficiente) a las cortes arbitrales, tribunales administrativos y otras administraciones. Incluso parece que para el caso de la preparación de la de la Ley bávara sobre consolidación fundiaria de 5 de agosto de 1922 (art. 62,9, párrafo 3, inciso 2) no se ha tenido en cuenta la norma constitucional.

5. EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN

La cuestión sobre los requisitos de la expropiación se incardina con toda lógica en el concepto de expropiación; pero es deseable tratarla primeramente según el mismo. En la literatura sobre este punto hay mucha confusión. En primer lugar, se confunde frecuentemente la pregunta qué es la expropiación con la pregunta cuándo está permitida; así, cuando la privación forzosa de la propiedad sin el pago de previa de indemnización «no se realiza bajo el concepto de expropiación», al mismo tiempo debe justamente conocer el concepto de expropiación, ¡antes de que se pueda contestar la pregunta sobre cuál privación de la propiedad es sin indemnización y cuál a cambio de ella (porque ambas son privaciones)! En segundo lugar, se pasa por alto que la cuestión relativa a cuál es una expropiación en el sentido de la Constitución (es decir, ¿qué actos jurídicos se permiten solamente bajo los presupuestos constitucionales?), no coincide con la pregun-

ta sobre qué es expropiación en el sentido de una determinada ley de expropiación, como acontece en el caso de la Ley prusiana de expropiación de fincas de 11 de junio de 1874 (es decir, ¿a cuáles de estos actos jurídicos se aplican los preceptos de esta ley?).

Aquí y ahora trataremos solamente del concepto de expropiación en el sentido constitucional de acuerdo con el art. 153, párrafo 2 (y 155, párrafo 2). Lo que la teoría y la praxis del Derecho anterior han desarrollado sólo se puede asumir para el conocimiento del nuevo Derecho con mucha prudencia. Pues mientras que en las viejas Constituciones, como por ejemplo en la prusiana, los requisitos previstos para la expropiación, claro modelo de la Constitución del *Reich*, perseguían la protección del Privado contra al «despotismo administrativo», por el contrario, la Constitución del *Reich* (fuera de esta protección) quiere proteger igualmente frente a los legisladores territoriales ávidos de confiscación. En mi opinión los comentarios de la nueva Constitución del *Reich* no han reconocido suficientemente esta diferencia; operan demasiado mecánicamente con los obsoletos conceptos de expropiación del Derecho prusiano.

En el sentido de la Constitución del *Reich* la expropiación es:

1. No sólo, como ANSCHÜTZ enseña, la privación jurídica por un acto administrativo (esto puede apoyarse en un fundamento legal o ser contrario a la ley), sino también la privación por la ley misma. Una ley territorial, por ejemplo, que convierta la propiedad privada de un único anterior terrateniente, o la de todos los aristócratas, en propiedad estatal o, que pretenda transformar la totalidad de las viviendas de alquiler en propiedad municipal, estaría expropiando; y debería probarse si los requisitos de la expropiación relatados más arriba (IV) se han verificado. Así infringirían la Constitución del *Reich* aquellas leyes territoriales alemanas que para el caso de la extinción de fideicomisos, siguiendo el modelo de la Revolución Francesa, cancelasen de un plumazo los derechos de todos los agnaticios y legitimarios sin indemnizar y convirtiesen al fiduciario

en propietario pleno sin gravamen de todo el bien, o, como el Derecho bávaro, lo colocase en la posición de primer heredero.

1. Si la doctrina hasta ahora puso en relación con el concepto de expropiación varios requisitos especiales respecto de la persona del beneficiado por la expropiación pues según dicen la expropiación sólo es la privación jurídica a favor de una empresa pública, no obstante, como ya se ha expuesto más arriba en el punto IV 2, tampoco es de especial relevancia la persona que ha de beneficiarse para la pregunta cuáles son las expropiaciones permitidas.

