



Martín Mejorada Chauca^(*)

La Decisión de **Expropiar**^(**)

The Decision to Expropriate

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. LA PROPIEDAD ES UNA TITULARIDAD IMPREDECIBLE, QUE CONTRASTA CON LA ENORME RESPONSABILIDAD Y CERTEZA QUE DEMANDA LA VIDA CIVILIZADA.

Resumen: Los derechos de propiedad representan el máximo poder sobre un bien. Este es el contenido esencial de tal derecho. Sin embargo, y más allá de aquella base, es posible su mayor o menor limitación, de acuerdo al sistema legal y a la ideología imperante a la hora de formular la carta magna que lo acogerá. El autor sostiene que es fundamental atar el concepto con el régimen económico imperante, pues en una economía cerrada se pueden tolerar mayores limitaciones a este derecho que en una economía abierta. El Perú, ciertamente, cambió su modelo al de una economía abierta en 1993, por lo que limitó la posibilidad de expropiar. Sin embargo, esto no asegura la erradicación de lecturas diferentes bajo el velo de un *interés social*, por lo que la expropiación solo se justificará, para el autor, si “su realización interesa positivamente a la sociedad toda”.

Palabras Clave: Propiedad - Expropiación - Régimen Económico - Interés Social

Abstract: Property rights represent the maximum power over a good. This is the essence of that right. However, beyond that base is possible a greater or smaller degree of limitation, according to the legal system and the prevailing ideology in the Constitution. The author argues that it is essential to tie the concept to the prevailing economic system, because in a closed economy we can tolerate greater limitations on this right than in an open economy. Peru, certainly, changed its model to an open economy in 1993, when it limited the possibility of expropriation. However, this does not ensure eradication of different readings under the veil of

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Catedrático de Derecho Civil y de la maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en Derechos Reales. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano.

(**) Nota de Editor: el presente artículo fue recibido el presente artículo fue recibido el 24 de enero y aprobada su publicación el 30 de enero.

La Decisión de Expropiar The Decision to Expropriate



a *social interest*, so the expropriation is only justified for the author if "its realization will positively affect to the entire society".

Keywords: Property - Expropriation - Economic Regime - Social Interest

Ante la necesidad indudable de fomentar las inversiones, especialmente en obras de infraestructura, la herramienta de la expropiación ha recobrado vigencia y frecuencia. Por ello debemos tener muy claro en qué consiste esta figura.

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⁽¹⁾. Lamentablemente 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

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



Martín Mejorada Chauca

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 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 veinte 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 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 1993. 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 1993 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 correspondientes 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.

La Decisión de Expropiar *The Decision to Expropriate*

Fue un tema que se trató puntualmente en la Comisión que elaboró el proyecto que dio lugar a la Constitución de 1993. 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⁽²⁾. Es importante decir que antes de 1993 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 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.

Algunos 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.

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

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



Martín Mejorada Chauca

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 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. El peligro del uso indebido de la facultad congresal para interpretar a la sociedad, es uno de los problemas más 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. 