

Martín Mejorada<sup>(\*)</sup>

## La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320

«LA EXPROPIACIÓN CON FINES DE SANEAMIENTO INMOBILIARIO CLARAMENTE NO ES UN TEMA DE “SEGURIDAD NACIONAL”, POR TANTO LA POLÉMICA SE HA CENTRADO EN LOS ALCANCES DE LA NECESIDAD PÚBLICA COMO CAUSA EXPROPIANDI. LOS DETRACTORES DE LA LEY 29320 DICEN QUE LA EXPROPIACIÓN POR NECESIDAD PÚBLICA SOLO ES POSIBLE CUANDO EL BIEN SE DESTINA A UNA OBRA PÚBLICA Y NUNCA PROCEDE CUANDO EL BENEFICIARIO ES UN PARTICULAR».

La Ley 29320 declara de necesidad pública la expropiación y posterior titulación de terrenos invadidos hasta el 31 de diciembre de 2004<sup>(1)</sup>. El Estado sustraerá bienes del dominio privado y los transferirá a sus actuales poseedores. La ley ha generado enorme polémica. Se le acusa de inconstitucional, populista, torpe y peligrosa. Quienes la defienden, congresistas y el Poder Ejecutivo que la propuso, dicen que es justa, pertinente y realista. En las siguientes líneas analizaré un aspecto de esta norma: la causa de la expropiación o *causa expropriandi* y su relación con las características institucionales de la propiedad en el Perú.

La propiedad es uno de esos derechos que pese a las naturales diferencias que presenta en cada ordenamiento y tiempo, siempre exhibe una característica común: es el máximo poder que se ejerce sobre un bien. Según las peculiaridades del sistema legal donde se ubica, este poder es absoluto, limitado o limitadísimo, igual se habla de propiedad. Abundan las teorías y posturas sobre el fundamento del dominio privado (¿por qué y para qué existe propiedad?), todas las cuales buscan guiar la interpretación y aplicación de este “terrible” derecho<sup>(2)</sup>. Lamentablemente

---

(\*) Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(1) El Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo 004-2009-VIVIENDA, este último publicado en el Diario Oficial El Peruano el 9 de enero de 2009. El texto del Reglamento sólo se ha publicado en la página web del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, no en el Diario Oficial como manda la Constitución. Hay varias sorpresas en esta norma que provocan comentario, pero no es el tema del presente ensayo. Sin embargo no puedo evitar referirme al artículo 5 del Reglamento, según el cual la expropiación de los terrenos invadidos requerirá de expedientes para cada predio y con ellos el tema regresará al Congreso para que se evalúe la necesidad pública de la expropiación y se declare de ser el caso. Es decir la Ley 29320 no es suficiente. Me parece muy bien, es lo correcto, pero no deja de sorprender este freno a la eufórica medida.

(2) RODOTA, Stefano. *El Terrible Derecho. Estudios sobre la Propiedad Privada*. Madrid: Civitas, 1986.

hay para todos los gustos. Hay tantas formas de entender el dominio como ideologías o corrientes emergen del pensamiento humano. Cada ideología pretende un modelo de propiedad.

La propiedad adopta sus características principales en el momento de la formulación legislativa, concretamente, en los estados democráticos, cuando se da la Constitución. En ese momento batallan las ideologías y emerge el concepto. Es un tema de tanta relevancia que está reservado a la máxima norma. Sin embargo, aun pasada la etapa de formulación, es común que los seguidores de las posturas vencidas o los mercaderes de la ley insistan en lo suyo. En vía de interpretación intentan una lectura cómoda a sus intereses. Para ello se sirven de la generalidad y vaguedad de los conceptos que usualmente acompañan a la definición legal de propiedad. Términos de contenido genérico como “bien común”, “necesidad pública”, “seguridad nacional”, “interés social” y “utilidad pública” se prestan para las arremetidas contra el dominio establecido. Además, cuanto más tiempo pasa desde la formulación inicial del derecho, la defensa del sustento original se distrae y en ocasiones es vencida por aplazados y mercaderes. Así tenemos que diversos operadores legales (abogados, magistrados, congresistas, ministros, etcétera), que sustentan corrientes ideológicas no acogidas por la propiedad vigente, o que creen que lo suyo es mejor para los intereses que defienden, utilizan lo genérico de los conceptos para hacer valer una posición impertinente.