3. Expropiación no es sólo la transmisión jurídica misma, sino también la fundamentación de deberes obligatorios para la cesión del derecho. Esto frecuentemente se pasa por alto. Cuando por ejemplo GIESE (Komm. 2 zu Art. 153 RV) resalta la expropiación, «cuyo concepto aquí se presupone», como que ésta no es ninguna «compra forzosa», sino que es un acto unilateral de soberanía del Estado, a través del cual la Administración transfiere la propiedad, entonces asume en relación con la Constitución del *Reich*, sin razón, «el concepto de expropiación» tal y como lo suministran nuestras leyes de expropiación. Ésta quiere también encontrar un acto jurídico que constituya un deber obligatorio para la transmisión del derecho (recientemente ha surgido al respecto la palabra «requerimiento»)²⁷. Si fuese diferente, entonces, un legislador territorial de tendencia comunista estaría en condición, dando un rodeo, de constreñir al propietario fundiario a la transferencia a través de un negocio jurídico a favor del Estado, mediante un «requerimiento» sin indemnización. Si el acto forzoso del Estado sustituye el negocio dispositivo privado (como es el caso de la expropiación en nuestras leyes), o si sustituye sólo el negocio obligatorio privado (lo que se corresponde con la antigua teoría de la compra forzosa), es indiferente para el concepto de expropiación de la RV. Este reconocimiento es importante frente al legislador territorial que ordene una obligación de entrega y deje la cuantía de la indemnización para que sea fijada, entre otros, por las cortes arbitrales y los tribunales admi-

nistrativos, pero no por los tribunales ordinarios. Aquí no hay que ocuparse de la diferencia muy debatida de los requerimientos (y otras expropiaciones) del acto impositivo, en el cual no se encuentra la cuestión de la transferencia de bienes especialmente definidos (o bienes de género limitado).

4. Expropiación es, como en el Derecho hasta ahora vigente, no sólo la injerencia en la propiedad corporal, o en otros derechos corporales, sino también la injerencia en derechos de otro tipo, entre otros, derechos sobre acciones, créditos y derechos de la propiedad intelectual. Lo que se ha dicho al respecto más arriba sobre la garantía de propiedad vale igualmente para el concepto de expropiación: la injerencia en cualesquiera derechos patrimoniales privados es expropiación: especialmente, también en los derechos existentes sobre establecimientos industriales; en este sentido el Art. 156, párrafo 1, inciso 1, como ya se ha reseñado anteriormente, conduce a la aplicación de las normas jurídicas sobre la expropiación, ciertamente, no de manera directa, pero sí con sentido común. Se volverá a este punto en el epígrafe 6.

5. De acuerdo con los Derechos alemanes hasta ahora vigentes, por expropiación no sólo hay que entender la completa supresión, sino también el gravamen (carga) de los derechos existentes²⁸, así la imposición forzosa de derechos de superficie²⁹ o servidumbres de cualquier tipo. Aquí surge, sin embargo, en el Derecho actual una dificultad. Hasta ahora se contempló la imposición de servidumbre en virtud de acto administrativo como una expropiación, mientras que se habló de limitaciones jurídico-públicas de la propiedad en el caso de la imposición de un gravamen legal de la propiedad a través de «deberes de tolerancia en interés de la generalidad». Puesto que, como se ha señalado en el punto 1, en el sentido de la Constitución del *Reich* también hay expropiación por virtud de la ley, entonces surge una pregunta: ¿en qué supuestos contiene expropiaciones una ley (en particular un ley territorial) que carga la libertad de propiedad de modo que se conecta la validez de la ley a los requisitos de la expropiación del art. 153, párrafo 2 (en particular la

indemnización)? ¿En qué supuestos ésta contiene tan sólo las «limitaciones públicas de la propiedad» de modo que esté cubierto por el art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV (regla legal del contenido de la propiedad) y el art. 111 EG. BGB? La respuesta derivará inmediatamente de las consideraciones del punto 6. Hay que señalar también: para otras limitaciones que no sean jurídico-públicas, este problema no aparece. Las leyes territoriales que limitan la propiedad fundiaria a favor de los vecinos (art. 124 EG. BGB) no son tratadas por el art. 153, párrafo 2 RV y podrían, por ello, dar o conceder las pretensiones indemnizatorias al afectado de acuerdo con su propia medida. Así pues, no se discute el gravamen de la propiedad (o como de hecho se decía anteriormente: una servidumbre legal). Sino que se trata siempre de regular el contenido de dos derechos que colisionan el uno con el otro en una distribución adecuada: del «derecho» de un vecino, a actuar sobre su cosa como le plazca, pueden surgir también molestias para el convecino, e igualmente del «derecho» del otro vecino a excluir ingerencias ajenas. El ordenamiento de las relaciones vecinales no pretende otra cosa que las arbitrariedades de ingerencia de uno y las arbitrariedades de exclusión del otro se limiten recíprocamente, y cuando en esta situación tiene lugar el deber de compensación pecuniaria, como es el caso de la servidumbre de paso o de la limitación de los lindes (§§ 917, 912 BGB), esto no es, como en caso de la expropiación, una indemnización por el gravamen obligatorio, sino un instrumento para conformar adecuadamente la división del contenido de la propiedad entre ambos vecinos.

