

# La protección de los derechos públicos como propiedad

RAINER ARNOLD Y TONI FICKENTSCHER\*

## Resumen

El artículo 14 de la Ley Fundamental (LF), la Constitución alemana, protege la propiedad. La concepción de propiedad en el sentido constitucional es amplia, comprende todos los «derechos patrimoniales». Estos últimos se fundamentan en el derecho «civil». El artículo muestra en qué condiciones también posiciones con un origen en el derecho «público» —llamados derechos públicos— gozan de la protección como propiedad en el sentido del artículo 14 de la Constitución alemana y del artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH). Junto con una clasificación de estos últimos derechos en el marco del sistema constitucional nacional y una evaluación crítica respecto a la jurisprudencia pertinente del Tribunal Constitucional alemán, la contribución se dedica principalmente a la comparación del derecho a la propiedad en los dos ordenamientos y a los problemas con respecto a la compatibilidad del derecho constitucional nacional con el derecho internacional. Basándose en dos ejemplos concretos, se explica que estas problemáticas se fundan en una distinta opinión sobre el «rendimiento propio» como requisito para la protección de un derecho público como propiedad. Esta comprensión divergente no tiene por resultado solo una diferente visión respecto al ámbito de protección de la propiedad sino también otra consecuencia jurídica respecto a las intervenciones en la propiedad. En otras palabras, estas distintas interpretaciones influyen en la cuestión de la indemnización.

**Palabras clave:** Derechos públicos. Propiedad. Rendimiento propio. Asegurar la existencia. Expropiación.

## Sumilla

- I. La protección de los derechos públicos en el sentido del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana
  1. El contexto constitucional y la problemática
  2. Los requisitos de la protección de los derechos públicos como propiedad
  3. Observaciones críticas
  4. Conclusión provisional

---

\* Profesor Rainer Arnold, Catedrático de Derecho público y Cátedra Jean Monnet ad personam, Universidad de Regensburg (Alemania); Toni Fickentscher es colaborador académico y doctorando en el derecho público, Universidad de Regensburg (Alemania). Correo electrónico: jean.monnet@gmx.de

- II. La protección de los derechos públicos según artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)
    - 1. La clasificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)
    - 2. La protección del derecho de propiedad según el artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH
    - 3. Conclusión provisional
  - III. La compatibilidad con la protección de la propiedad por la Constitución alemana
    - 1. La vigencia del CEDH
    - 2. La interpretación del CEDH en el contexto de la Constitución alemana en cuanto a los derechos públicos como propiedad
  - IV. Conclusión
- Referencias

## **I. La protección de los derechos públicos en el sentido del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana**

La inclusión de los llamados derechos públicos en el ámbito del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana ha resultado problemática a causa de una comprensión anterior de la propiedad (1.) Por eso, el Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado propios criterios para la determinación de la protección constitucional de semejantes derechos públicos (2.), los cuales son objeto de crítica (3.).

### **1. El contexto constitucional y la problemática**

El Tribunal Constitucional alemán entiende como propiedad en el sentido 14 de la Constitución «todos los derechos que tienen un propio valor y que son asignados a una determinada persona por el orden jurídico para que esta persona pueda ejercerlos en su propio beneficio»<sup>1</sup>. En este sentido, cabe destacar que las leyes simples determinan el contenido de la propiedad al nivel constitucional (artículo 14 párrafo 1 frase 2)<sup>2</sup>. En otras palabras, la particularidad es que la definición del artículo 14 de la Constitución alemana invierte, en principio, la jerarquía jurídica. Sin embargo, una libertad completa del legislador con respecto a tal configuración no es permitida porque hay que garantizar la existencia constitucional de la propiedad (Art. 14 párrafo 1 frase 1). Es decir que el legislador no puede abolir completamente la propiedad en sus manifestaciones básicas, como el terreno<sup>3</sup>. La dimensión del ámbito de la protección se sigue ampliando en un modo continuo

<sup>1</sup> Véase por ejemplo T.C. 83, 201, 209; 112, 93, 107; 131, 66, 79.

<sup>2</sup> Expresamente T.C. 58, 300, 330. Se tiene que recurrir tanto a las reglas privadas como públicas, T.C. 74, 129, 148.

<sup>3</sup> Entre muchos: Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 153. Rechazando una tal definición constitucional propia: Ehlers, en VVDStRL 51 (1992), 211, 214. Para profundizar: Grochtmann, Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG, p. 43 ff.

en los últimos años y se extiende, entretanto, a las posiciones con un origen en el derecho público<sup>4</sup>. Gozan la protección como propiedad cuando permitan una igualdad con la posición de un propietario en el señalado sentido original del artículo 14 párrafo 1<sup>5</sup>. Un ejemplo para estos llamados derechos públicos son las exigencias del régimen legal de la seguridad social para jubilación e invalidez porque las entidades de estos seguros son corporaciones de interés público (§ 29 párrafo 4 del código social número 4). Como otro ejemplo para una tal posición, se puede alegar los permisos públicos como la concesión para la venta de bebidas alcohólicas porque son otorgados por las administraciones estatales, por lo tanto públicas.

