

Gunther Gonzales Barrón*

En defensa de la Ley 29320, sobre expropiación para titulación de posesiones informales

31

1. Introducción

El Código Civil contiene solamente una norma de remisión sobre la expropiación (art. 928), la cual se limita a reenviar el tema a la legislación especial que la regula. Esta voluntaria abstención del legislador se fundamenta en la extendida opinión de que la expropiación es una típica institución de Derecho administrativo, y no del Derecho privado. Este criterio se justifica por cuanto la expropiación implica una voluntad superior a la del propietario, quien no puede oponerse a la privación de su derecho. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, en donde hay igualdad, en el presente caso hay primacía estatal. Así lo señala claramente el art. 2 de la Ley 27117, General de Expropiaciones, la cual define a este instituto como: *“la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por Ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”*.

La expropiación es el máximo grado de intervención estatal en la propiedad, y por la cual se autoriza la privación forzosa del dominio, aunque ello sólo proceda cuando existan ciertas garantías de racionalidad en la actuación del Estado, con lo que se trata de impedir la arbitrariedad o discrecionalidad. En buena cuenta, se proscriben, así, el abuso de los órganos legislativos. El art. 70 de nuestra Constitución establece las garantías necesarias para la operatividad de la expropiación, que han sido desarrolladas por medio de la Ley 27117:

- Está sujeto a una reserva de ley, es decir, solo puede declararse por Ley del Congreso de la República, que es la expresión actual de la voluntad popular elegida en forma democrática.

* Profesor de Derecho Civil de la PUCP, USMP y UIGV. Presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI.

- Las causales que justifican la expropiación son dos: la seguridad nacional o la necesidad pública; la misma que será declarada por el órgano legislativo.
- El pago de la indemnización justipreciada (“compensación económica” o “resarcimiento”) según valor de mercado, y que podrá incluir la compensación adicional por el eventual perjuicio. Además, el afectado tiene la posibilidad de accionar ante el Poder Judicial para contestar el valor del bien que haya fijado el Estado en el procedimiento expropiatorio.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reafirmado la exigencia de estos tres requisitos configuradores de una expropiación válida; por ejemplo, en la sentencia expedida con motivo del expediente No. 18-2007-PI/TC (publicado en el diario oficial el 13 de junio de 2008), se validó la constitucionalidad de una ley que declaró de necesidad pública la expropiación de unos terrenos que servirían para construir lagunas de oxidación que eviten la contaminación del medio ambiente.

2. Causales de expropiación

32

El art. 70 Const. señala que la privación de la propiedad sólo es pertinente cuando exista causal de necesidad pública o de seguridad nacional declarada por ley. La Ley 27117 ha precisado que esta declaración debe realizarse por medio de Ley del Congreso, y no por cualquier otra norma jurídica, con lo que se descartan los Decretos de Urgencia, las Ordenanzas Municipales o cualquier otra disposición.

Con respecto a la “CAUSA EXPROPIANDI”, debemos indicar que ésta sirve de sustento racional de la expropiación, pues ésta no se justifica por la simple “privación”, sino por el destino posterior a que se afecta el bien luego del proceso expropiatorio. Por tanto, la expropiación siempre está sujeta a la transformación posterior de los bienes, siendo que esta transformación puede ser material (por ejemplo: construcción de obras) o simplemente jurídica (cumplir un determinado fin público). Es tan importante la destinación de los bienes al fin de la expropiación, que ésta puede ser objeto de Reversión si es que dentro del plazo de doce meses contados desde la culminación del proceso de expropiación, no se hubiera dado al bien afectado el destino que motivó esta medida o no se hubiera iniciado la obra para la que se dispuso la misma. En tal caso, el anterior propietario o sus herederos pueden instar la reversión del bien (art. 532, 1 CPC). La norma no dice si se trata de una petición formulada en ejecución del proceso de

expropiación o en proceso autónomo, empero se deduce que se trata de esta última hipótesis, de acuerdo con el art. 532, 2 C.P.C.: “*Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, éste deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos*”. El derecho de reversión caduca a los tres meses contados inmediatamente luego del año posterior a la terminación del proceso de expropiación (art. 532, 3 C.P.C.). En el caso de expropiaciones para titular posesiones informales la reversión se produce a los tres meses de publicación de la ley autoritativa siempre que no se haya producido la consignación judicial de la indemnización justipreciada (art. 21.8 Ley 28687, modificada por Ley 29320).

La Constitución reconoce solamente dos causas de expropiación. La primera es la llamada “seguridad nacional”, que puede definirse como “*el fin primario y elemental del Estado. Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetos de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana*”¹. El concepto de seguridad nacional está claramente relacionado con la función de defensa del orden interno y externo encomendado a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional (arts. 163, 165, 166 Const.). Por tal razón, la expropiación por esta causa se justifica en cuanto la privación del derecho de propiedad coadyuve directamente a mantener la defensa nacional.

La segunda causa de expropiación es la “necesidad pública”, y su definición también se hace complicada en atención a su carácter de norma estándar. Se dice que la necesidad pública es el conjunto de “*medidas que redunden en beneficio, ventaja o utilidad a favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población*”². En efecto, un sector importante de la doctrina de nuestro país considera que la noción de necesidad pública está vinculada exclusivamente a las obras de infraestructura requeridas por la colectividad. Por ejemplo: construcción de carreteras, vías de acceso, aeropuertos, ampliación de edificios públicos, etc. Posteriormente volveremos, con mucho detalle, sobre este punto.