6. Hay una expropiación sólo cuando, al mismo tiempo, con la privación, de un lado, de los derechos privados, son ganados para el favorecido por ella, del otro lado, derechos privados de la misma especie. Esto se corresponde con la línea de pensamiento transmitida, que aparece en las formas más variadas: la expropiación «proporciona una adquisición jurídica originaria» (FLEINER); es una «transmisión de derechos reales privados, una suplantación del señorío privado por la Administración públi-

ca» (GIERKE); es una «privación de un determinado derecho con el fin de la transmisión a otro de un derecho subjetivo» (Tribunal Federal suizo); o, como formula ANSCHÜTZ con una agudísima intensidad: «expropiación es transferencia del dominio». No muy diferente a la doctrina francesa, donde se describe la *expropriation* como «transmisión», «translation» o (con inspiración en la expresión del *Code civil*, art. 545) «cession forcée», y expresiones similares. Esto es justamente la razón por la que no se suele tratar la expropiación en la disciplina de la pérdida de los derechos, sino en la de la adquisición de los derechos³⁰: el sentido de la propiedad está en la obtención de algún derecho del que se precisa para un propósito determinado³¹. La privación del derecho, por el contrario, es tan sólo el sacrificio indeseado que se debe exigir al afectado, sólo el medio para hacer realidad la adquisición, sólo la primera pieza del supuesto de hecho de la expropiación (a diferencia de las confiscaciones penales, privaciones y destrucción de bienes peligrosos).

Aunque de esto no depende en qué forma jurídica tiene lugar la «transmisión» desde el patrimonio del expropiado al del beneficiado. Una «transferencia» en sentido técnico jurídico no puede ser exigida (si la elegante fórmula de ANSCHÜTZ se entendiese técnicamente no sería correcta). No solamente es posible que el poder del Estado «transfiera»³² al beneficiado los derechos, tal como son, pertenecientes al expropiado, o que «desmiembre» nuevos derechos derivados de aquellos con ocasión de la imposición de gravámenes (en el primer caso se trata de una cesión del derecho traslativa, en el segundo constitutiva), sino también que, de un lado, se «destruya» un derecho y, del otro lado, surja un «nuevo» derecho (adquisición originaria), o que un gravamen existente sea expropiado a favor del propietario de un fundo en virtud de su «levantamiento», de manera que la propiedad crezca hasta su poderío pleno (entre otros, exoneración de gravámenes sobre fincas, levantamiento de derechos de caza sobre terrenos ajenos) o, finalmente, que se acorten los derechos existentes en su valor a través

de la creación de nuevos derechos de disfrute; piénsese, por ejemplo, en la creación legal de acciones con derecho a dividendos a favor del Estado. La propia Constitución del *Reich* utiliza muy afortunadamente, por lo que aquí se entiende, la palabra 'transmisión' (art. 155, párrafo 4, inciso 2, art. 156, párrafo 1, inciso 1), porque la palabra jurídicamente es incolora, pero reproduce bien el proceso económico del desplazamiento del patrimonio. Donde falla tal transmisión de derechos subjetivos privados³³ (o donde esto no ocurre, para que adquiera el beneficiado, sino para que pierda el otro [confiscación, privación y otros semejantes]), no hay expropiación alguna. En esta frase existe según mi opinión una diferencia entre la imposición expropiativa de gravámenes sobre el fundo por la ley territorial (que sólo está permitida a cambio de indemnización) y la limitación jurídico-pública de la propiedad configurada sin barreras.