Pongamos por caso que la función de la propiedad sea la garantía de la libertad de un individuo, la inclusión de los derechos públicos en la protección del artículo 14 párrafo 1, resulta de acuerdo con esta comprensión funcional como algo lógico. Pues, la situación económica no se funda hoy en día de manera tan clara en los derechos, digamos, clásicos como el terreno, sino también en las posiciones con un origen público. O dicho de otra manera, se tiene que asegurar la subsistencia con las prestaciones de los seguros sociales. De manera que, en nuestros días, hay un amplio margen de libertad, que permite que estos derechos se incluyan también en el ámbito de la propiedad<sup>6</sup>. Sin embargo, una integración de este tipo tiene por consecuencia algunos problemas dogmáticos en cuanto a la señalada definición de la propiedad: Una asignación estricta por el orden jurídico no es posible. Puesto que la razón del origen de un derecho público se encuentra en la esfera pública y, por eso, no puede ser asignada a una determinada persona. Con respecto al ejemplo de las pensiones, una persona tiene solamente una exigencia proporcional a la masa de bienes de todas las pensiones. En este aspecto, la pregunta de la asignación de una posición con un origen público es, desde el principio, algo que no tiene claros perfiles, así que una amplia integración de los derechos públicos en la protección del artículo 14 párrafo 1 sea posible o, mejor dicho, una consecuencia inevitable<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 70. Compare en cuanto a la incorporación de los derechos de autor T.C. 31, 229, 238. La protección de la propiedad por la Constitución de Weimar (artículo 153 WRV) fue amplia y abarcaba también exigencias, RGZ 102, 161, 165. Crítico: Leisner, en Festschrift Obermayer, p. 67 ff.

<sup>5</sup> Explícitamente T.C. 53, 257, 289; 72, 175, 193.

<sup>6</sup> Ya T.C. 32, 111, 142. Refiriéndose explícitamente a la función de la propiedad: T.C. 53, 257, 294; 69, 272, 303 f. Aprobatorio por ejemplo Dederer, en Bonner Kommentar GG, Art. 14 Rn. 104; Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums, p.50 la propiedad original como el terreno está perdiendo su importancia.

<sup>7</sup> Convincente: Depenheuer, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 71. Pero para tal incorporación se pronuncia Dederer, en Bonner Kommentar GG, Art. 14 Rn. 102 ff.

## 2. Los requisitos de la protección de los derechos públicos como propiedad

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional alemán limita la protección de los derechos públicos en el contexto del artículo 14 párrafo 1 —adicionalmente a los aspectos de la señalada definición— a semejantes posiciones que se fundan «a no insignificantes rendimientos propios» de una persona y que «aseguran su existencia»<sup>8</sup>. El criterio de un rendimiento propio expresa «la relación personal especial» del beneficiario con su propiedad. Es decir que cada persona tiene que contribuir en una manera personal a la posición para que sea considerada como propiedad<sup>9</sup>. En este contexto, cabe destacar que este rendimiento propio no se tiene necesariamente que basar completamente en una contribución personal así que una participación del Estado o de un tercero en la elaboración de la posición sea posible<sup>10</sup>. En otras palabras, el rendimiento y el derecho público no tienen que ser congruentes<sup>11</sup>. Al contrario, el criterio de garantizar la subsistencia refleja la presente función de la propiedad que se expresa en la protección de la libertad de un individuo. Este aspecto se determina mediante una averiguación objetiva, es decir que las necesidades económicas de una única persona no sirven como un modelo sino hay que orientarse a las necesidades de una multitud de personas. Además, no importa, igualmente, si otros medios económicos estarían de libre disposición para asegurar la existencia<sup>12</sup>.

En este sentido, las prestaciones del régimen legal de la seguridad social para jubilación e invalidez gozan de la protección del derecho a la propiedad según el artículo 14 párrafo 1. Puesto que estas exigencias aseguran, en primer lugar, hoy en día la existencia de muchas personas aseguradas en la vejez. Segundo, el solicitado criterio de un rendimiento propio consiste en el pago de las contribuciones por el asegurado, así como por el empresario que las efectúa en beneficio del asegurado a su seguro social<sup>13</sup>. Por la misma razón, el artículo 14 párrafo 1 protege también las exigencias en cuanto al subsidio de desempleo<sup>14</sup>. Al contrario, la asistencia social no es considerada como propiedad por falta de pagos anteriores como contribuciones y, por lo tanto, de un rendimiento propio<sup>15</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán rechazó recientemente la protección de un permiso público por el artículo

<sup>8</sup> Fundamentalmente T.C. 69, 272, 300. El T.C. ya indicó el criterio de un rendimiento propio en sus primeras sentencias, T.C. 1, 264, 278. Véase con respecto a la evaluación de la jurisprudencia Dederer, en Bonner Kommentar GG, Art. 14 Rn. 107 ff.

<sup>9</sup> T.C. 53, 257, 291.