Así presentada la propiedad es una titularidad impredecible, que contrasta con la enorme responsabilidad y certeza que demanda la vida civilizada. Por ello, con el ánimo de objetivar la cuestión sobre los alcances de la propiedad, considero que sin importar el fundamento ideológico que haya adoptado el dominio privado en un país, se debe considerar que siempre los alcances de este derecho están relacionados con el régimen económico que opera en la sociedad. Es una relación innegable y necesaria.

El régimen económico es el plan de acción para generar los recursos que permiten alcanzar el bienestar general. Los planes económicos son decisión soberana de cada Nación, diseñados para conseguir el desarrollo y en última instancia la satisfacción de la persona humana. En sistemas democráticos el detalle del régimen económico se encuentra en normas constitucionales, las que permiten una clara identificación de lo que se quiere en este ámbito. La propiedad privada es pieza clave en todo

«ATAR LAS CAUSAS DE EXPROPIACIÓN A SUPUESTOS CONCRETOS ES DESCONOCER LA COMPLEJA REALIDAD Y LO IMPREDECIBLE DE SUS EXIGENCIAS. POR EJEMPLO, SI OCURRIESE UN DESASTRE NATURAL DE ENORME GRAVEDAD QUE PONE EN PELIGRO LA SALUD PÚBLICA Y CONMUEVE EL SENTIMIENTO NACIONAL, ES EVIDENTE QUE SE PODRÍA EXPROPIAR A PARTICULARES PARA ENFRENTAR ESTE TEMA».

plan económico, cualesquiera que sean sus características o base ideológica. A través de la propiedad el Estado estructura las fórmulas de producción y generación de riqueza con las que hace frente a las necesidades de la población.

No es igual la propiedad en Cuba que en Chile, no es igual en Bolivia que en Perú. No es igual ahora que hace 20 años. En las economías cerradas, donde el Estado “genera” los bienes con su actividad empresarial, la propiedad privada no está muy protegida porque ella no es la fuente principal de riqueza. En esos casos se admiten severas limitaciones y abundan las causales de expropiación. Al contrario, en las economías abiertas la riqueza no la genera el Estado sino la actividad libre de los particulares, a cuyo efecto se requieren ciertas condiciones para incentivar la producción. Una de ellas es la especial protección de la propiedad. En las economías libres la propiedad no es absoluta pero está muy protegida, no como un valor espiritual sino como un medio práctico para incentivar la actividad privada. El incentivo

## Martín Mejorada

no es una medida económica de gracia sino la herramienta principal del régimen. La colocación de bienes en libertad es un acto volitivo sumamente sensible que reacciona mal ante la menor amenaza, por ello se requiere un escudo sólido en el tratamiento de los derechos patrimoniales.

En las modernas economías abiertas, no las del Estado Capitalista sino las que se rigen por los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, la propiedad es claramente un derecho instrumental destinado a la generación de riqueza que permita el bienestar general. Si los patrones llenan sus bolsillos bien por ellos, pero lo importante no es eso sino el fin último: el bienestar de todos. Los recursos que permiten atender las necesidades de la población no caen del cielo ni salen de una imprenta, se generan con la actividad económica libre y se agotan fácilmente.

La relación que describo no es una opción. Si un país tiene el plan de una economía libre, lo que supone que el Estado no está en poder de los medios de producción, no puede desproteger la propiedad pues corre el riesgo de perder el incentivo a su fuente principal de riqueza, y como no tiene sustituto la consecuencia es la ruina y descomposición social. Por el contrario, en los regímenes donde los medios de producción (todos o algunos) están en manos del Estado, limitar la propiedad o sustraerla no es gran cosa.