En el caso de las municipalidades, éstas sólo pueden solicitar la expropiación por causa de necesidad pública (arts. 94 a 96 Ley 27972, Orgánica de Municipalidades), lo que es correcto si tenemos en consideración que la “seguridad nacional” no es de

1 GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, Tomo II, p. 140.

2 Ibid., pp. 140-141.

su competencia. El acuerdo de expropiación adoptado por el Concejo provincial o distrital debe ser elevado al Poder Ejecutivo a fin que éste solicite la expropiación, debiendo entenderse que el Ejecutivo elevará un proyecto de Ley al Congreso con el objeto de dar cumplimiento al art. 2 Ley 27117. El art. 96 Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, contiene un listado de causales de necesidad pública, entre las que se encuentra: “el saneamiento físico-legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad real del restablecimiento del estado anterior” (inciso 6).

La Ley 28687 (art. 21°), Complementaria de Formalización de la Propiedad, desarrolla la previsión de la Ley Orgánica de Municipalidades, y establece reglas adicionales para la expropiación de terrenos por efecto de titulación en posesiones informales o asentamientos humanos. Recientemente esta norma fue modificada por virtud de la Ley 29320 (publicada en el diario oficial el 11 de febrero de 2008), y luego reglamentada por el Decreto Supremo No. 004-2009-VIVIENDA (publicado en el diario oficial el 08 de marzo de 2009).

En este último caso la expropiación es requerida por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Vivienda, COFOPRI, Gobiernos Regionales o Municipalidades Provinciales (art. 21.1). El Poder Ejecutivo, en consecuencia, deberá tramitar la ley autoritativa, previa confección del expediente técnico por parte de la entidad formalizadora (art. 5 Dec. Sup. 004-2009-VIVIENDA). El Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) será el sujeto activo de la expropiación durante el régimen extraordinario por el que ha asumido competencias para efecto de titulación (por cinco años contado desde fines de 2006, por virtud de las Leyes 28923 y 29320 –segunda disposición transitoria-); y luego por las Municipalidades Provinciales.

3. El caso de las expropiaciones para titulación de posesiones informales

3.1 Finalidad de la norma

El art. 21 de la Ley 28687, modificada por la Ley 29320, es una norma marco que declara de necesidad pública la expropiación para saneamiento y titulación de posesiones informales cuya ocupación se dio hasta el 31 de diciembre de 2004. La finalidad de la norma es de toda evidencia: se busca dar una salida al acuciante problema social configurado por propietarios que no pueden recuperar sus predios,

sea por la lentitud del Poder Judicial o por la imposibilidad material de producir el lanzamiento de miles de poseedores con el costo social y humano que ello significa. Además, se busca solucionar la existencia de ocupantes sin títulos por decenas de años, lo que impide que esa riqueza pueda ingresar al mercado con todo su valor, o que sirva de garantía para acceder al crédito. Nótese que la situación actual es el peor de los mundos imaginados. En efecto, tenemos propietarios “de cartón”, que solo tienen un documento pero no puede gozar de las facultades correspondientes a su dominio; y por otro lado tenemos a miles de poseedores sin título de propiedad, que solo pueden dar valor de uso al predio pero no pueden utilizarlo en función de valor de cambio o de crédito. Desde una perspectiva de costo-beneficio, tan a gusto de los neo-liberales, la disposición comentada resulta ampliamente satisfactoria, pues de un lado permite que los propietarios sean adecuadamente resarcidos a VALOR DE MERCADO, con lo cual su título, antes vacío de contenido económico por mérito del “respeto irrestricto a la propiedad” (sic), se convierte ahora en un valor patrimonial equivalente a la privación sufrida, por lo que un bien improductivo pasa a ser un capital efectivo; y por el lado contrario, los poseedores pueden acceder a la titulación luego de una consolidada ocupación, por lo que dichos predios ingresan al mercado con toda la potencialidad que significa constituirse en un elemento de generación de riqueza.

La norma no sólo establece que la titulación de posesiones informales es una hipótesis de Necesidad Pública que da entrada a la expropiación; sino que además introduce algunos mecanismos facilitadores para la operatividad del procedimiento de expropiación, tales como la posibilidad que la inscripción de la transferencia se realice con la sola consignación judicial aun cuando el sujeto pasivo de la expropiación cuestione el valor de la indemnización justipreciada. En ese caso, y sin perjuicio de la transferencia dominical ya operada, el Estado deberá disponer que se aprueben las partidas presupuestales que correspondan para hacer efectivo el pago de cualquier diferencia a favor del sujeto pasivo, dentro del año siguiente a que dicha diferencia quede determinada (art. 21.6). De esta manera se evita que la sola impugnación judicial logre el propósito de paralizar la ejecución de un acto legislativo. Asimismo debe mencionarse que este procedimiento de expropiación caduca cuando no se acredita que el Estado ha pagado la indemnización justipreciada en el plazo de tres meses computado a partir del día siguiente de la publicación de la ley autoritativa (art. 21.8). Así, el propietario cuenta con una garantía efectiva de que el resarcimiento será pagado en plazo perentorio, y

“...debe recor- darse que el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), establece que la expropiación puede efectuarse por razones de utilidad pública o interés social...”

bajo pena de reversión. Por último nótese que la ley no menoscaba el derecho económico del propietario afectado, ya que el valor que se paga será el de mercado. Asimismo, se indemnizará los otros daños que se hubiesen producido (art. 15 de la Ley 27117, por remisión del art. 21.11 de la Ley 28687, modificado por la Ley 29320).