<sup>10</sup> Compare T.C. 69, 272, 301 f. Aprobatorio entre muchos: Jarass, en Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 10.

<sup>11</sup> T.C. 53, 257, 292.

<sup>12</sup> Básicamente: T.C. 69, 272, 303 f. Véase que no es importante si hay otros medios económicos, T.C. 72, 9, 21.

<sup>13</sup> Compare T.C. 53, 257, 289 ff. Véase para las distintas expresiones de la protección de las pensiones Dederer, en Bonner Kommentar GG, Art. 14 Rn. 128 ff; Jarass, en Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 11 f.

<sup>14</sup> T.C. 72, 9, 18; 74, 9, 25; 92, 365, 405.

<sup>15</sup> T.C. 126, 369, 391.; 128, 90, 101.

14 párrafo 1 porque las inversiones que se efectuaban para obtener la concesión no incluyen un rendimiento propio. Más bien, solamente las posiciones que se fundan en el permiso público podrían ser consideradas como propiedad en el sentido 14 de la Constitución<sup>16</sup>.

### 3. Observaciones críticas

La expuesta ampliación fundamental con respecto a los derechos públicos ya se plantea en un modo preocupante. Dado que tal incorporación tendría como consecuencia la transformación del derecho de propiedad entendido como un derecho subjetivo que protege frente a las intervenciones estatales en un derecho objetivo que permite una participación a prestaciones estatales<sup>17</sup>. Es decir que, en principio, los derechos fundamentales alemanes son principalmente derechos subjetivos que garantizan el ejercicio de la libertad de un individuo y tienen el sentido de impedir perjuicios por el Estado<sup>18</sup>. Por lo tanto, un individuo puede directamente demandar los derechos fundamentales antes el Tribunal Constitucional con el instituto de la «Verfassungsbeschwerde», un recurso especial de inconstitucionalidad, artículo 93 párrafo 4a de la Constitución alemana. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales contienen aspectos objetivos porque pueden solamente existir en una comunidad. En otras palabras, necesitan un contexto común para surtir efectos. Por lo tanto, expresan valores objetivos y así marcan la configuración del conjunto de nuestro orden jurídico<sup>19</sup>. El Tribunal Constitucional alemán reconoce esta dimensión objetiva también —en algunos casos excepcionales— como una exigencia para una prestación estatal, mejor dicho, una participación concreta para las prestaciones del orden jurídico<sup>20</sup>. La problemática de este tipo de protección constitucional es que las exigencias expuestas, fundadas en el valor objetivo de los derechos fundamentales, dependen de que el Estado tenga la posibilidad económica de garantizar las prestaciones. Dicho de otro modo, la protección constitucional depende de las posibilidades del legislador. En este sentido, este valor objetivo no puede tutelar a un individuo del mismo modo que la dimensión subjetiva<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Fundamentalmente: T.C. 143, 246, 328 f Rn. 231 f. Excluyendo los permisos públicos en todos los casos del ámbito del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana: Jarass, en Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 13. Una protección todavía dejado pendiente: T.C. 17, 232, 247.

<sup>17</sup> Véase sobre todo: Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 82 que hablan de «propiedad solidaria». Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 7. En detalle Hase, en Festschrift Ridder, p. 259 ff.

<sup>18</sup> Por ejemplo: Starck, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 1 Rn. 172.

<sup>19</sup> Así y para profundizar: Herdegen, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 1 párrafo 3 Rn. 17 ff.

<sup>20</sup> Con relación al artículo 14 Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 100. Compare: T.C. 115, 25 ff.

<sup>21</sup> Compare otra vez: Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 7. Indicando la limitación de las posibilidades económicas del Estado: Schenke, en Festschrift Lorenz, p. 720. En este sentido también T.C. 2, 280, 402.

En cuanto a la protección de los derechos públicos —sobre todo con respecto a las exigencias del régimen legal de la seguridad social para jubilación e invalidez— en lo que se refiere a la propiedad, la eficacia de la tutela se disminuye porque garantiza solamente —como se ha señalado— una exigencia proporcional a la masa de bienes de todas las pensiones. Por ende, el artículo 14 se representa como un derecho de participación, una expresión del valor objetivo<sup>22</sup>.

Aparte de esto, la protección se reduce otra vez porque estos derechos públicos —como las prestaciones de un seguro social— están en un contexto social especial y pueden ser limitados con más facilidad (artículo 14 párrafo 2). En otras palabras, las posibilidades del legislador de limitar el derecho de propiedad son más amplias cuando hay un fondo social de la propiedad<sup>23</sup>. Para concluir, la incorporación de las prestaciones de un seguro social en la tutela del artículo 14 párrafo 1 consigue un debilitamiento del valor de la propiedad. Del mismo modo, estas opiniones no pueden convencer a quienes quieren generalmente rechazar la protección de los derechos públicos como propiedad refiriéndose a una «perdida de movilidad» del Estado a causa de la tutela constitucional<sup>24</sup>. Puesto que una compensación entre el derecho de propiedad y los intereses estatales a una modificación de las prestaciones sociales se puede realizar a través de una ponderación<sup>25</sup>.

