

EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCION *

Jorge Avendaño V.
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Miembro del Comité Consultivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

El análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1993 puede resultar interesante para los estudiosos del Derecho, sobre todo por las discrepancias que han mostrado diversos sectores respecto de algunas normas del nuevo texto constitucional.

El análisis que realiza el autor parte de considerar el propio concepto de propiedad admitido mayoritariamente en la actualidad: éste no es, como antaño, un derecho absoluto, que debe ser protegido de los embates del Estado y debe permanecer al margen aun de aquellas acciones motivadas por el interés social. Más bien, hoy se admite mayoritariamente que no existe propiedad absoluta y que, en todo caso, este derecho encuentra sus limitación justamente allí donde comienza el interés de la sociedad.

Nuestra nueva Constitución, sin embargo, ha pasado por alto la mención del interés social como límite válido del dominio de los particulares, por lo que parece necesario analizar cuáles son los alcances de las nuevas normas constitucionales y cuál es el efecto que la modificación de la constitución de 1979, en este nivel, ha generado. El artículo aborda el tratamiento de este y otros temas, vinculados con la propiedad en la Constitución, tales como el régimen de los bienes de uso y de dominio público, y el tratamiento de la expropiación.

El reciente proceso de elaboración de una nueva Constitución sugirió el contenido de este trabajo. A pesar de que el tema de la propiedad no estuvo, ni mucho menos, en el centro del debate, me pareció oportuno revisar antecedentes y reflexionar brevemente sobre el concepto del derecho de propiedad en el Perú.

La propiedad ha sido tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo primero significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Lo segundo quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él. Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.

Dos de estos caracteres (que en ocasiones llegan a confundirse) están en cuestión desde hace varias décadas. En primer término, la perpetuidad. No es posible, se sostiene, que los bienes permanezcan improductivos. A la sociedad le interesa que ellos generen riqueza. El Derecho ampara al poseedor diligente y lo prefiere al propietario negligente, acogiendo así la prescripción adquisitiva. De la misma manera debe sancionar al propietario que no usa o explota, con prescindencia de que otro lo haga. El abandono debe estar sancionado, dispo-

* El presente artículo está basado en el trabajo que leyó el doctor Avendaño en el acto de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho.

niéndose que el propietario que no posee por un cierto número de años, pierde su derecho. Se cita a este respecto dos normas del Derecho peruano: el abandono de los predios rústicos, que con arreglo a la legislación vigente se produce a los dos años, y el abandono de los predios en general que conforme al Código Civil ocurre a los 20 años. En ambos casos, el predio pasa al dominio público.

Más aún se cuestiona el carácter de derecho absoluto. La propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio.

Hay restricciones a la propiedad establecidas en interés público y otras en interés privado. El beneficiario de las restricciones es distinto en uno y otro caso. En las que responden al interés privado, el beneficiario y el obligado por la limitación pueden siempre «determinarse» -es el caso, por ejemplo, de los vecinos-, mientras que en las restricciones por interés público los interesados son «indeterminados».

Puede distinguirse entre las meras «restricciones», en interés público y las «limitaciones» establecidas en interés público. Estas últimas son el género, mientras que las restricciones son una especie.

Debe hablarse entonces de un derecho de propiedad «reglamentado», en contraposición a un derecho «absoluto». El reglamentar la propiedad es objeto de la ley administrativa si las restricciones se imponen por interés público. La potestad de reglamentar se funda en la necesidad de realizar funciones sociales de orden económico y cultural, de bienestar general en suma. El poder administrador, según señalan acertadamente Bielsa y Mayer¹, se limita a hacer efectiva la restricción que potencialmente (en forma negativa) está ya en el derecho de propiedad. La administración no tiene un derecho subjetivo en cuya virtud limita o restringe la propiedad, sino que es el derecho de propiedad el que ya admite de antemano la restricción; y por eso la obligación del propietario consiste en admitir tal limitación.

El interés público limita la propiedad en el sentido

de que cuando resultan en conflicto los intereses de los particulares con el interés de la colectividad, el interés privado del propietario debe ceder ante el interés público. Valencia Zea² resume así las limitaciones de esta clase:

I.- Los reglamentos relativos a la construcción de edificios.

II.- Los reglamentos expedidos por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo, prohibición del establecimiento de fábricas en zonas de vivienda.

III.- Los reglamentos que prohíben industrias peligrosas y que regulan las condiciones mínimas de salubridad.

IV.- Otras restricciones modernas, como por ejemplo:

- la conservación de los monumentos históricos;
- la regulación de los procesos de zonificación, urbanización, uso de la tierra y fraccionamiento de predios;
- la conservación de bosques, ríos y otros bienes por razones ecológicas;
- las obras de defensa nacional, como por ejemplo no construir a determinada distancia de los cuarteles;
- la ocupación de predios para servicios públicos, como por ejemplo: energía eléctrica, teléfonos, agua y desagüe, etc;
- en materia mobiliaria, la prohibición de la especulación y el acaparamiento, así como el abuso del poder económico en general.

