

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:
Desarrollo, Medio Ambiente
y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA | 2012
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

PRESENTACIÓN	13
--------------------	----

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albuja <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i>	17
Raffo Velasquez Melendez <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i>	35
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i>	85
Daniel Yacolca Estares <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i>	111
Eddie Cóndor Chuquiruna <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i>	135
Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i>	147
Areli Valencia Vargas <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i>	153
José Francisco Gálvez <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i>	181

Vanessa Tassara Zevallos <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución?</i>	203
Nadia Iriarte Pamo <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
Juan Ramón Rivero Mejía <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
Juan Carlos Ruiz Molleda <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
Martha Cecilia Paz <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
Avigail Eisenberg <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDSESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza.	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva.	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna.	385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i>	391
Rolando Luque Mogrovejo <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	443
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	461

NOTAS PARA UNA TEORÍA GENERAL DE GARANTÍAS EN LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

RAFFO VELASQUEZ MELENDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estatutos de propiedad y función social.* III. *Función social de la propiedad, delimitación y expropiación.* IV. *El interés público como fundamento de la potestad de expropiación.* V. *La justicia distributiva como fundamento de la potestad de expropiación.* VI. *Ley que autoriza la expropiación: Primera garantía.* VII. *Ratio expropriandi: Segunda garantía.* VIII. *La seguridad nacional como concepto jurídico indeterminado.* IX. *La necesidad pública como potestad discrecional.* X. *Control de las leyes que autorizan la expropiación.* XI. *La indemnización justipreciada: Tercera garantía.* XII. *¿La expropiación elimina la propiedad?* XIII. *Los conceptos que integran la indemnización justipreciada.* XIV. *¿Hay ganancias en la indemnización justipreciada a las cuales aplicar el impuesto a la renta? Respuestas encontradas.* XV. *Defensa de la inafectación de la indemnización justipreciada.* XVI. *Los procesos de la expropiación: Cuarta garantía.* XVII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El actual *boom* económico en nuestro país hace imperiosa la necesidad de infraestructura de distintos tipos (proyectos hídricos, eléctricos, gasíferos, de transportes terrestre o aéreo, etc.), lo que motiva una serie de expropiaciones para esos propósitos.

En Lima, uno de los casos más conocidos es la expropiación de las casas que colindan con el margen izquierdo del río Rímac para la construcción de infraestructura vial. A modo de indemnización justipreciada la Municipalidad Metropolitana de Lima entregará a los expropiados los departamentos que se vienen construyendo en el llamado Complejo Multifamiliar Patio Unión, ubicado cerca del lugar donde fueron expropiados y cuyo propósito es asegurar que los expropiados tengan un hogar en circunstancias y condiciones similares a las que tenían antes.

* Profesor de la Universidad del Pacífico

Otro caso ocurrido en Lima es la expropiación de los terrenos colindantes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para la construcción de la segunda pista de aterrizaje. En esta ocasión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgó a los propietarios expropiados una indemnización justipreciada en efectivo fijado previamente por un órgano jurisdiccional, sin embargo, al momento de cerrar estas líneas aún existen problemas con los actuales poseedores de los terrenos, lo que, a nuestro parecer, motivó que el Congreso dictara una norma, curiosamente incorporada dentro de la Ley de Presupuesto 2013 del Sector Público, Ley 29951, autorizando que en las obras de gran envergadura el expropiado realice la entrega anticipada del bien, previa consignación de la indemnización fijada unilateralmente por el Estado^[1].

La primera impresión que genera la expropiación es que el derecho constitucional de propiedad cede del todo ante el poder de expropiación del Estado, sin embargo, veremos que en realidad la expropiación es un instituto que incorpora una serie de garantías que resguardan y no eliminan la propiedad y que incluso en estos supuestos se respeta el contenido esencial del derecho de propiedad^[2].

[1] *“Cuadragésima segunda disposición complementaria y final de la Ley 29951.- Dispónese que en los procesos de expropiación de los bienes inmuebles de dominio privado que sean necesarios para la ejecución de obras públicas de gran envergadura, para la desposesión del bien y previo al pago en efectivo de la indemnización justipreciada, el juez o árbitro de la causa, según sea el caso, puede otorgar la posesión anticipada del bien a expropiarse a favor del beneficiario, bastando únicamente la solicitud del sujeto activo adjuntando lo siguiente:*

- a) *El certificado de consignación en dinero del monto resultante de la indemnización justipreciada. De no ser posible determinar en esta etapa el monto de la compensación, bastará la consignación del monto del valor de tasación comercial actualizado realizada de acuerdo a la normativa vigente.*
- b) *Notificación previa a los propietarios, ocupantes o poseedores del bien a expropiar. Una vez otorgada la posesión anticipada del bien a expropiar el sujeto pasivo debe desocupar y entregar el bien expropiado en el plazo máximo de veinte días hábiles (...).”*