El Tribunal bávaro para la decisión de conflictos de competencias parece pretender poner en duda la justicia de esta opinión en la sentencia mencionada anteriormente de 18 de mayo de 1921³⁴. El Tribunal se dirige contra al alto representante de la doctrina dominante, ASCHÜTZ, combatiendo la frase según la cual la expropiación sería sólo «la transmisión de la propiedad a un tercero» si bien ANSCHÜTZ no ha formulado esta frase de manera tan estricta. La sentencia sigue: «La expropiación contiene más bien todas las actuaciones del poder estatal realizadas en nombre del bien común, a través de las cuales el propietario no es afectado en el uso de la cosa y en su disposición de manera totalmente momentánea, en particular también la imposición de derechos reales de uso» (¡esto nunca se ha dudado!) «e incautaciones, es decir, privaciones de uso y del poder de disposición. No se puede acoger que la Constitución del *Reich* sólo prevea los preceptos de protección para un campo determinado, más bien estrictamente definido, de la injerencia de intervención jurídico-pública, sin embargo, habría querido consentir otras medidas igualmente decisivas aunque sin limitación... Contra esto se manifiesta por la estrecha conexión

en la que se ha colocado la expropiación con la garantía de la propiedad; ésta no quedaría garantizada si pudiera ser intervenida en cada momento sin límites legales de otra manera que no fuese una transmisión formal del dominio». La polémica contra ANSCHÜTZ va desencaminada, como se ha reseñado, porque concibe una locución fuertemente agudizada desde un punto de vista literal-jurídico. El supuesto, que había que considerar, lo caracterizaría también ANSCHÜTZ como expropiación: se trataba de incautaciones previstas por leyes territoriales de viviendas a favor de necesitados de alojamiento. El hecho de que no «se traspase formalmente (!)» la vivienda a los arrendatarios forzosos es correcto. Pero basta que le sean procurados derechos de uso para que pudiese hablarse de expropiación. Por el contrario, la fundamentación de la sentencia por su parte va demasiado lejos, cuando ya asume una expropiación, donde el propietario es perjudicado en el uso y disposición, y cuando no menciona la adquisición legal del beneficiado como exigencia conceptual. Pero tal vez este desliz (como el de la expresión de ANSCHÜTZ) es tal solamente en su expresión y no en la sustancia, puesto que el caso concreto no pudo dar al Tribunal ninguna apoyatura para acentuar la exigencia de la adquisición legal.

La opinión hasta aquí mantenida puede alegarse de tres maneras:

Primero, en relación con la esencia de la indemnización expropiatoria. Como es conocido, de acuerdo con todos los ordenamientos, la indemnización no la paga el expropiador (el Estado), sino el beneficiado por la expropiación (por ejemplo, el empresario). La indemnización se paga no para que alguien, como consecuencia del acto del Estado, pierda derechos, sino para que (a su costa) otra persona ingrese derechos en su patrimonio. Si se gravan todos los derechos de una clase concreta uniformemente en interés público a través de una norma jurídica formulada de manera general, y existen favorecidos desde el punto de vista patrimonial, a estos correspondería el deber de indemnizar. Si falta, sin embargo, una atribución legal del derecho a un «favorecido»,

entonces el propio Estado expropiante debería indemnizar, si no obstante tuvo que existir una obligación de indemnizar, lo que no está de acuerdo con la idea del Derecho de la expropiación.

¡Esto también contradiría, en segundo lugar, los requisitos del desarrollo del Derecho! Cada limitación en virtud de leyes territoriales sobre la propiedad de derecho público infringiría al territorio cargas indemnizatorias tan enormes que el territorio non podría solucionar sus mandatos de asistencia: serían imposibles, entre otras, leyes edilicias territoriales, leyes de líneas aéreas, leyes de tala de montes, de protección de bosques, preceptos para la protección de monumentos nacionales o de protección de la belleza natural, leyes de excavaciones, ordenanzas de viviendas. No se puede admitir, sin duda, que la Constitución del *Reich* quiso impedir completamente en este punto la actividad legislativa territorial.