En el caso peruano es evidente que el régimen económico cambió en 1994. Nos guste o no, la economía cerrada de la Constitución de 1979, con los roles que el Estado y sus empresas tenían, fue reemplazada por una economía abierta claramente inclinada hacia el libre mercado. Más allá de matices y nombres atribuidos al modelo, nadie duda que desde 1994 los principales recursos del Perú son producto de la actividad particular. De ella se recauda (vía tributos de todo tipo) para atender las necesidades sociales. Aquí está lo que algunos llaman el rol social de la propiedad. El dominio al servicio del bien común, pero sin olvidar que los bienes hay que producirlos, no imprimirlos ni declamarlos. El cambio fue una decisión deliberada con una modificación imprescindible en el tratamiento de la propiedad (artículo 70 de la Constitución). En el nuevo escenario se requería un dominio protegido al máximo,

solo limitado por razones extraordinarias (“bien común”) y sustraído por causas todavía más extraordinarias (“necesidad pública” y “seguridad nacional”).

Las normas constitucionales que se ocupan de la propiedad muestran detalles que en vía de contraste perfilan los alcances del dominio vigente. Si comparamos el artículo 70 de la Constitución actual con sus correspondiente artículos de la Constitución de 1979 (124 y 125), salta a la vista la eliminación del concepto “interés social” como justificación para limitar el derecho y para la expropiación. La sustracción del interés social no fue una mera cuestión de estilo o de palabras menos en la Carta Magna. Fue un tema que se trató puntualmente en la Comisión que elaboró el proyecto que dio lugar a la Constitución de 1994. En las actas de debate se aprecia que los congresistas eliminaron el concepto interés social porque con él se ponía en peligro la inversión privada, necesaria para el modelo económico que se estaba aprobando. Se dijo que el interés social había permitido expropiar por cualquier causa y a favor de cualquier grupo social, generando abuso y desincentivo para los propietarios<sup>(3)</sup>. Es importante decir que antes de 1994 se expropió muchas veces para fines de titulación y a favor de invasores privados, invocando el interés social consagrado en el artículo 125 de la Constitución de 1979.

Al buscar las diferencias entre una y otra fórmula de propiedad se debe examinar toda la Constitución, poniendo especial atención en los títulos II y III (Del Estado y la Nación y Del Régimen Económico) y no solo en los artículos que definen el dominio privado (artículo 70 al 72). A lo largo de estos títulos se evidencia que el plan económico de la Constitución de 1979 es radicalmente diferente al actual y como consecuencia también las características de

(3) DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Debate Constitucional 1993: Comisión de Constitución y de Reglamento*. Tomo IV. Lima: Edición Oficial, 2001. pp.1951 al 1963.

la propiedad. El cambio no significó optar por una propiedad ajena a lo social, por el contrario se configuró un derecho instrumental, comprometido con el desarrollo y bienestar de todos. La diferencia es el modo de lograr dicho bienestar a través de la propiedad. Ya no sería mediante la asignación o distribución directa de bienes, sino creando las condiciones para el sostenimiento autónomo y digno de cada persona.

Algunos podrían decir que el interés social es un concepto abierto que admite cualquier lectura, lo mismo que la necesidad pública y la seguridad nacional. En tal sentido, la interpretación congresal, siempre “creativa” y “auténtica”, podría cambiar los contenidos según lo que mejor se acomode al momento político. Lo que antes fue interés social podría ser ahora necesidad pública y viceversa. Ante este riesgo es fundamental objetivar el tema insistiendo en la relación entre propiedad y régimen económico. Al analizar la Ley 29320 no podemos prescindir de esta relación.

La expropiación con fines de saneamiento inmobiliario claramente no es un tema de “seguridad nacional”, por tanto la polémica se ha centrado en los alcances de la necesidad pública como *causa expropriandi*. Los detractores de la Ley 29320 dicen que la expropiación por necesidad pública solo es posible cuando el bien se destina a una obra pública y nunca procede cuando el beneficiario es un particular. Esta interpretación tuvo consagración legislativa en la Primera Disposición Complementaria de la Ley 26505 (derogada por el Decreto Legislativo 1064), y de algún modo la sigue teniendo en el artículo 94 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972), según las cuales solo se puede expropiar para obras de desarrollo, infraestructura y servicios públicos. Desde esta perspectiva la ley que comentamos es claramente inconstitucional, ya que los inmuebles a expropiar están destinados a vivienda privada y tienen como destinatarios a concretas personas naturales.