[2] Usar “contenido esencial” para los derechos constitucionales podría ser problemático, pues lleva a pensar que una vez identificado aquél, queda un contenido no esencial en esos derechos, cuando lo exacto es que toda parte del derecho constitucional sea esencial. De ser así, tendríamos que afirmar que una parte de la norma constitucional puede ser incumplida, contrariando así el principio de unidad y fuerza normativa a la Constitución. El Tribunal Constitucional (“TC”) permite superar esta situación haciendo que el “contenido esencial” tome cuerpo en nuestro sistema como “contenido constitucionalmente protegido del derecho”, supuesto a que se refieren los artículos 5, inciso 1 y 38° del Código Procesal Constitucional. En efecto, el TC precisa que *“todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume”* (STC 1417-2005-AA, fd. 21). Entonces, todo contenido constitucional de los derechos será esencial y, por tanto, ilimitable. Con esas premisas, y para facilitar la lectura, usaremos la frase “contenido esencial” o “contenido constitucional” como sinónimos.

II. ESTATUTOS DE PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL

En términos generales, entendemos por “bien” a todo aquello que sirve para satisfacer necesidades y, en cuanto tal, susceptible de valoración económica e intercambio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) define a los bienes como *“aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”*^[3].

Desde un punto de vista individualista, el derecho de propiedad es un atributo que recae sobre bienes y que permite a su titular exigir el aprovechamiento exclusivo de los beneficios propios del mismo. Sin embargo, hace mucho se superó tal visión, pues ahora el derecho de propiedad tiene también un sentido social, lo que exige dejar de analizarlo del derecho de propiedad desde el punto de vista del sujeto, para estudiarlo en su **relación entre sujeto-objeto**.

Este enfoque permite advertir que aquel derecho está condicionado por la realidad circundante y los valores que la gobiernan. Ciertamente son estos los que indican que sólo es viable el ejercicio del derecho de propiedad si va en armonía con el bien común, tal como consagra el artículo 70 de la Constitución. Piénsese por un momento que no obstante tener derecho de propiedad sobre un inmueble, no existen problemas en admitir que –en favor del bien común– se coloquen señales sobre el sentido del tráfico; o que no podamos realizar actividades contaminantes en nuestra casa, pues aunque seamos propietarios, los valores que gobiernan nuestra sociedad exigen que el ejercicio de aquel derecho no vaya en contra del bienestar de todos.

Como las exigencias del bien común son distintas según las circunstancias de la realidad, el contenido esencial de la relación entre sujeto y objeto presenta también caracteres distintos ante cada tipo de situación. Por ello Jossereand afirmaba ya en 1932 que *“no hay propiedad, sino propiedades”* y Pugliatti en 1952 que existen *“estatutos de propiedades”*.

El mismo parecer expresa el TC al señalar que *“debido a la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, pú-*

[3] CASO IVCHER BRONSTEIN Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (*Reparaciones y Costas*), párrafo 122; Caso COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 144; CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 137; CASO PALAMARA IRIBARNE vs. Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (*Reparaciones y Costas*), párrafo 102.

blicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración” (STC 3782-2004-AA, fd. 3).

El alineamiento del derecho de propiedad con el bien común hace que supere su ámbito meramente individual, dado que interesa a todos su ejercicio, adquiriendo por ello una función dentro del entramado social.

En un mundo sin función social de la propiedad, sería más sencillo averiguar su contenido esencial, pues estaríamos ante un derecho que, en términos generales, tendría como único contenido asegurar que un sujeto excluya a terceros en el disfrute de su bien. Sin embargo, si colocamos a la propiedad en la realidad de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derechos, veremos que allí constantemente se presentan exigencias, de menor o mayor grado, destinadas a favorecer el bienestar común, por lo que se imponen distintas maneras de colaboración entre los sujetos para su realización.

Tal situación hace que la propiedad, y los otros derechos, no muestren un contenido rígido o unívoco sino que vayan delineando su silueta según su vinculación social. Es la función social la que exige variar y/o delimitar el contenido esencial de la propiedad de modo distinto para cada situación de la realidad. Eso convierte a la función social en parte de ese contenido esencial, pues sin ella es probable que la propiedad presentara un contenido único, no habría estatutos de propiedad.

“Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (TC español, STC 37/1987, del 26 de marzo, fd. 2).