En tercer lugar se puede extraer de la misma Constitución del *Reich* un sostén para la corrección de la diferencia aquí defendida. Si bien el art. 156, párrafo 1 no define, como ya se ha mencionado más arriba, la conversión de empresas en propiedad pública como «expropiación», sin embargo, se trata como expropiación («lógica aplicación de las consideraciones vigentes sobre la expropiación») y se refiere muy en particular al deber de indemnizar (inciso 1). Por el contrario, el segundo inciso del Art. 156 prescinde de aquella «lógica aplicación» de los preceptos sobre la expropiación (tampoco requiere en particular ninguna indemnización), cuando no se trata de asegurar al Estado o a los Municipios una «influencia determinante sobre la administración de empresas». La contradicción de los incisos 1 y 2 coincide con la contradicción aquí discutida. Allí «conversión en propiedad pública», a la cual pertenece también la conversión parcial, como por ejemplo el gravamen a favor del Estado. Aquí: influencia solamente sobre la administración, para lo que se cita como ejemplo la «participación en la administración»³⁵. Solamente allí: crecimiento patrimonial para el Estado, los Municipios, etc. Por eso sólo allí:

expropiación. Si una ley del *Reich* atribuyese a los *Länder* o a los Municipios en las asambleas generales de concretas sociedades anónimas un derecho de veto decisivo o un derecho de voto completamente general sin indemnización, esto no sería inconstitucional. Pero si se atribuyesen derechos sobre los dividendos, existiría ahí una conversión parcial de la empresa en propiedad pública, y la ley sería en este caso inconstitucional.

Sobre esta base, decidir la cuestión sobre si una limitación territorial de determinados derechos representa una expropiación o una limitación pública es más fácil. Si, por ejemplo, una ley territorial incorpora los montes privados al patrimonio forestal del Estado y de este modo también expropia al propietario del suelo la dirección empresarial en gran parte o totalmente, pero dejándole los derechos de extracción de frutos, en particular los aprovechamientos de leña, tal asunción de responsabilidad administrativa no es expropiación; el «señorío privado comprimido» es sustituido, según la expresión de GIERKE, «por el poder público»: lo que asume el Estado es, en primera línea, un deber (deber administrativo). Los derechos que en tales supuestos co-asume son los necesarios para cumplir ese deber (derecho de paso, derecho de tala y semejantes). Igualmente cuando las utilidades que corresponden al propietario

disminuyen en virtud de la administración estatal, dicho acto no se convertirá en una expropiación. Una limitación jurídica impuesta por el interés público (entre otros, prohibición de publicidad luminosa, prohibición de construir, el cierre de los comercios a las 6 horas, hora de cierre de los locales nocturnos) queda autorizada, aun cuando inflija al propietario un daño demostrable pecuniariamente. Recuérdese que tampoco se trata de la «garantía de influencia» del Art. 156, párrafo 1, inciso 2 RV, como expropiación, cuando la empresa sufre como consecuencia de la influencia estatal, especialmente cuando tiene escasas ganancias; no se habla aquí de una indemnización a cargo de la asociación económica común. Igualmente la habría cuando una ley quisiese poner la administración de todas las casas de alquiler municipal de cierto tamaño en manos de una asociación en la que los órganos comunes tienen la última palabra. No habría expropiación en la medida en que el propietario conserve el derecho al uso. Un último ejemplo: una ley que imponga prohibiciones de construcción al propietario de fincas de una determinada clase, no es ninguna ley de expropiación; si por el contrario (con un contenido por lo demás igual), concede a los Municipios o al Estado facultades de prohibición jurídico-privadas (exigencias, servidumbres), entonces, contiene una expropiación.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En origen se hablaba de «propiedad» también en el artículo que atañía a las sociedades religiosas; *Protocolo de la Comisión Constitucional*, p. 208. Las reflexiones jurídicas de los juristas Dr. BEBERLE y Dr. DÜRINGER que se refieren evidentemente a la terminología jurídica (con referencia a los particulares derechos eclesiásticos de usufructo, derechos de cosas, y derechos de autor y de edición de las sociedades religiosas) condujeron a la introducción de los «otros derechos».
2. Derecho a la «fundación de una empresa» (cfr. RG.Ziv. S. 58, pgs. 28 y ss.) en oposición a la «posibilidad jurídica» de ejercer «cualquier actividad», o bien (con palabras de la Constitución del *Reich*, art. 111) de procurar «sustento» al Derecho (?).
3. El autor emplea literalmente el sustantivo *Diktatur*, por lo que hemos preferido respetar el original. Se refiere con ello al denominado en nuestra cultura constitucional «estado de excepción». El art. 48, párrafo 2, RV, confiere al Presidente del *Reich* unos amplios poderes para adoptar las medidas necesarias para el reestablecimiento del orden y de la seguridad pública, frente a perturbaciones o amenazas relevantes, pudiendo acudir incluso a la intervención armada; para tal fin, además, el Presidente podrá suspender en todo o en parte la eficacia de ciertos derechos fundamentales [N.d.T.].