3.2 ¿Estamos ante una causal de “necesidad pública”?

El término “necesidad pública” contenido en la Constitución, no tiene una clara definición en la doctrina jurídica, aunque en nuestro país se ha generalizado la creencia de que ella se refiere a obras de infraestructura de interés de toda la colectividad. Así, se dice que la Constitución de 1979 permitía la expropiación, entre otras causas, por razón de “interés social”, mientras que la Constitución de 1993 solo habla de la “necesidad pública”. Por ejemplo, es opinión común manifestar que hay diferencia entre necesidad pública e interés social. El primero sería el bien de todos; en cambio, el segundo podría expresar el bienestar de un grupo social determinado. Así, el interés de los campesinos por la reforma agraria, el de los empresarios o de quienes viven en los pueblos jóvenes solo catalogaría como interés social, pero no como necesidad pública. “Como consecuencia de lo anterior, es distinto que el ejercicio de la propiedad armonice con el interés social o con el bien común. En el primer caso, por ejemplo, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos, lo cual ciertamente no se daría cuando está de por medio el bien común”³. En la misma línea se sostiene que: “necesidad pública alude a lo indispensable, a lo que es necesario para la subsistencia de la sociedad en su conjunto. Ello permite distinguir claramente la necesidad pública de la utilidad pública; implicando esta última más bien una situación únicamente conveniente para la sociedad. A su vez, la utilidad social favorece a solo un grupo social determinado”⁴.

Dentro de esta lógica la expropiación de la Ley No. 29320 solo serviría para beneficiar a los pobladores de los asentamientos humanos, y no a la colectividad en general; por tanto, se trataría de un típico caso de “interés social”, y no de necesidad

pública pues no estaría vinculado a la ejecución de una obra de utilidad colectiva. Si la Constitución de 1993 no permite la expropiación por interés social, así entendida, entonces la Ley 29320, que permite la privación forzosa del dominio para efecto de titular posesiones informales, es inconstitucional⁵. El problema de estas opiniones, y de todas aquellas similares, es que siguen ancladas en los conceptos del siglo XIX y no han evolucionado. Nadie va a negar la autoridad del profesor español García De Enterría, quien efectivamente admite que en el derecho decimonónico la utilidad pública se predicaba a partir de la noción de obra pública. Sin embargo, dado su carácter de concepto abstracto e indeterminado, lo cual también acontece con el de “necesidad pública”, no parece necesario crear otra figura –tal como el “interés social”–, para significar la prevalencia del interés general por sobre el individual, y de esa manera ampliar las razones de la expropiación hacia ámbitos mayores al de la simple obra pública. En tal sentido, una distinción entre ambos conceptos es considerada como un “tecnicismo”, ciertamente innecesario⁶. Las nociones de utilidad o necesidad pública no son susceptibles de fácil definición y tienen un evidente carácter evolutivo, por lo que sus significados varían según las épocas y países, permitiendo una interpretación flexible que sea adecuada a los nuevos requerimientos sociales, culturales o de otro tipo⁷. Esta conclusión se reafirma por el hecho que la propiedad decimonónica no contenía la cláusula constitucional de la función social, por la cual la propiedad se reconoce en tanto y en cuanto ésta se proyecta, también, en protección de los intereses comunitarios y colectivos propios de un Estado democrático, solidario y justo. Siendo ello así, la propiedad constitucional moderna no puede definirse con los contenidos del siglo XIX, y si bien puede utilizarse la misma terminología, empero se hace necesario que los conceptos se llenen con el contenido propio de la visión actual de la propiedad.

De esta forma solo queda decir que las nociones de utilidad o necesidad pública han soportado una natural evolución y se han alejado de las definiciones restrictivas que solo la vinculaban con la obra pública. En Italia, la Constitución de la República (art. 42, párrafo 3°) dice que es válida la expropiación por motivos de interés general⁸, es decir, en estricto

3 AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. *Comentario al artículo 923*. En: VV.AA. *Código Civil Comentado*, Tomo V, Gaceta Jurídica, Lima 2003, p. 190.

4 GUZMÁN NAPURI, Christian. *Expropiación y derecho de propiedad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. En: *JUS Constitucional*, No. 7, Julio 2008, p. 202.

5 Así claramente: AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La Ley No. 29320: como en tiempos de la Reforma Agraria*. En: *La Ley*, periódico mensual de la Gaceta Jurídica, No. 15, febrero 2009, p. 9.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid 2004, Tomo II, p. 235.