Además, existen dudas graves con respecto a los criterios concretos que se han desarrollado para la determinación de los derechos públicos como propiedad en el sentido del artículo 14 párrafo 1. En primer lugar, parece muy contradictorio, por una parte, que se subraye la importancia fundamental de la función de la propiedad —como garantía de la libertad— y que de otra, se limite el criterio de asegurar la existencia —que refleja esta función— solamente en cuanto a los derechos públicos. En otras palabras, resulta contradictorio destacar la transcendencia de la función de la propiedad referida únicamente a un aspecto de la misma. Para evitarlo, lo consecuente sería aplicar este criterio a todos los supuestos cuando se determine su protección según el artículo 14 párrafo 1. Pero eso tendría por consecuencia el que muchos derechos dejaran de formar parte del derecho a la propiedad porque la mayoría de las cosas no representan un gran valor<sup>26</sup>. Eso significaría, a su vez, la incompatibilidad con el presente reconocimiento general de la propiedad (artículo 14 párrafo 1 frase 1). Por lo tanto, la función de la propiedad no parece realmente

<sup>22</sup> Véase otra vez: Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 82; Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 7

<sup>23</sup> Convincente: Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums, p. 52. Compare en cuanto a la limitada protección de las exigencias de un seguro social, T.C. 74, 203, 214.

<sup>24</sup> Pero así Schenke, en Festschrift Lorenz, p. 720. Todavía T.C. 2, 380, 402.

<sup>25</sup> Ahora con razón: T.C. 69, 272, 304. Aprobatorio por ejemplo Dederer, en Bonner Kommentar GG, Art. 14 Rn. 108.

<sup>26</sup> Compare Leisner, en Festschrift Obermayer, p. 71 f.

adecuada para fundamentar la propiedad según el artículo 14 párrafo 1, sino más bien para garantizar y proteger el ejercicio de un derecho de propiedad<sup>27</sup>. En otras palabras, el artículo 14 párrafo 1 tutela originalmente todos los derechos con un valor, independiente de su importancia para la existencia de una persona<sup>28</sup>. En este sentido, la cuestión de asegurar la subsistencia de una persona podría depender de la respuesta a una adecuada ponderación<sup>29</sup>.

Por la misma razón —la contradicción en cuanto a la fundamentación de los derechos públicos y los otros derechos como propiedad en el sentido del artículo 14 párrafo 1—, el criterio de un rendimiento propio se muestra problemático. Dado que la protección constitucional como propiedad abarca generalmente las situaciones que resultan también de suerte, de casualidad y de una herencia. Es decir, que se trata de las posiciones que no se fundan en un rendimiento propio<sup>30</sup>.

#### **4. Conclusión provisional**

La incorporación de los derechos públicos en el ámbito del artículo 14 párrafo 1 convence a causa de que conlleve la propiedad en la salvaguarda de la economía. Al mismo tiempo, los criterios para fundamentar un derecho público se representan problemáticos dado que contradicen la comprensión original de la propiedad constitucional.

## **II. La protección de los derechos públicos según artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)**

Junto con la protección a nivel nacional de la propiedad, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos prevé a nivel supranacional (1.) en su artículo 1 del Protocolo Adicional dicha protección de los derechos públicos (2.).

### **1. La clasificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)**

Este Convenio Europeo —como un sistema supranacional— protege los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos de cada uno de los países

---

<sup>27</sup> Convincente Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 73 f.

<sup>28</sup> Precisamente: Schenke, en Festschrift Lorenz, p. 734.

<sup>29</sup> Con razón Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums, p. 62.

<sup>30</sup> Véase sobre todo: Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 77 que suponen una «reorganización». En contra, la necesidad exigiendo: Schenke, en FS Lorenz, p. 723 ff.; Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums, p. 59.

que hayan ratificado el Convenio. Es decir que se trata de un acuerdo internacional. Cabe destacar que no se pueden igualar las normas de la Unión Europea puesto que vinculan —al contrario del Convenio Europeo cuya vigencia está todavía presente— a Estados miembros de una manera directa y gozan generalmente de una supremacía ilimitada en su aplicación<sup>31</sup>. En otras palabras, la Unión Europea es una forma de corporación a un nivel supranacional. Sin embargo, los derechos humanos y las libertades fundamentales del CEDH representan principios universales del derecho de la Unión Europea (artículo 6 párrafo 3 TUE<sup>32</sup>). La protección del CEDH la garantiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Junto con el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, forma la así llamada cooperación europea de los Tribunales Constitucionales<sup>33</sup>.