4. La cuestión tiene particular significado en referencia al art. 156, si se acepta, de acuerdo con R. GRAU, *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten (Oeffentl. Rechtl. Abh. von Triepel-Kaufmann-Smend, 5. Heft 1922)*, p. 85, que el presidente del *Reich* puede predisponer una detracción de la propiedad sin indemnización, como por ejemplo porque la exaltación justificada del pueblo contra el poder del conspirador rico sólo puede hacer satisfecha mediante el retiro para siempre de sus bienes. Si esto fuese justo (?), de todos modos no valdría para la cesión de empresas económicas en propiedad común.

5. No es el caso de profundizar en el muy investigado concepto de derecho legalmente adquirido. Esencialmente estoy de acuerdo con TRIEPEL, Archöff. R. 40, 353 y ss. (1921). Se presenta el caso frecuente de que el ordenamiento jurídico pueda relacionar al hecho unas consecuencias jurídicas sin que de tal hecho se derive nada diferente de lo que merecen esas consecuencias jurídicas. (Los derechos legalmente adquiridos son garantizados; legalmente adquiridos son los derechos que merecen ser garantizados. Semejantemente: «enfermo mental» es un enfermo que se trata como al niño que tiene menos de 7 años; «débil mental» es el enfermo que requiere una actitud de un menor de más de 7 años). El punto de vista general ha sido desarrollado con más detalles por ERICH KAUFMANN, *Deutsche Hypothekenforderungen in Polen*, 1922, p. 40 y ss.

6. Tampoco cuando la Constitución del *Reich* excluye una norma jurídica de Derecho privado lo entiende técnicamente. Si el art. 152, párrafo 2, inciso 2, acepta la frase del BGB § 188, párrafo 1, según la cual son «nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres», la norma del § 138 BGB no se convierte en contenido de la Constitución. Si una ley del *Reich* vulnerase el § 138, párrafo 1, y afirmase en contrario, por ejemplo, que el negocio contrario a las buenas costumbres fuese válido en los límites de su admisibilidad, o pudiese ser derogada con estos límites en virtud de un pronunciamiento judicial, o pudiese ser declarado nulo sólo con un juicio (constitutivo) (cfr. § 747 HGB en la versión de la Ley de 7 de enero de 1913), o bien que la parte que actúa contra las buenas costumbres pudiese realizar ciertos derechos fuera del negocio objetivamente contrario a las buenas costumbres, etc., todo esto no contradiría el art. 152 de la Constitución.

7. Diversamente ANSCHÜTZ, *Komm. zu Art. 153*; GIESE 1 zu Art. 153. El Tribunal Federal suizo ha remarcado repetidamente que la garantía de la propiedad conforme a la Constitución constituye también una «restricción para el legislador». Cfr. Entsch. Bd. 26 I, 77.

8. También puede traducirse por «leyes del *Land*», empleando la expresión literal utilizada por el autor. Sin embargo, dado que el concepto de «Estado» o «territorio» alemán ha mudado sensiblemente a lo largo del tiempo desde el período de los antiguos reinos prusianos y austriaco hasta el actual concepto de «Estado federado» (*Land*), hemos preferido utilizar, según el caso, el sustantivo «territorio» y el adjetivo «territorial». A mero título informativo téngase en cuenta que el Imperio alemán fue fundado el 18 de enero de 1871 tras la victoria de Prusia en la Guerra franco-prusiana y supuso la unificación de los diferentes Estados alemanes en torno a Prusia, excluyendo a Austria. Prusia se convirtió en Alemania, bajo el liderazgo del canciller Otto von Bismarck. La revolución de noviembre de 1918 llevó, hacia el final de la Primera Guerra Mundial, al cambio desde la monarquía del Imperio a una República pluralista, parlamentaria y democrática, en la que los Estados o territorios empiezan a asumir un mayor número de competencias hasta desembarcar, con la Ley Fundamental de Bonn (1949), tras la Segunda Guerra Mundial, en el concepto de «*Land*» como hoy en día lo conocemos [N.d.T.].