7 “El derecho actual en todos los países se orienta en el sentido de admitir con amplitud la posibilidad de la expropiación, con el objeto de facilitar el cumplimiento de los cometidos estatales cada vez más numerosos y diversos. A principios del siglo pasado (XIX) predominó un criterio restrictivo que limitaba la expropiación a los casos de necesidad pública pero no tardó en evolucionar por interpretación jurisprudencial y por la sanción de los textos legales expuestos, admitiéndose que cabía la expropiación en los casos de utilidad social, noción sin duda más amplia que aquella”. DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, Tomo IV, p. 358.

lo sería solo por razones de beneficio para toda la colectividad, ya que ello viene implícito en el uso del adjetivo “general”; sin embargo, no se ha dudado en aceptar un contenido más amplio de dicho concepto. Así, la Corte Constitucional mediante sentencia de 20 de mayo de 1999, número 179, reconoce que es posible la expropiación para llevar a cabo iniciativas que podrían realizarse en régimen de economía de mercado, tales como la construcción de mercados, centros de distribución comercial, entre otros⁹.

Por tanto, no es claro, ni mucho menos, que la necesidad pública se refiera única y exclusivamente al bienestar de todos, y que el interés social se manifieste como utilidad de un grupo social determinado¹⁰.

Es cierto que la intención del constituyente fue, muy probablemente, diferenciar todos estos conceptos, pero también es claro y evidente que las normas jurídicas, y la Constitución lo es, determinan su significado por el texto y por las posibilidades interpretativas que se abren en torno a ellas, de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y jurídicas que rodean a un conjunto normativo. Por tanto, la intención de dos o tres personas manifestada en las sesiones del Congreso Constituyente no tiene el efecto decisivo de imponer una interpretación única a futuro, ya sea al legislador o al mismo Tribunal Constitucional. De esta forma, se pone en evidencia la fragilidad de los argumentos exclusivamente de corte historicista¹¹.

Si el constituyente tuvo la intención de limitar la expropiación por considerar que la necesidad pública y el interés social son distintos, empero, debemos concluir que su propósito quedó frustrado pues la necesidad pública es un concepto jurídico indeterminado susceptible de configuración e interpretación, tal como lo dicen García Enterría o Manuel María Díez; y no basta el simple argumento historicista basado en la intención del autor de la norma o en la definición de propiedad dada en el siglo XIX. En consecuencia, no hay razón alguna para adoptar una definición restrictiva cuando estamos ante un concepto indeterminado, cuyo único límite es la razonabilidad. Por tanto, puede ser necesidad pública no solo lo que beneficia directamente a la comunidad en su conjunto, sino también en ella se integran los casos en donde la utilidad se concentra en un determinado grupo, pero cuyo beneficio irradia o se expande a la colectividad en forma general. Dentro

de este contexto, nosotros somos partidarios de un concepto razonable de “necesidad pública”, acorde a las cláusulas modernas de función social de la propiedad, y rechazamos la definición restrictiva que se origina en el ordenamiento decimonónico.

La necesidad pública, por tanto, también puede encontrarse relacionada con la protección de otros intereses vitales para el mantenimiento del orden, la paz pública, la solidaridad, la dignidad del hombre, entre otros valores relevantes, ya que una protección de la propiedad a ultranza, provocaría fácilmente situaciones indeseables de alarma ciudadana, conflicto social y pérdida de confianza en el sistema democrático. La defensa de una sola persona (propietario), que en muchos casos es un especulador o un abdicante del bien, no puede poner en peligro valores comunitarios y sociales, por lo que en esos casos debe entenderse que existe la causal de necesidad pública que habilita y da entrada a la expropiación. Recuérdese que en el pasado, y también podría serlo en la hora actual a causa de la crisis global, ha sido común que el Estado apoye a entidades privadas financieras y bancarias, sin que se apliquen en esos casos las soluciones de mercado o simplemente contractuales. Allí, la intervención gubernamental benefició directamente a un grupo de personas titulares de esas empresas, aunque esa medida tuvo impacto en toda la sociedad, y nadie las declaró inconstitucional. No es posible que una solución sea admisible para los banqueros, no para expropiarles pero sí para dotarles de capital o garantías provenientes de los fondos públicos, pero no para los pobres.

Sin embargo, y a pesar de los fundamentos ampliamente expuestos todavía es posible que se dude de un concepto amplio de necesidad pública, tal como aquí se postula. En tal caso, *el debate igual queda zanjado si recurrimos a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú*, los que sirven como criterio interpretativo o complementario de las disposiciones de nuestro texto fundamental referido a los derechos y libertades (cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993). Siendo ello así, *debe recordarse que el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), establece que la expropiación puede efectuarse por razones de utilidad pública o*

8 PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. ESI, Nápoles 1984, p. 511.

9 ASSINI, Nicola y Pierluigi Mantini. *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè Editore, Milán 2007, p. 248.

10 Por lo demás, y para reiterarlo como ejemplo, la ley 21.499, de expropiaciones en Argentina, define la “utilidad pública” como todos aquellos casos en los que se procura la satisfacción del “bien común”, sea material o espiritual (art. 1°). Es decir, debe reconocerse que las expresiones “interés general”, “interés social”, “fin social”, “necesidad pública” o “bien común” son equivalentes, ya que sus definiciones resultan ser circulares entre ellas, por lo que nada se avanza con distinguir tales expresiones: MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*. Astrea, Buenos Aires 2000, Tomo I, p. 413.