Ahora bien, creo que el asunto no es tan sencillo ni se debe resolver con una plantilla. Considero que la necesidad pública no está asociada a una materia determinada ni es completamente ajena a un posible beneficiario particular. Como vimos, la propiedad es un instrumento de bienestar general cuya libertad y protección importa a todos. Por ello, el motivo para sustraer el dominio privado debe ser de tal trascendencia (enorme) que justifique poner en peligro la delicada sensibilidad de los actores privados que generan la riqueza. El equilibrio

entre producción privada y beneficio social es un asunto de orden público. En consecuencia, la expropiación solo es necesaria y se justifica si su realización interesa positivamente a la sociedad toda. En este sentido, la razón de la expropiación puede ser o no una obra pública. El bien que se sustrae puede ser para el Estado o para un particular. Lo que realmente importa es su trascendencia para el universo social.

Atar las causas de expropiación a supuestos concretos es desconocer la compleja realidad y lo impredecible de sus exigencias. Por ejemplo, si ocurriese un desastre natural de enorme gravedad que pone en peligro la salud pública y conmueve el sentimiento nacional, es evidente que se podría expropiar a particulares para enfrentar este tema, no solo para hacer hospitales sino para asignar derechos de propiedad a las víctimas. Lo mismo se puede decir de la expropiación en materia de recursos naturales, cuya explotación en algunos casos es de enorme trascendencia para la sociedad. Perfectamente se puede justificar una excepción a la protección del dominio privado. ¿Alguien podría imaginar que el gas de Camisea no se explotara por que el dueño del terreno superficial se niega a permitir la presencia del concesionario privado? La necesidad pública es sinónimo de extraordinario, imprescindible para atender un interés de la Nación. La obra pública no siempre cumple este requisito, pensemos sino en el “monumento al árbitro” en Tumbes o la “plaza del sombrero” en Celendín. Tampoco la condición pública del destinatario es garantía de una correcta aplicación del concepto. Hay más de una entidad cuya existencia solo interesa a sus asalariados.

Si bien la expropiación por necesidad pública se muestra como un paréntesis en los objetivos asignados a la propiedad, nada obsta para que este mismo concepto sea un mecanismo en dirección al bienestar general derivado de la libertad económica. Parece una contradicción

## Martín Mejorada

pero no lo es. Cuando la sustracción del dominio privado genera condiciones para una mejor producción de riqueza que beneficia a todos, según el plan económico, también está presente la necesidad pública. Así ocurre por ejemplo en la explotación de recursos naturales si la expropiación hace posible una actividad económica que beneficia a toda la Nación.

¿Quién decide si la causa para expropiar está a la altura de las circunstancias? Es el Congreso a través de la ley. Este es el órgano que representa la voluntad popular y por tanto quien teóricamente está en mejor condición de hacer una lectura adecuada de lo que es trascendente para todos. No obstante, es probable que los grupos políticos que integran el Congreso actúen más en razón del aplauso que requieren sus próximas campañas, que por el interés de la Nación. En términos de impacto mediático 200,000 agradecidos beneficiarios son más que 27'000,000 de peruanos, algo adormilados por el caluroso verano y por las preocupaciones de la crisis económica. El peligro del uso indebido de la facultad congresal para interpretar a la sociedad, es uno de los problemas mas graves de nuestro sistema político. Empero, quien mejor que ellos, los "Padres de la Patria", para esta labor. ¿Un juez o un magistrado constitucional podrían hacerlo mejor? Hay que asegurar una representación efectiva con una serie de mecanismos complementarios, pero mal que bien la democracia parlamentaria es mejor que la mera dictadura presidencial o que la buena voluntad de los hombres del Foro.

La expropiación prevista en la Ley 29320 intenta resolver un problema de un grupo (es un típico caso de interés social, tal como se le entendía en la Constitución de 1979), pero su trascendencia ni por asomo satisface el interés de toda la colectividad. Por el contrario, la medida premia conductas ofensivas para cualquier pueblo: la invasión deliberada de bienes ajenos. No olvidemos que las invasiones no son producto de una urgencia repentina, sino una acción planificada donde participan una serie de personajes que comercian la posesión ilegítima. La pobreza y las necesidades extremas no atenúan lo ilícito de la ocupación. El costo de tocar las fibras más íntimas de la propiedad privada es, en el caso de la Ley 29320, infinitamente más alto que el beneficio inmediato que perciben los invasores y que el ahorro de no desalojarlos. Los invasores

son parte de la población que reclama recursos para satisfacer sus necesidades. Paradojas de la vida; ellos terminan generando una excepción al plan económico que precisamente busca la satisfacción ordenada y lícita de sus requerimientos.