## 2. La protección del derecho de propiedad según el artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH

El artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH protege el derecho de una persona física o jurídica en el sentido de que su propiedad sea «respetada». Las versiones originales hablan de *peaceful enjoyment of his possessions* respectivamente de *droit au respect de ses biens*. En el contexto del CEDH, el artículo 1 representa el único derecho con respecto a la tutela de la existencia económica de una persona. Mejor dicho, el CEDH no incorpora en sus otros artículos la protección de actividades económicas<sup>34</sup>. Al contrario del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana, el contenido de la propiedad no se determina en leyes ordinarias<sup>35</sup>. En otras palabras, la definición de la propiedad según el artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH se basa en una comprensión relativa a un derecho natural, mientras que la protección constitucional nacional alemana exige —como se ha señalado— una asignación técnica por el orden jurídico<sup>36</sup>. Más bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye su protección en el ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH que tiene valor por sí mismo. Es decir que, la protección

<sup>31</sup> Compare el caso fundamental EuGH, sentencia de 15.7.1964, Costa/ENEL. Para profundizar con respecto a la relación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional alemán: Ludwigs, EuGRZ 2014, 273, 273 ff. Véase en cuanto a la vigencia del CEDH III. 1.

<sup>32</sup> Tratado de la Unión Europea.

<sup>33</sup> Precisamente Voßkuhle, NVwZ 2010, 1, 2. La relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una «cooperación cooperativa» calificando: Ludwigs, EuGRZ 2014, 273, 275.

<sup>34</sup> Kaiser, en Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Art. 1 ZP I Rn. 1. El fondo porque se ha excluido la protección de la propiedad del Protocolo Adicional es que los fundadores no se ponían de acuerdo sobre el contenido del ámbito de la propiedad, compare Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 25 Rn. 1.

<sup>35</sup> Entre muchos Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 25 Rn. 2.

<sup>36</sup> Véase por ejemplo: Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, p. 71. Aprobatorio: Michl, JZ 2013, 504, 506.

depende solamente de que un objeto tenga un valor<sup>37</sup>. Por ende, cabe destacar que se interpreta la propiedad según la CEDH de un modo autónomo. Por lo tanto, la definición de la propiedad a este nivel supranacional evidentemente no es vinculada a la comprensión nacional<sup>38</sup>.

Por una parte, la tutela del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH abarca posiciones derivándose del derecho privado<sup>39</sup>. Por ejemplo, exigencias ejecutables y la clientela de una empresa (llamado *goodwill*) son expresamente protegidas<sup>40</sup>. Por la otra, el artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH tutela también los derechos públicos, como las exigencias de un seguro social, pero independiente de que se basen en un rendimiento propio. Más bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos explica que las prestaciones sociales contienen generalmente un aspecto personal a causa de su financiación por los impuestos<sup>41</sup>. Además, la protección del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH abarca también los permisos públicos que sirven para una actividad económica<sup>42</sup>. Sin embargo, el derecho de adquirir propiedad, igualmente, no está protegido<sup>43</sup>. Para resumir, la propiedad en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH no se define —como se ha puesto de manifiesto en las explicaciones precedentes del artículo 14 de la Constitución alemana— mediante una asignación jurídica. En este sentido, no existe un problema —al contrario de lo que ocurre en el derecho constitucional alemán— en cuanto a los derechos públicos y la necesidad de encontrar criterios suplementarios.

### 3. Conclusión provisional

El CEDH reconoce también la tutela de los derechos públicos como propiedad, pero renuncia al criterio de un rendimiento propio. En este sentido, el artículo 1

---

<sup>37</sup> Con razón Michl, JZ 2013, 504, 506 f. Una «comprensión técnica» de la propiedad rechazando: Frowein, en Festschrift Rowedder, p. 50.

<sup>38</sup> Kaiser, en Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK, Art. 1 ZP I Rn. 2. En este sentido, la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede divergir de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán. Véase fundamentalmente: EGMR, sentencia 24.6.2004, v. Hannover, 59320/00.

<sup>39</sup> Por ejemplo: Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 25 Rn. 3.

<sup>40</sup> En cuanto a las exigencias: EGMR, sentencia de 29.11.1991, Pine Valley, Nr. 12742/87 Rn. 51. Con respecto al «goodwill» EGMR, sentencia de 26.6.1986, Van Marle, Nr. 8543/79 Rn. 41. Una tal protección por el artículo 14 de la Constitución alemana afirmando: entre otros Leisner, en HStR VIII, § 173 Rn. 198 ff; Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 200; BGHZ 23, 257, 162 ff.; BVerwGE 62, 224, 226. Dejando pertinente con la referencia al artículo 12: BVerfGE 68, 193, 222 f.

<sup>41</sup> EGMR, sentencia de 6.7.2005, Stec u.a., Nr. 65731/01 Rn. 47 ff. Como ampliación «a una exigencia general» con respecto a las prestaciones sociales clarificando: Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 25 Rn. 6.

<sup>42</sup> EGMR, sentencia de 7.7.1989, Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Nr. 10873/84 Rn. 55. Afirmando Grabenwarter, § 25 Rn. 6.

<sup>43</sup> Papier/Shirvani, in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 89. Compare también EGMR, sentencia de 13.6.1979, Marckx, Nr. 6833/74. El artículo 14 no lo protege igualmente, T.C. 88, 366, 377; 102, 26, 40.

del Protocolo Adicional del CEDH protege expresamente las actividades e intereses económicos de una persona.