9. Se refiere el autor a la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, de 18 de agosto de 1896, que entró en vigor junto con el BGB el 1 de enero de 1900, en la que se contienen esencialmente las normas jurídicas relativas a la entrada en vigor del BGB, el Derecho internacional privado y el Derecho transitorio. La ley ha sufrido ulteriores modificaciones. Su actual versión data de 21 de septiembre de 1994, y ha sufrido una importante actualización como consecuencia de la «Ley de Modernización del Derecho de obligaciones» (*Modernisierungsschulrechtsgesetz*) de 2001 [N.d.T.].

10. Dejando a un lado algunos casos particulares (arts. 122, 123 EG.BGB).

11. En la medida en que también aquí se crean, o ya existan, prescripciones del Derecho federal (propiedad de obras mineras).

12. El autor transcribe la frase directamente en francés, cuyo tenor es el siguiente: [*L*]a *législation peut restreindre le contenu du droit de propriété, sans porter atteinte au principe constitutionnel de l'inviolabilité, à la seule condition qu'elle le fasse d'une manière générale, égale pour tous* [N.d.T.].

13. La frase puede también volverse importante especialmente respecto de la aplicación de los §§ 679 y 688, párrafo 2, del BGB; estos parágrafos suponen una obligación jurídica «para cumplir con el interés público» (y no solamente una obligación de carácter meramente moral).

14. Merecen ser subrayados los escritos del teólogo católico OTTO SCHILLING *Reichtum und Eigentum in der altkirchlichen Literatur*, 1908; *Staats- und Soziallehre des hl. Augustins*, 1910, p. 244; *Der kirchliche Eigentumsbegriff* (1920), p. 52 y ss. En la frase «los bienes obligan» permanece viva al mismo tiempo una parte del postulado revolucionario de «fraternidad»; cfr. MAX ERNST MAYER, *Rechtsphilosophie*, 1922, 86.

15. SchweizBGEntscheid. 37 I, 521; aquí también, véase, a propósito de las antiguas Constituciones Cantonales, que definen la expropiación como «excepción», «derogación» del principio de inviolabilidad. Cfr. ulterior material de LAYER, *Principien des Enteignungsrechts*, pgs. 142 y ss.

16. TRIEPEL en Roten Tag, 1920 Nr. 149 (9 de julio), que acentúa con razón que la Constitución promueve la atención al bien general y a una base jurídica.

17. Cfr. RG., ZivS. 102, 162 y ss., donde se expresa con razón que el alojamiento forzoso de personas necesitadas de vivienda es expropiación y se pone la cuestión (y se niega) si los alquileres pagados por el beneficiario constituyen una expropiación adecuada en el sentido de la RV. Semejantemente, el Tribunal de Baviera para conflictos de competencias, Resolución del 18 de mayo de 1921, LeipzigZ. 1921, pg. 422. Al respecto, más abajo V 6.

18. ¡Aquí no se trata de elegir entre dos concepciones jurídicas! El empresario recibe (estableciendo el plan) un derecho privado sobre el fundo frente a la pretensión de Derecho público que tiene contra el Estado.

19. El caso particular del art. 153, párrafo 2, inciso 4 (expropiación para el *Reich* frente a los *Länder*, Municipios y Asociaciones de utilidad pública) queda aquí fuera de consideración. Me parece dudoso si está permitida una ley que libre de la obligación de expropiar en el caso del art. 156, párrafo 1, inciso 1, es decir, en caso de conversión de la empresa en propiedad pública. En mi opinión, debe negarse la cuestión, puesto que el Art. 156, aunque haga valer «de acuerdo con» las normas de expropiación, permite «preservar la indemnización», lo que significa que «la» (es decir, razonable) indemnización no puede faltar sin un cambio de la Constitución. Sobre esto el art. 188, párrafo 2, véase más arriba I.

20. Según el modelo de la «*juste ... indemnité*» en la *Declaration des droits de l'homme*, v. 1789 art. 17: Francia, Bélgica, Italia etc.; también las leyes nortamericanas: *just and full compensation*.

21. El texto habla, sin embargo, sólo de «hacer útil», no pensando en las utilidades de la plusvalía no ganada, sino en ella simplemente.