Las explicaciones dadas por los promotores de la ley son curiosas. He escuchado y leído: i) la expropiación para saneamiento está prevista en el artículo 96 inciso 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>(4)</sup> y por tanto es constitucional; ii) los afectados son fundamentalmente herederos del Virrey Abascal, así que no hay problema; y, iii) la ocupación es un hecho consumado y el desalojo produciría un problema social.

¿Una ley, aun siendo orgánica, puede señalar las causales de expropiación?, obviamente no. Sería como equiparar la Constitución a la Ley. Además, cuando la Ley Orgánica de Municipalidades se refiere a la expropiación para saneamiento físico – legal debe considerarse también su artículo 94 que exige un pronunciamiento previo del Concejo y dice que sólo es posible si está destinada a planes de desarrollo local o prestación de servicios públicos, lo que no se cumple en este caso.

¿La expropiación se legitima por las calidades personales del afectado? Obviamente no!. Los herederos del Virrey Abascal, los del Cacique de Taulichusco, los del "Rey de la Papa" o los de Juan Pérez son exactamente iguales ante la Constitución. Su protección es la garantía del cumplimiento del plan económico y por ende de la satisfacción general. El gobierno de turno muestra una peligrosa inclinación por el enfrentamiento de clases. Expresiones como "los ricos" y "el pueblo" son presentadas en polos opuestos, en pugna distributiva. Como

(4) "Para los efectos de expropiación con fines municipales, se consideran causas de necesidad pública, las siguientes: (...) 6. El saneamiento físico – legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad de restablecimiento del estado anterior".

los predios que se expropiarán pertenecen a personas afortunadas entonces se justifica la sustracción, parecen decir. Insostenible argumento.

El verdadero problema social es la pobreza que se ahonda por la falta de orden e inversión. Es increíble que el Estado renuncie a su rol policial para defender la propiedad, con el argumento del hecho consumado o la supuesta imposibilidad de hacer cumplir la ley. ¡Qué miedo! ¿Cuántos tienen que invadir mi casa para que la Policía baje sus armas y se rinda? Sería bueno que nos lo digan para convocar con tiempo a la milicia privada. En materia legal no hay hechos consumados, solo renuncia, incompetencia burocrática o complicidad con el agresor.

Ahora bien, pese al bullicio inicial nadie ha salido a las calles a reclamar en defensa de la propiedad. Se ha advertido de una acción de inconstitucionalidad que interpondría algún colegio de abogados, pero en general todo está en calma. Entonces, qué tanto escándalo jurídico (se dirá). Incluso las encuestas

comienzan a sonreírle al gobernante, comprobación de que la idea funcionó.

Nadie niega que el Estado Social y Democrático de Derecho tenga un rol activo en la promoción y asistencia social directa para casos extremos, lo que habilita programas como “Juntos” y el “Vaso de Leche”, pero acceder a la propiedad ajena vía expropiación no es un tema asistencial de urgencia, menos cuando la propia norma advierte que los beneficiarios deberán pagar por ella. Millones de personas en el mundo ocupan bienes ajenos pagando una renta y se esfuerzan por años para alcanzar la propiedad, a veces sin lograrlo. Ese esfuerzo es parte de la vida ordenada, de vivir en un estado de derecho. La Ley 29320 es una estocada al sentimiento de esfuerzo y superación, nada más alejado a la necesidad pública.

Aunque la Ley 29320 no genere el descalabro de la economía libre, en materia jurídica debemos ser muy atentos y exigentes. No podemos, no debemos admitir excepciones ilegítimas. Si aceptamos fácilmente esta ley, tendríamos que aceptar también otra que por ejemplo expropiara acciones de un banco para dar crédito a los jubilados de la Ley 19990, u otra que expropiara una clínica para entregársela a la Congregación de las Hermanitas del Corazón que realiza labor asistencial. Inaceptables soluciones para el dominio privado que rige en el Perú.