### **III. La compatibilidad con la protección de la propiedad por la Constitución alemana**

Habida cuenta de estas conclusiones, hay que constatar dos diferencias fundamentales con respecto a la protección de los derechos públicos como propiedad. En primer lugar, al contrario del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana, el artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH protege los permisos públicos así como las prestaciones sociales que no se fundan en un rendimiento propio. La distinta concepción del ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH basado en la idea de que un derecho natural no exige una asignación de los valores que un beneficiario tiene por la diferencia de opiniones con respecto al requisito del rendimiento propio. En este sentido, la protección de los derechos públicos como propiedad por el CEDH es mucho más amplia que el amparo del artículo 14 párrafo 1. Por lo tanto, se impone la pregunta —considerando la vigencia especial de la CEDH en el orden jurídico alemán (1.)— cómo se pueden compatibilizar estas interpretaciones distintas con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en cuanto a los derechos públicos (2.)<sup>44</sup>.

#### **1. La vigencia del CEDH**

El Tribunal Constitucional alemán constata que el CEDH tiene solamente la vigencia de una ley ordinaria en el orden jurídico alemán. Mejor dicho, el CEDH se encuentra, en principio, en un nivel inferior que los derechos constitucionales alemanes en la jerarquía de las normas<sup>45</sup>. Por lo tanto, un individuo no puede demandar la violación de los valores del CEDH directamente —al contrario de los derechos fundamentales alemanes— ante el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional subraya que la Constitución alemana se representa, en principio, en sus manifestaciones básicas en un modo «favorable» al derecho internacional así que la interpretación de los derechos fundamentales tiene que considerar los valores del CEDH. En otras palabras, la comprensión del CEDH sirve como herramienta cuando se interprete la Constitución alemana<sup>47</sup>. Esto ya se requiere en el artículo 1 párrafo 2: «Hay que reconocer y respetar los derechos

<sup>44</sup> Subrayando esta pregunta de la compatibilidad: Michl, JZ 2013, 504, 505.

<sup>45</sup> Fundamentalmente: T.C. 111, 307, 318; 128, 326, 367.

<sup>46</sup> Precisamente: Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 3 Rn. 8. Así expresamente también T.C. 10, 271, 274; 74, 102, 128.

<sup>47</sup> Sobre todo: T.C. 128, 326, 368; Voßkuhle, NVwZ 2010, 1, 3 f.

humanos como base de la comunidad, de la paz y de la justicia en el mundo»<sup>48</sup> Por lo tanto, cabe destacar que el CEDH surte su efecto en un modo indirecto y mediato<sup>49</sup>. Es decir que se puede demandar su violación indirectamente sobre la interpretación de los derechos fundamentales con la «Verfassungsbeschwerde»<sup>50</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional insiste que una «paralelización esquemática» no es conveniente, de manera que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene que remodelar la sistemática del orden jurídico alemán. Más bien, su incorporación está «orientada hacia el resultado»<sup>51</sup>. Mejor dicho, el Tribunal Constitucional alemán exige una incorporación en el marco de la dogmática vigente y que el CEDH sea acorde con las valoraciones de la Constitución<sup>52</sup>.

## 2. La interpretación del CEDH en el contexto de la Constitución alemana en cuanto a los derechos públicos como propiedad

Si se respetara la exigencia del Tribunal Constitucional alemán de abstenerse de una «paralelización esquemática», tendría por consecuencia lo siguiente: Como ya se ha señalado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene que incluir la protección de los intereses económicos en el ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH por falta de un artículo que se dedique expresamente a este valor<sup>53</sup>. En el marco del orden constitucional nacional, el artículo 12 párrafo 1 de la Constitución alemana protege, en cambio, la actividad económica de una persona asimismo como su ejercicio de la profesión<sup>54</sup>. Por consiguiente, habría que incorporar los permisos públicos que sirven para el ejercicio de la profesión y así para una actividad económica bajo el ámbito del Artículo 12 párrafo 1. Las prestaciones sociales que no se fundan en un rendimiento propio gozarían, al contrario, de protección del artículo 2 párrafo 1 de la Constitución alemana.

Sin embargo, la incorporación en el artículo 12 párrafo 1 y 2 párrafo 1 de los derechos públicos que no se fundan en un rendimiento propio no ofrece la misma tutela. Dado que el artículo 14 se distingue de los expuestos derechos fundamentales en cuanto a la justificación de los perjuicios. En el contexto del artículo 14 párrafo 1, los requisitos tienen que servir a un bien común, un bien público (artículo 14

<sup>48</sup> T.C. 128, 326, 369 destacando que el artículo no garantiza una aplicación directa.

<sup>49</sup> Entre muchos *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 4 f. El Tribunal Constitucional alemán se describe de que «este en un servicio mediato». *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273, 276 dice que así el Tribunal Constitucional elige «esta estrategia para evitar conflictos».