V.- Finalmente, la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, que constituye la limitación más importante de la propiedad.

El tratamiento constitucional de la propiedad ha sido generalmente protagónico. Cada sistema constitucional ha tomado siempre una postura sobre la propiedad, ya sea para afirmarla y garantizarla o para suprimirla, lo cual evidencia que ella es una institución que afecta los fundamentos del orden social.

La Constitución peruana de 1933 dijo expresamente que la propiedad debía usarse en armonía con el interés social, fórmula repetida casi textualmente por la Carta de 1979. La norma mereció críticas porque ella se refería tan sólo al uso, siendo así que los atributos del propietario son también el disfrute y la disposición. ¿Podía interpretarse literal y restrictivamente el texto, al punto de que sólo el uso -y no el disfrute ni la disposi-

¹ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. La Ley, Buenos Aires, 1965. p. 371 ss.

² VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. 5ª ed. Temis, Bogotá, 1976. t. II (Derechos Reales). p. 207 ss.

ción- debían armonizar con el interés social? La respuesta era ciertamente negativa: todos los atributos tenían el obligatorio referente del interés social. Por esta razón el Código Civil de 1984 dijo que la propiedad, que es un poder jurídico, debe ejercitarse (ya no dijo usarse) en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. De manera similar al Código Civil, la Constitución que hoy nos rige señala que el derecho de propiedad «se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley».

Las primeras formulaciones doctrinarias sobre la función social se proyectaron sobre el derecho de propiedad como algo externo a él; gráficamente, puede decirse como una «camisa de fuerza» puesta al derecho subjetivo. La idea de la función social de la propiedad se expresa sustantivamente cuando interviene la administración pública y concreta la referencia al interés social en nombre del interés general, unas veces aplicado a la producción nacional en abstracto, otras a intereses económico-sociales concretos: ordenación de la producción agrícola, regulación urbana, desarrollo de la vivienda, etc. El surgimiento de disfunciones en el proceso productivo (contaminación, degradación ambiental, pérdida de identidad de valores culturales) ha determinado la aparición de una nueva faceta de la función social de la propiedad: la conservación de los valores naturales de los bienes. Como anota Bassols Coma³, esta acción permanente de la administración en nombre de los intereses generales ha ido desplazando el centro de gravedad de la institución, de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado, hacia una relación o situación jurídica vinculada socialmente. La acción administrativa, si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento, generando una pluralidad de estatutos o subsistemas en los que el derecho de propiedad pierde definitivamente su configuración unitaria tradicional. Al regularse así la relación jurídica, se tutelan no sólo los intereses generales, sino también una serie de intereses difusos o colectivos que van tomando cuerpo en el desarrollo de la sociedad y que pugnan por su expresión y reconocimiento activo. Son los llamados «contraderechos» como son el derecho a la salud, al medio ambiente, la tutela de los consumidores, etc.

Me permito volver brevemente al tema de la pérdida de la configuración unitaria tradicional

del derecho de propiedad. El principio de la función social de la propiedad puede admitir en sus múltiples concreciones configuraciones muy diversas. La función social es, como lo ha destacado la doctrina italiana, la causa principal de ese pluralismo porque opera con variedad de técnicas y sobre una pluralidad de bienes. De allí que pueda hablarse de una variedad de «estatutos propietarios». Esto, a su vez, presupone una pluralidad de «contenidos esenciales». Hay que atender a la naturaleza del bien objeto del derecho para precisar el contenido esencial del derecho mismo.

La armonización en cada caso del derecho de propiedad con el interés social queda librada a la ley y los reglamentos. Sin embargo, en el caso peruano la propia Constitución (me refiero a la actual) no ha perdido la oportunidad de hacerlo. Así, el Estado protege los yacimientos y restos arqueológicos, las construcciones, monumentos, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico (artículo 21) y el Estado determina la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenido de sus recursos naturales (artículo 67).

Como resulta obvio, para alcanzar estos objetivos en relación a la protección de los restos arqueológicos y la preservación de los recursos naturales y la defensa del ambiente, es indispensable que el derecho de propiedad privada se ejercite en armonía con el interés social.

Modernas Constituciones, como la española de 1978, hacen mención expresa a la función social de la propiedad, que debe ser tenida en cuenta por la ley que delimite su contenido. Igual es el caso de la Constitución chilena de 1981 que dice que la propiedad tiene las limitaciones que derivan de su función social. Constituciones muy recientes, como la colombiana de 1991 y la paraguaya de 1992, también se ocupan del tema. La primera declara que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que cuando mediere un conflicto, el interés privado debe ceder al interés público o social. La última garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites son establecidos por la ley atendiendo a su función económica y social.