11 En doctrina constitucional, se señala la supremacía de la interpretación sistemática por sobre la histórica: “un operador jurídico, al interpretar un derecho fundamental tendrá que adoptar una visión sistemática del Derecho, lo que implica ya de por sí sujetarse a ciertos principios y reglas consustanciales a la misma. Por ejemplo, la interpretación debe tener en cuenta, como punto de partida y como posible marco en el que operar, a las normas básicas materiales del ordenamiento (los valores superiores), al desarrollo legislativo dado al Derecho, al conjunto de decisiones que sobre el mismo se han producido en el ámbito de la justicia constitucional y ordinaria”: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999, p. 584.

interés social¹². Es evidente, pues, que ante esta disposición el debate sale sobrando, pues si todos los opositores a la Ley 29320 dicen que esta norma es inconstitucional por admitir la expropiación en razón del interés social, lo que no está previsto en la Constitución de 1993; no obstante sí lo está en la Convención de San José, cuyos mandatos sirven para interpretar los derechos y libertades que la propia Carta reconoce. La Cuarta disposición transitoria y final de la Constitución produce una suerte de traslación de contenido de la norma internacional a la norma constitucional peruana. Es decir, también forma parte de nuestro derecho constitucional lo que se haya dispuesto en el ordenamiento internacional y en la jurisprudencia de sus tribunales¹³. Por tanto, debe admitirse que la expropiación puede llevarse a cabo por razones de interés social, ya que la norma internacional tiene contenido constitucional por el principio de traslación antes aludido.

Póngase como ejemplo este comentario: “*la expropiación de terrenos privados para la posterior adjudicación a los pobladores tiene como fundamento, en realidad, el interés social. No existe ninguna obra pública de por medio. Por eso la Ley No. 29329 es inconstitucional*”¹⁴. Esta opinión, bastante restrictiva por cierto, se cae como un castillo de naipes cuando advertimos que el interés social, según la misma definición estricta que adopta el autor, sí está previsto en nuestro ordenamiento constitucional como criterio para habilitar una expropiación. Si bien ello no aparece directamente en la Carta de 1993, en cambio, sí está consignado expresamente en los Tratados de Derechos Humanos a los que aquella remite y otorga fuerza y efecto vinculante.

Por otro lado, y desde una perspectiva económica, se dice que la norma comentada crea incentivos perversos pues incentiva a que se produzcan sucesivas invasiones de terrenos privados para luego solicitar la formalización a favor de los usurpadores¹⁵. No se puede negar que este riesgo existe, aunque el mismo ya está presente desde el año 1961 con la Ley 13517, de saneamiento físico-legal de Barrios Marginales. Y cómo se ve, no solo gobiernos de izquierda o los llamados populistas han impulsado este tipo de legislación, sino también algunos liberales. Sin embargo, más allá del simple razonamiento económico

ortodoxo, pongámonos a pensar en una persona que pone en peligro su vida y la de su familia para llevar a cabo una invasión, que arriesga su pequeñísimo capital en instalar una pobre unidad de vivienda, que vive en pésimas condiciones pues no cuenta con servicios básicos y sufre absoluta inseguridad ante robos o asaltos. En estas condiciones un simple análisis costo-beneficio da como resultado que un sujeto racional no realizaría jamás tamaña aventura. ¿Por qué lo hace, entonces? La única respuesta es que existen amplios sectores sociales que viven en pobreza extrema y a los que el Estado no ha atendido. No basta decir en forma rutinaria, y hasta inmoral, que la propiedad se respeta por sí misma y que las otras condiciones sociales no interesan en absoluto. La Constitución no solo protege el derecho subjetivo de propiedad, sino también la garantía institucional de acceder a ella. De esta forma se impone a los gobiernos de turno la obligación de establecer políticas que alienten de manera ordenada y no-abusiva el acceso de amplios sectores a la propiedad privada¹⁶. Desde aquí no fomentamos en lo absoluto el fenómeno anómalo de las invasiones, pero en situaciones excepcionales y bien estudiadas, debe admitirse que la expropiación por razón de necesidad pública es la mejor salida para situaciones de hecho consolidadas y prácticamente irreversibles. El mejor incentivo en contra de las expropiaciones arbitrarias no es cerrar los ojos ante la realidad y ampararse en la “intención del constituyente” o en la “defensa ideológica de una propiedad individualista y decimonónica”, sino en convertir al Perú en un país de propietarios privados. Y para ello en ciertos casos se hace necesario sacrificar al propietario por el mérito de un interés prevaleciente, ya que no se puede construir un Estado democrático y justo cuando prima la desigualdad, la marginación y la pobreza extrema.

3.3 No olvidemos la función social de la propiedad

El mundo creado a partir de la ficción de que la libertad absoluta (y salvaje) lleva al bienestar, y que los mercados se regulan solos, sin intervención estatal, no pasa de ser una fantasía derrumbada ante nuestros propios ojos en virtud de la crisis financiera internacional. La realidad nos muestra que los mer-

12 Art. 21.- Derecho a la propiedad privada:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

13 CASTILLO CORDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Palestra Editores, Lima 2008, p. 308.

14 AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La Ley No. 29320: como en tiempos de la Reforma Agraria*, en: *La Ley*, periódico mensual de la Gaceta Jurídica, No. 15, febrero 2009, p. 9.

15 PASQUEL, Enrique. *La tómbola de la propiedad: expropiación y formalización*. En: *La Ley*, periódico mensual de la Gaceta Jurídica, No. 15, febrero 2009, p. 3.