<sup>50</sup> Expresamente: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn. 13. Compare también T.C. 111, 307, 329 f.

<sup>51</sup> Básicamente: T.C. 128, 326, 370.

<sup>52</sup> *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273, 276. Exigiendo una incorporación «prudente» *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn. 10.

<sup>53</sup> Sobre todo: *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, p. 71.

<sup>54</sup> Por ejemplo: T.C. 88, 366, 377; 102, 26, 40.

párrafo 2 frase 1, artículo 14 párrafo 3 frase 1), mientras en los otros derechos fundamentales no existe la misma regla, el mismo requisito. Con respecto al artículo 14, el Tribunal Constitucional alemán constata asimismo que esa necesidad de una justificación es «una condición esencial»<sup>55</sup>.

Por lo tanto, se puede tomar en consideración que la ponderación en los artículos 12 párrafo 1 y 2 párrafo 1 obligue a adoptar los requisitos del artículo 14 párrafo 1 para tener en cuenta las valoraciones del artículo 14 párrafo 1<sup>56</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional constata que la ponderación es generalmente el lugar, mejor dicho, la puerta de entrada para incorporar la protección de algunas posiciones o valores por el CEDH en el orden jurídico nacional. Así, la sistemática fundamental nacional sería conservada<sup>57</sup>.

No obstante, lo anterior no reflejaría la particularidad de una protección constitucional de la propiedad de una manera suficiente. Puesto que la tutela de la propiedad contiene otras salvaguardas que no se dejan reducir solamente a la cuestión de la ponderación. En este sentido, depende del contexto del artículo 14 párrafo 1 el que haya un perjuicio en la forma de una determinación de la propiedad (artículo 14 párrafo 1 frase 2) o en la forma de una expropiación (artículo 14 párrafo 3 frase 1). Como expropiación, se entiende «la retirada completa o parcial de los valores concretos y protegidos por el artículo 14 párrafo 1 frase 1 que sirve para la realización de las tareas públicas»<sup>58</sup>. Además, el Estado debe conseguir directamente el bien<sup>59</sup>. Por el contrario, una determinación de la propiedad en el sentido del artículo 14 párrafo 1 frase 2 es «el establecimiento general y abstracto de los derechos y obligaciones por el legislador en cuanto a estos bienes que se entienden como propiedad en el sentido 14 de la Constitución»<sup>60</sup>. Por consiguiente, una ley se puede representar como una determinación según el artículo 14 párrafo 1 frase 2 también en el caso de que el requisito tenga una alta intensidad y, por ende, sea inconstitucional. En otras palabras, cabe destacar que la intensidad no es el criterio que permite diferenciar entre una expropiación y una determinación<sup>61</sup>. Al contrario

<sup>55</sup> BVerfGE 134, 242, 292 Rn. 170. Compare a la justificación en el contexto del artículo 14 entre muchos Depenheuer/Froese, en v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 229.

<sup>56</sup> Así ya con razón: Michl, JZ 2013, 504, 512.

<sup>57</sup> T.C. 128, 326, 371 f. Afirmando por ejemplo: Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 3 Rn. 10.

<sup>58</sup> Véase T.C. 104, 1, 9; 143, 246, 333 Rn. 245.

<sup>59</sup> Fundamentalmente: T.C. 143, 246, 334 ff Rn. 248 ff. Ya T.C. 104, 1, 10; 115, 97, 112. Todavía rechazando: T.C. 83, 201, 211.

<sup>60</sup> Sobre todo: T.C. 58, 300, 330; 72, 66, 76.

<sup>61</sup> Básicamente: T.C. 58, 300, 320; 100, 226, 240.

de una expropiación, una compensación económica no es regla, sino la excepción porque el artículo 14 párrafo 1 frase 3 no la normaliza explícitamente<sup>62</sup>.

El artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH reconoce también una indemnización. Si bien no la regla, se la deriva del carácter de la propiedad<sup>63</sup>. Al contrario del artículo 14 párrafo 3 frase 2 de la Constitución alemana, la compensación se representa como una cuestión de la ponderación. Mejor dicho, los perjuicios sin una indemnización son, en principio, inconstitucionales<sup>64</sup>. En contra, los artículos 12 y 2 no prevén generalmente una compensación económica.

Por lo tanto, cabe destacar la diferencia clave: La incorporación de los señalados derechos públicos en los artículos 12 y 2 de la Constitución alemana tendría por consecuencia que se evitaría la regla —incluso en el caso de la constitucionalidad— de la obligación de prestar una compensación económica. En otras palabras, en el caso de una expropiación, el principio de la institución de la indemnización sería ignorada si se incorporaran los expuestos derechos públicos en los artículos señalados y si se considerasen las valoraciones solamente sobre en la cuestión de la ponderación. En este sentido, no se puede hablar más de una solución orientada hacia el resultado. Más bien, la tutela del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH y su interpretación serían una cáscara vacía.