¿Por qué debe incluirse una provisión de rango constitucional que asegure el ejercicio de la propiedad conforme al interés social? ¿Por qué no dejar la materia librada a la ley, que en cada caso po-

³ BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. Tecnos, Madrid, 1985. p. 120.

drá tener en cuenta ese referente? La respuesta está en la noción misma de Constitución. Esta es, en primer lugar, el orden jurídico fundamental, que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Ella determina los principios del orden jurídico en su conjunto. Pero ella no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también la ordenación básica de la vida no estatal (en particular, garantías tales como las del matrimonio y la familia, la propiedad, la salud, la educación, la libertad, el arte y la cultura)⁴.

La Constitución es la expresión de los valores de un orden jurídico y social, es la estructura esencial de ese orden y es, por último, un orden fundamental porque es la base misma, el punto de apoyo del resto del ordenamiento jurídico.

La máxima expresión de las limitaciones del derecho de propiedad está dada por la expropiación forzosa. Esta figura jurídica importa al acabamiento del derecho de propiedad privada, al adquirir el Estado, de modo obligatorio, bienes pertenecientes a los particulares, que son necesarios para la realización de los fines del Estado.

El fundamento jurídico de esta institución es el mismo que sirve al Estado para limitar los derechos individuales, esto es, la realización de sus funciones, ya sean las esenciales o las facultativas. El Estado tiene como fin esencial el orden jurídico, es decir, crear el derecho y asegurar su imperio. Pero además procura el bienestar y el progreso social. La facultad de expropiar está justificada por la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado. Ya no es concebible recurrir al concepto del dominio eminente del Estado para justificar la expropiación. El concepto mismo de la propiedad ha variado por el progreso indudable de la doctrina que considera al derecho en función de su valor social. De allí la célebre sentencia de Ihering: «la expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario»⁵.

El tema clásico de la justificación de la facultad de expropiar se vincula estrechamente con el concepto jurídico de **potestad**, que ha desarrollado el derecho administrativo. La potestad, a diferencia

del derecho subjetivo, no emerge de una relación jurídica concreta. La potestad es un poder abstracto y genérico, que no nace de vinculaciones negociables. El efecto de la potestad es la modificación de situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o innovarlas. La potestad no encuentra al frente obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien «sujeciones». La facultad de expropiar cuadra perfectamente con la noción de potestad. Es una potestad innovativa cuyos efectos se dirigen a extinguir, o desde otra perspectiva a convertir, situaciones jurídicas patrimoniales de las personas sujetas a ella⁶.

La causa que legitima el ejercicio de la facultad expropiatoria está siempre determinada en la ley. Hacerlo en la Constitución es consecuencia de la necesidad de darle el más alto rango, precisamente para configurar a ese nivel las características de la propiedad y garantizar con la mayor plenitud el derecho del expropiado.

Desde hace muchas décadas la facultad expropiatoria estuvo fundada exclusivamente en una razón de «utilidad pública». Esto se justificaba por la indisoluble vinculación de la expropiación con la obra pública y su efecto era que la expropiación quedaba limitada a los inmuebles, precisamente aquellos indispensables para la ejecución de las obras públicas. Este límite estricto se ha desbordado últimamente y por esto se ha ampliado el concepto. Han aparecido las expropiaciones de muebles, se admiten crecientemente las expropiaciones con beneficiarios privados, sin que éstos sean necesariamente concesionarios de obras públicas y, sobre todo, se ha transformado profundamente la expropiación fuera del ámbito estricto de la obra pública hacia operaciones de transformación social (reformas en el agro, protección del ambiente, cambios en la estructura de la tierra urbana, desarrollo de proyectos masivos de vivienda, etc.), todo lo cual ha dado lugar a que la causa justificatoria de la expropiación no sea sólo la utilidad pública sino también el interés social.

Entre nosotros la Constitución de 1933 estableció que a nadie podía privarse de su propiedad sino por causa de utilidad pública probada legalmente. La Ley de Expropiación N° 9125, expedida al am-

⁴ Puede verse HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

⁵ VON IHERING. *El fin en el Derecho*. Omeba, Buenos Aires, 1960.

⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Civitas, Madrid, 1984, p. 44.

paro de la Constitución mencionada y fuertemente influenciada por la expropiación vinculada necesariamente a una obra pública, dijo que al decretarse la expropiación forzosa debía expresarse los motivos que justificaran la necesidad y utilidad pública de la obra.

La Constitución de 1933 fue modificada en este punto por la Ley 15242 de noviembre de 1964, la cual agregó el interés social a la utilidad pública como causal de expropiación. La regla fue recogida en la Constitución de 1979 y por el Decreto Legislativo 313, que es la actual Ley General de Expropiación. La Constitución que hoy nos rige ha excluido el interés social como una de las causales de expropiación, señalando como seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley.