16 “*Ha sido en efecto observado que la promoción de la adquisición de la propiedad entra en la más general obligación del Estado de realizar la igualdad sustancial de los ciudadanos. Ciertamente es, sin embargo, que esta obligación se especifica en relación a la adquisición de bienes de particular valor social (como la casa y la tierra) y la intervención puede ser realizado mediante intervenciones favorecedoras (financiamientos, exenciones fiscales, etc.)*”: Blanca, Massimo. *Diritto Civile 6. La Proprietà*. Giuffrè Editore, Milán 2005, p. 184.

cados simplemente no pueden autorregularse pues el desmedido afán de lucro destruye todo, incluyendo la lealtad y la honestidad; y sin esos valores, que deben nacer de la regulación estatal cuya función es garantizar el bien común, no se puede construir ningún sistema institucional.

Por tal razón, los neo-liberales deben aceptar a regañadientes una verdad que siempre fue obvia. El mundo de las relaciones privadas no puede quedar sujeto al arbitrio individual, pues ello desemboca irremediabilmente en el abuso del más fuerte y en la concentración de la riqueza en pocas manos. El papel del Estado queda, pues, salvaguardado en el nuevo orden mundial como garante de los intereses colectivos.

La propiedad es un derecho individual que asegura un mínimo de utilidad individual a su titular, pero ello no impide reconocer que se trata de una facultad jurídica que se encuentra sujeta a la realización del interés social. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. El propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos a él, tales como la protección del Estado, la actuación reguladora y controladora de la Administración; las obras y construcciones realizadas por la comunidad; el esfuerzo conjunto de la sociedad, etc. Es correcto sostener, entonces, que la propiedad está afecta a una hipoteca social pues la riqueza debe aprovechar de una u otra manera a todos los individuos, y no a unos pocos. De esta forma quedan descartadas las opciones ideológicas que buscan defender una propiedad exclusivamente individualista y sin la raíz social sobre la que necesariamente se asienta y justifica.

Bajo las distintas denominaciones de “función social”, “interés social” (art. 923 CC) y “bien común” (art. 70 Constitución) se ha intentado resumir los fines colectivos, sociales, comunitarios o públicos a los que debe estar sometida la propiedad privada. Se trata, en buena cuenta, de una reacción frente a la concepción liberal de la propiedad, que supuestamente concibe a la misma como un derecho absoluto de usar y abusar de los bienes, sin límites¹⁷. Si la propiedad es un derecho individual, ello no obsta a reconocerle su proyección social. Como dice Hernández Gil, la “función social” de la propiedad, más que un concepto, es una idea o una intuición¹⁸. En tal sentido, la teoría busca subrayar el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico el concepto de “función social” no presenta matices claros por su excesiva generalidad,

y muestra más un aspecto programático y emotivo¹⁹.

La cláusula de la función social, o del bien común, autoriza a que nuestro concepto de “necesidad pública” no sea tan restringido, ni limitado. De lo contrario tendríamos un ordenamiento jurídico en donde las limitaciones al dominio, o la expropiación, solo se aplicarían para las obras públicas, como si los otros intereses de corte social no podrían ser tutelados ni merecerían ninguna atención por parte del Estado. En consecuencia, con el término “necesidad pública”, entendido en forma razonable y no restrictiva, se busca habilitar la intervención estatal en la propiedad privada con el fin de adecuarla a los intereses colectivos y sociales. A ello debe sumarse el expreso reconocimiento de la expropiación por razón de interés social que señala el art. 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La restricción inconducente de la noción de “necesidad pública” ha llevado, por ejemplo, a que en nuestro país no se pueda expropiar terrenos urbanos faltos de aprovechamiento por 20 o 30 años, cuyos titulares solamente buscan lucrar con la plusvalía generada por el crecimiento de la ciudad, mientras ésta crece en forma desordenada con ausencia de servicios básicos y con una extensión que cada vez los hace más onerosos. Tampoco se expropia por infracción a los planes urbanísticos, cómo ocurre cuando se urbaniza en forma ilegal o se incumplen gravemente las normas medioambientales. Lo grave es que la utilidad de un particular es financiada con el pago de impuestos de todos. Igual prohibición se pretende para los terrenos ocupados por posesiones informales, en donde el aumento de valor generado por las obras de urbanización ha sido pagado por el Estado o por los pobladores. En España, por tomarlo como referencia, se acaba de sancionar una nueva Ley Estatal del Suelo 8/2007, de 28 de mayo pasado y en el que se busca enfrentar decididamente todos estos problemas, sin complejos ideológicos ni recetas ultraliberales²⁰. Igual sucede, seguramente para horror de nuestros neo-liberales, nada menos que en los Estados Unidos, en donde una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005 (Caso *Kelo vs. New London*) consideró válida la expropiación de un conjunto de fincas por parte de un ayuntamiento (municipio) para efectos de renovación urbana, ya que el “desarrollo económico” autoriza la intervención del Estado sobre la propiedad pues se considera que el desarrollo es una modalidad de “uso público” de los bienes, lo que da entrada a la expropiación según la Quinta Enmienda de la Cons-

17 ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Editorial Civitas, Madrid 1986, Tomo I, p. 40.

18 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid 1987, Tomo IV, p. 48.