Por lo tanto, se puede constatar que no se tiene que eludir la particularidad de la protección de las posiciones como propiedad sobre la posible incorporación de esta en otros derechos fundamentales. Más bien, la reducción de las valoraciones del CEDH dentro la pregunta de la ponderación como puerta de entrada tendría efectivamente por consecuencia una armonización de la garantía de la propiedad con los otros derechos fundamentales. Pero eso sería una indeseada «paralelización esquemática» dentro el orden jurídico nacional. Dicho de otro modo, la negación de la tutela especial del artículo 14 remitiendo a la delimitación de los derechos fundamentales significaría, al final, en realidad una armonización de los derechos fundamentales nacionales. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que exige que hay que mantener la importancia de cada derecho fundamental sería contradictoria consigo misma.

---

<sup>62</sup> Compare por ejemplo T.C. 143, 246, 339 Rn. 260. Ya T.C. 100, 226, 245 f. Indicando la diferencia con respecto al artículo 14 párrafo 3: Papier/Shirvani, en Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 481; Wieland, en Dreier, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 154.

<sup>63</sup> Con razón Frowein, en Festschrift Rowedder, p. 58 f.

<sup>64</sup> Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 25 Rn. 22. Compare también EGMR, sentencia de 8.7.1986, Lithgow, Nr. 9006/80. Subrayando el principio de una compensación: Meyer-Ladewig/von Raumer, en Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Kommentar EMRK, Art. 1 ZP EMRK Rn. 43;

Por ende, significa con respecto a los ejemplos concretos de los derechos públicos —un permiso público permitiendo una actividad económica y las prestaciones sociales no fundándose en un rendimiento propio— que son todavía protegidos por el artículo 12 párrafo 1 respectivamente el artículo 2 párrafo 1 de la Constitución alemana pero el Estado tiene que otorgar, en principio, una indemnización en el caso de su retirada completa o parcial para una tarea pública, mejor dicho, en el caso de su expropiación.

#### **IV. Conclusión**

La protección de los derechos públicos como propiedad significa una enorme ampliación del ámbito del artículo 14 párrafo 1 de la Constitución alemana, pero resulta conveniente si tenemos en cuenta la función de la propiedad constitucional. Sin embargo, los requisitos suplementarios exigidos por el Tribunal Constitucional alemán para esa tutela se presentan problemáticos. Puesto que tienen como consecuencia dos modelos para una protección de la propiedad y dividen la comprensión uniforme del artículo 14 párrafo 1.

La incorporación de las prestaciones que no se fundan en un rendimiento propio y de los permisos públicos en el ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH se basan en una comprensión de la propiedad más amplia. En el orden constitucional alemán, estas posiciones gozan generalmente, por el contrario, del amparo del artículo 12 párrafo 1 y del artículo 2 párrafo 1 de la Constitución. Sin embargo, el Estado tiene que pagar, en principio, una indemnización en el caso de una expropiación para garantizar una tutela adecuada.

#### **Referencias**

- Appel, Markus (2004). *Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums*, Berlin.
- Dreier, Horst (2013). *Kommentar Grundgesetz, Band I Art. 1-19, 3. Auflage*, Tübingen.
- Frowein, Jochen Abr. (1994). *Der Eigentumsschutz in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Festschrift Heinz Rowedder*, München.
- Grabenwarter, Christoph, PABEL, KATHARINA (2016). *Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage*, München.
- Hase, Friedhelm (1989). „Eigentum als Teilhaberecht“ – Überlegungen zur Absicherung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche durch Verfassungsrecht –, in *Festschrift Helmut Ridder*, Neuwied und Frankfurt/M.
- Isensee, Josef, Kirchhof, Paul (2010). *Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Auflage*, Heidelberg.

- Jarass, Hans D., Pieroth, Bodo (2018). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 15. Auflage, München.
- Kahl, Wolfgang, Waldhoff, Christian, Walter, Christian (2018). Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 5 Art. 11-17, 180. Aktualisierung Heidelberg.
- Karpenstein, Ulrich, Mayer, Franz C. (2015). Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, München.
- Leisner, Walter (1986). Eigentum als Existenzsicherung? – Das „soziale Eigentum“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Festschrift Klaus Obermayer, München.
- Ludwigs, Markus (2014). Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, in Europäische Grundrechte Zeitschrift, 41. Jahrgang, Kehl am Rhein.
- v. Mangoldt, Hermann, Klein, Friedrich, Starck, Christian (2018). Grundgesetz Kommentar, Band 1 Art. 1-19, 7. Auflage, München.
- Maunz, Theodor, Dürig, Günter (2018). Grundgesetz Kommentar, 87. Aktualisierung, München.
- Mayer-Ladewig, Jens, Nettesheim, Martin, von Raumer, Stefan (2017). Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden.
- Michl, Fabian (2013). Eigentumsgesetzgebung im Lichte des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Juristenzeitung, Tübingen.
- Müller-Michaels, Olaf (1997). Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, Berlin.
- Schenke, Wolf-Rüdiger (2004). Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und das Eigentumsgrundrecht, Festschrift Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe.
- Voßkuhle, Andreas (2010). Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 29. Jahrgang, München und Frankfurt am Main.