Interés social es cualquier forma de interés prevaliente al individual del propietario. El adjetivo «social» como complementario del antiguo de «público» es expresivo de la evolución de la institución expropiatoria: es la sociedad directamente quien se beneficia y a la cual revierte la actividad expropiatoria, mientras que en el sistema de la «utilidad pública» el papel era ocupado por un ente público, sin que mediara la intención de conformar el orden social.

El concepto de utilidad pública alude a beneficio, a ventaja en favor del sector público y, mediatamente, en favor de toda la comunidad. Entre la expropiación y los beneficiarios finales, se ubica la obra pública. Es el caso de la expropiaciones hechas para la construcción de carreteras o puentes. El beneficio es cuantificable: hay una **utilidad** en la realización de la obra pública, que ha de beneficiar a todos, sin distinción. El concepto de interés social, por otra parte, descarta la utilidad y se refiere a la satisfacción de necesidades. Los beneficiarios integran un grupo social, que es diferente que «el público». La obra pública puede no existir, lo que media es una transformación de carácter social. Es el caso de las expropiaciones para el ensanche y acondicionamiento de poblaciones o aquellas que se fundan en la ejecución de programas educativos, de vivienda o de defensa del patrimonio histórico o cultural.

Las muy recientes Constituciones de Colombia y Paraguay, antes mencionadas, señalan que la expropiación puede basarse en causa de utilidad pública o de interés social determinada en cada caso. Es conveniente indicar que ambas Constitu-

ciones, en especial la paraguaya, adhieren a un régimen de economía de libre mercado.

Concluiré con unas breves referencias a los llamados bienes públicos. Obviamente se trata de bienes pertenecientes al Estado, por lo que estamos ante lo que se conoce como el dominio público.

La noción de dominio público no es unívoca. Hay, en primer lugar, el dominio soberano del Estado, que recae sobre bienes esenciales e incondicionalmente dominiales. Entre éstos hay que señalar, en primer término, el territorio y el mar territorial, y en una segunda instancia las playas, costas, puertos; los ríos, lagos y las obras destinadas a la defensa militar. Tratándose de estos bienes, su carácter de cosas públicas y su pertenencia al Estado son dos características inseparablemente unidas.

Hay también los bienes del dominio público propiamente dicho, cuya dominialidad no es genérica. Ella está subordinada a la pertenencia al Estado de cada uno en concreto de los bienes de la especie: son las carreteras, vías férreas, aeropuertos, locales de la administración pública, acueductos, inmuebles de valor histórico, las colecciones de los museos, bibliotecas y todos aquéllos sometidos por ley al régimen propio del dominio.

Dentro de estos bienes de dominio público debe incluirse los que se destinan al uso de todos. Son los llamados bienes de uso público, que en rigor constituyen una subespecie del dominio público.

Se discute en doctrina la naturaleza del dominio del Estado sobre los bienes de dominio público. Una corriente, de corte antiguo, la vinculaba con el derecho de soberanía. Otra afirma que se trata de un verdadero derecho de propiedad, con especiales limitaciones de carácter público en cuanto al goce y la disposición. Por último, la teoría moderna considera que el Estado tiene sobre estos bienes un verdadero derecho real de propiedad pública, regulado por normas de derecho público⁷.

En cuanto a su régimen jurídico, los bienes de dominio público son inalienables - término éste que se expresa como **indisponibilidad** -: no son esos bienes susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derechos de contenido obligacional. Con relación a esto último, la doctrina admite ampliamente la constitución de derechos en favor de terceros mediante

⁷ Puede verse ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch, Barcelona, 1970. t. II.

concesiones administrativas, siempre que tales concesiones sean compatibles con el ejercicio de la función a la cual está destinado el bien.

Las Constituciones de 1933 y 1979 aludieron únicamente a los bienes de uso público, omitiendo pronunciarse sobre los bienes de dominio público en general. Respecto de éstos, ambas Constituciones debieron decir que ellos son inalienables e imprescriptibles, regla ésta que debe tener rango constitucional porque es aspecto fundamental que la ley en ningún caso puede modificar.

Por otra parte, la referencia a que las cosas públicas no pueden ser objeto de propiedad privada (como decía la Constitución de 1933) ni objeto de derechos privados (como señalaba la Constitución de 1979), es innecesaria si ya se precisó la inalienabilidad e imprescriptibilidad de todos los bienes de dominio público (artículo 73 de la Constitución actual); y es además contraria al propio artículo 73 y a la moderna doctrina que admite que los bienes de uso público pueden ser objeto de concesión a los particulares de acuerdo a la ley respectiva.

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS**

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Tel.: 335524
Fax: (51-14) 332696