19 ALVAREZ CAPEROCHIPÍ. Op. Cit., Tomo I, p. 40.

20 Sobre el particular puede verse el artículo de: SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *La Propiedad Inmobiliaria en la Nueva Ley del Suelo*. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 701, mayo-junio 2007, pp. 1225 y ss.

titución²¹. Cómo para hacernos reflexionar respecto a la necesidad de superar dogmas.

3.4 Otras garantías que otorga la Ley 29320

El art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que cabe la expropiación por causas de utilidad pública o interés social; además, dicho límite ha de determinarse y practicarse de acuerdo a lo que dispongan las leyes mediante un debido proceso y requiere el pago de una justa indemnización²². Esta norma en concordancia con el art. 70 de la Constitución, permite deducir la existencia de tres garantías genéricas, ya anotadas, que se aplican a toda expropiación: ley del Congreso, declaración de causa de seguridad nacional, necesidad pública y ahora de interés social, y finalmente una justa indemnización.

En el caso de la ley 29320, modificatoria de la ley 28678, sobre expropiación para efecto de titulación de posesiones informales, hay algunas garantías especiales que han sido expresamente señaladas con el fin de evitar la desviación de poder o la arbitrariedad legislativa:

- La expropiación se lleva a cabo con relación a casos concretos establecidos por Ley del Congreso (art. 21.4); es decir, cada predio expropiado será determinado por una norma legal. No existe la posibilidad de una “autorización abierta” para que el órgano administrador pueda decidir los inmuebles que se afectan; de esta manera se fortalece la posición de los propietarios, ya que solo sufren la expropiación en caso de ley particular en la que los representantes del Pueblo deciden que existe una necesidad pública en la privación forzosa del dominio. Es cierto que el mismo régimen está contenido ya en la Ley General de Expropiaciones, pero en algunas oportunidades se emiten normas genéricas, con el consiguiente debilitamiento de la posición del propietario, y paralelamente con la dotación de una mayor fortaleza a la Administración (ejemplo: Ley 29339, publicada el 31 de marzo de 2009, que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de inversión durante el bienio 2009-2010. El art. 1° señala que se comprende en la expropiación a “los bienes inmuebles de dominio privado adyacentes o necesarios para la ejecución de los proyectos de inversión ...”).

- La posesión informal debió estar constituida hasta el 31 de diciembre de 2004 (art. 21.3). Las ocupaciones de terrenos que se realizaron con posterioridad a esa fecha no dan lugar a la expropiación.
- La posesión informal debe estar consolidada, esto es, sin posibilidad real de restablecimiento de la situación anterior (art. 96-6 Ley 27972, Orgánica de Municipalidades; art. 2-b Dec. Sup. 004-2009-VIVIENDA).
- Solo se aplica cuando no resulta factible ejecutar un procedimiento de declaración de propiedad por parte del ente de formalización; ni cuando un procedimiento de ese tipo se encuentre en trámite (art. 21.3; art. 4-c Dec. Sup. 004-2009-VIVIENDA).
- Los predios no deben encontrarse ubicados en zonas arqueológicas, intangibles o de patrimonio cultural; en áreas naturales protegidas o zonas reservadas; en zonas de alto riesgo cuando lo determine informe de entidad competente; o en otros casos prohibidos por la normativa de formalización de la propiedad (art. 2 Dec. Sup. 004-2009-VIVIENDA).

Una expropiación que no reúna estos requisitos es un acto arbitrario, abusivo y de desviación de poder del órgano legislativo. Para controlar semejantes comportamientos los administrados pueden impugnar ante los jueces la indebida utilización de la expropiación²³, lo que en nuestro criterio incluye los casos anómalos en los que el Congreso declare de necesidad pública la titulación de predios invadidos en donde no se aprecie una preeminencia del interés general. Por ejemplo, se declara la expropiación de un pequeño predio ocupado por unos cuantos poseedores. Aquí la calificación de necesidad pública es irrazonable, y el administrado puede cuestionar esa declaración. Sin embargo, nótese que la situación se presenta solo en aquellos casos en donde se incumplan los propios requisitos legales para la expropiación, o cuando sea irracional la declaración de necesidad pública.

El afectado puede acudir al amparo constitucional por violación del derecho fundamental de propiedad (art. 70 Const.), o solicitar la nulidad de la expropiación según el art. 23 de la Ley 27117. Éste último no tiene reglas propias, y esa situación podría llevar a que no sea una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho, por lo que se tendría habilitada la vía del amparo.

21 Véase el caso en: LAGO NUÑEZ, Guillermo. *Kelo y el Agente Urbanizador*. En: *Revista Práctica Urbanística*, La Ley, mayo 2006.
 22 REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IDEMSA, Lima, 2004, p. 426.
 23 DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1985. Tomo IV, p. 348.

4. Conclusiones

La expropiación es el máximo grado de intervención estatal en la propiedad, y por la cual se autoriza la privación forzosa del dominio, aunque ello sólo proceda cuando existan ciertas garantías de racionalidad en la actuación del Estado, con lo que se trata de impedir la arbitrariedad o discrecionalidad. En buena cuenta, se proscribiera, así, el abuso de los órganos legislativos. El art. 70 de nuestra Constitución establece las garantías necesarias para la operatividad de la expropiación, que han sido desarrolladas por medio de la Ley 27117: Ley del Congreso, declaración de necesidad pública o seguridad nacional, y justa indemnización.