22. Los Municipios no lo adquieren *ipso iure*, aunque tengan el derecho de adquisición mediante solicitud a las autoridades administrativas.

23. Introducción a la *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* (Ley territorial de los Estados Prusianos, promulgada en 1794). Fue la primera, y todavía sigue siendo la única, codificación general de todo el Derecho de un país [N.d.T.].

24. La supresión sin previa indemnización de derechos sin valor patrimonial es naturalmente admisible según la RV. Así, cuando la Ley bávara de concentración parcelaria de 5 de agosto de 1922 (GS, pg. 488), en su art. 16, suprimió tales servidumbres sin indemnización, al hacerse superfluas «en virtud de la empresa de concentración»; tal vez también el art. 17, párrafo V: traslado sin indemnización de los caminos de arrastre. De modo semejante, derechos que estén bajo una condición que probablemente nunca se realizará y que entonces no tienen valor desde el punto de vista económico, pueden ser eliminados sin indemnización. La supresión de los fideicomisos (art. 155, párrafo 2, inciso 2) puede llevar a una expropiación sin indemnización de los derechos de los agnados más lejanos.

25. De manera similar hay que valorar la Ley de Meckl.-Strelitzsche de 3 diciembre de 1920 que la eliminado sin el pago de indemnización el dominio directo sobre los bienes enfitéuticos pertenecientes a los caballeros. Es válida.

26. La cuestión de cómo contemplar la desvaloración producida entre ese momento temporal y el del pago ya no tiene nada que ver con la cuestión sobre qué sea una indemnización razonable en el sentido de la Constitución del *Reich*.

27. No existe una obligación de «vender», sino una obligación de transmitir a cambio del pago de un precio. No es un *pactum de non petendo*, sino que la misma *venditio* se sustituye por el acto del Estado (o el acto del Estado y el «requerimiento» unilateral del beneficiario). En los escritos doctrinales de NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang* (1920), pgs. 25 (2), 69-72, 144, esta cuestión no se trata satisfactoriamente (cfr. especialmente, pg. 71 (2): ¿con una declaración [unilateral!] existiría un contrato de compraventa?).

28. Es diferente la ciencia francesa que en estos casos no habla de «*expropriation*».

29. Cfr. la Ley de Baviera de 9 de mayo de 1918, que permite claramente la expropiación con ocasión de los Derechos de construcción con la finalidad de urbanización de zonas edificables; igualmente el Reglamento del *Reich* para la eliminación de las necesidades de vivienda más urgentes de 9 de diciembre de 1919, § 5. Sin embargo, incluso puede bastar con la imposición obligatoria de un derecho edilicio en virtud de leyes generales territoriales relativas a la propiedad, en vez de expropiar la propiedad, así, por ejemplo, para la incentivación de empresas.

30. La opinión divergente de E. HUBERS, *System d. Schweiz. PrivRs* III (1889), pg. 215, y *Anm.* 1, del mismo, es que tampoco ha penetrado en Suiza como demuestra la versión jurídico-federal.

31. El hecho de que esta finalidad deba tener un interés público no pertenece al concepto de expropiación, sino al presupuesto de su admisibilidad.

32. Muchos niegan que éste puede ser el contenido de la expropiación, también OTTO MAYER, II, 43 y s. Pero la cuestión sobre si la propiedad existente se transmite no se cumple con la cuestión sobre si se transmite por eso mismo (y sólo por eso), porque (y en el momento en que) el expropiado era propietario (consecuencia jurídica), o si bien es independiente de quién era el propietario. La oposición se hace importante en el caso de la expropiación de créditos, acciones y semejantes.

33. Un derecho privado subjetivo tiene que ser adquirido. La adquisición de meras facultades («autorizaciones» de uso común y similares) o derechos públicos (potestades estatales de prohibición de construir) no son suficientes.

34. La legislación del *Reich* todavía no ha tomado posición en relación a la cuestión que aquí se está tratando.

35. La Constitución del *Reich* no habla de la posibilidad de proporcionar al Estado no solamente «participación» en la administración, sino una total (en solitario) administración. También en ese caso no existiría ninguna cesión a la propiedad común sin embargo, cuando no se presenta el hecho: tiene lugar entonces siempre, al mismo tiempo, una participación en los beneficios.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.