En el caso de las municipalidades, éstas sólo pueden solicitar la expropiación por causa de necesidad pública (arts. 94 a 96 Ley 27972, Orgánica de Municipalidades). El art. 96 de esta Ley contiene un listado de causales de necesidad pública, entre las que se encuentra: “el saneamiento físico-legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad real del restablecimiento del estado anterior” (inciso 6). La Ley 28687 (art. 21°), Complementaria de Formalización de la Propiedad, desarrolla la previsión de la Ley Orgánica de Municipalidades, y establece reglas adicionales para la expropiación de terrenos por efecto de titulación en posesiones informales o asentamientos humanos. Recientemente esta norma fue modificada por virtud de la Ley 29320 (publicada en el diario oficial el 11 de febrero de 2008), y luego reglamentada por el Decreto Supremo No. 004-2009-VIVIENDA (publicado en el diario oficial el 08 de marzo de 2009).

El art. 21 de la Ley 28687, modificada por la Ley 29320, es una norma marco que declara de *necesidad pública* la expropiación para saneamiento y titulación de posesiones informales cuya ocupación se dio hasta el 31 de diciembre de 2004. La finalidad de la norma es de toda evidencia: se busca dar una salida al acuciante problema social configurado por propietarios que no pueden recuperar sus predios, sea por la lentitud del Poder Judicial o por la imposibilidad material de producir el lanzamiento de miles de poseedores con el costo social y humano que ello significa. Además, se busca solucionar la existencia de ocupantes sin títulos por decenas de años, lo que impide que esa riqueza pueda ingresar al mercado con todo su valor, o que sirva de garantía para acceder al crédito. Nótese que la situación actual es el peor de los mundos imaginados. En efecto, tenemos propietarios “de cartón”, que solo tienen un documento pero no puede gozar de las facultades correspondientes a su dominio; y por otro lado tenemos a miles de poseedores sin título de propiedad, que solo pueden dar valor de uso al predio pero no pueden utilizarlo en función de valor de cambio o de crédito.

El término “necesidad pública” contenido en la Constitución, no tiene una clara definición en la doctrina jurídica, aunque en nuestro país se ha generalizado la creencia de que ella se refiere a obras de infraestructura de interés de toda la colectividad. Así, se dice que la Constitución de 1979 permitía la expropiación, entre otras causas, por razón de “interés social”, mientras que la Constitución de 1993 solo habla de la “necesidad pública”. Por ejemplo, es opinión común manifestar que hay diferencia entre necesidad pública e interés social. El primero sería el bien de todos; en cambio, el segundo podría expresar el bienestar de un grupo social determinado. Dentro de esta lógica, la expropiación de la Ley No. 29320 sólo serviría para beneficiar a los pobladores de los asentamientos humanos, y no a la colectividad en general; por tanto, se trataría de un típico caso de “interés social”, y no de necesidad pública pues no estaría vinculado a la ejecución de una obra de utilidad colectiva. Si la Constitución de 1993 no permite la expropiación por interés social, así entendida, entonces la Ley 29320, que permite la privación forzosa del dominio para efecto de titular posesiones informales, es inconstitucional.

El problema de estas opiniones, y de todas aquellas similares, es que siguen ancladas en los conceptos del siglo XIX y no han evolucionado. Nadie va a negar la autoridad del profesor español García de Enterría, quien efectivamente admite que en el derecho decimonónico la utilidad pública se predicaba a partir de la noción de obra pública. Sin embargo, dado su carácter de concepto abstracto e indeterminado, lo cual también acontece con el de “necesidad pública”, no parece necesario crear otra figura –tal como el “interés social”–, para significar la prevalencia del interés general por sobre el individual, y de esa manera ampliar las razones de la expropiación hacia ámbitos mayores al de la simple obra pública. Esta conclusión se reafirma por el hecho que la propiedad decimonónica no contenía la cláusula constitucional de la función social, por la cual la propiedad se reconoce en tanto y en cuanto ésta se proyecta, también, en protección de los intereses comunitarios y colectivos propios de un Estado democrático, solidario y justo. Siendo ello así, la propiedad constitucional moderna no puede definirse con los contenidos del siglo XIX, y si bien puede utilizarse la misma terminología, empero se hace necesario que los conceptos se llenen con el contenido propio de la visión actual de la propiedad.

El debate queda zanjado, además, si recurrimos a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú, los que sirven como criterio interpretativo o complementario de las disposiciones de nuestro texto fundamental referido a los derechos y libertades (cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993). Siendo ello así, *debe recordarse que el art. 21.2 de la Convención Americana*

sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), establece que la expropiación puede efectuarse por razones de utilidad pública o interés social. La Cuarta disposición transitoria y final de la Constitución produce una suerte de traslación de contenido de la norma internacional a la norma constitucional peruana. Es decir, también forma parte de nuestro

derecho constitucional lo que se haya dispuesto en el ordenamiento internacional y en la jurisprudencia de sus tribunales. Por tanto, debe admitirse que la expropiación puede llevarse a cabo por razones de interés social, ya que la norma internacional tiene contenido constitucional por el principio de traslación antes aludido.



Av. Javier Prado Oeste 850
Madgalena del Mar
T. 460 6887 / 460 5005 / 463 0505
www.notariaacevedomendoza.com