Eso no nos debe llevar a afirmar que el derecho de propiedad es pura función social, pues una cosa es delimitar el contenido según exigencias sociales y otra entregar su contenido a esas exigencias. En el caso citado, añade el TC español que *“la traducción institucional de tales exigencias colectivas [de la función social] no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho”*. En efecto, sería ilógico que aquello que delimita el contenido de algo sirva para vaciar ese mismo contenido, por lo que se debe notar que la dimensión individual de la propiedad no puede ser anulada por la función social que delimita su contenido.

En suma, las exigencias de la realidad que condicionan la estructura de la propiedad no deben ser vistas como cargas externas al derecho, sino como

moldeadoras de su contenido, de su espacio, así es como se incorpora la función social de la propiedad en el contenido esencial del derecho. Y es que, como sugiere Rodríguez-Toubes, los llamados límites de los derechos no deben verse como barreras que cercan y reducen su espacio natural y original, sino como fronteras que delimitan su contenido, de tal suerte que fuera de ellas no hay, ni nunca estuvo, tal derecho^[4].

III. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Como vimos, la citada función social de la propiedad permite delimitar sus alcances, sin embargo, esa actividad delimitadora puede exceder el margen de lo razonable, llegando a tal punto que el bien pierda toda utilidad. Por ejemplo, compramos un terreno frente al mar y al lado de otras casas, con el propósito de construir una para nosotros. Sin embargo, luego se dicta una disposición que impide realizar nuevas construcciones, de manera que sin perder el título de propiedad, en la práctica habremos perdido el bien.

Nuestro TC, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha calificado a esas situaciones como expropiación regulatoria, cuya tutela (al menos cuando se trata de bienes inmuebles^[5]) permite revertir la medida limitadora, manteniendo la situación que existía antes de la misma (STC 0834-2012-AA, fd. 40-42). Aunque esta institución no es objeto de estas líneas, sí conviene a nuestros propósitos destacar que en esos casos lo relevante es determinar hasta dónde la función social de la propiedad permite delimitar

[4] RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los Derecho Humanos*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 69.

[5] Las autorizaciones reconocen a su titular el derecho a realizar determinadas actividades, por lo que tienen un valor económico y, en esa medida, son bienes muebles que forman parte del derecho de propiedad. Suele ocurrir que la Administración Pública deja sin efecto tales autorizaciones, ya sea con decisiones expresas o con disposiciones generales. El artículo 203 de la Ley 27444 regula los únicos supuestos en que se pueden revocar las autorizaciones, imponiendo en esos casos el pago de una indemnización. Por tanto, si la revocación no se ajusta a esos criterios, será ilegal. Pero qué ocurre con aquellas regulaciones genéricas que de modo indirecto dejan sin efecto los derechos reconocidos en las autorizaciones. Mediante Resolución 1535-2010/SC1 que tiene la calidad de precedente vinculante, el INDECOPI estableció que esa situación califica como una expropiación regulatoria, pues hace perder toda utilidad a los bienes muebles en mención, siendo por ello una medida ilegal. Eso no enerva la potestad que tiene la Administración Pública para seguir el procedimiento de revocación que prevén los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, en cuyo caso, para que su proceder sea legítimo, deberá dictar un pronunciamiento de revocación específico que se sustente en las causas que prevé la Ley y pagar la indemnización respectiva.

su contenido, pues sólo dentro de ese margen la delimitación será legítima (y, por ende, no dará lugar a una indemnización), fuera de él estaremos ante una invasión irrazonable o desproporcionada en la propiedad, ante una expropiación regulatoria (que daría lugar a una indemnización)^[6].

A diferencia de la delimitación o de la expropiación regulatoria, la clásica expropiación supone una injerencia directa y frontal contra los bienes, un despojo de estos. Aquí invocar la función social pierde sentido, pues no se trata de determinar hasta dónde llegan las facultades de dominio sobre una cosa determinada. Lo relevante es saber hasta dónde puede llegar la potestad para despojar, pues así sabremos qué garantías tiene nuestro derecho de propiedad frente a aquélla.

No obstante, debe tenerse presente que la expropiación no es una mera privación de bienes, que permita al Estado sustituirse en la voluntad de las partes para adquirirlo y hacer uso de él en la forma que le parezca. La expropiación no es un mero fenómeno de traslación de bienes, primero, porque suele ocurrir que el bien no sea adquirido por la entidad estatal que será la beneficiaria del mismo y, segundo, porque lo relevante no es la traslación, sino la finalidad pública que ésta persigue. En efecto, el despojo de bienes sólo se justifica cuando es necesario remover el *status quo* para alcanzar una finalidad pública. La expropiación es sólo un medio. Es la finalidad perseguida lo trascendente, pues ella legitima la existencia y ejercicio de la expropiación. Si aquella no existe, no hay razón para imponer la traslación de bienes.

Muchas veces se enfoca a la expropiación como una invasión contra el derecho de propiedad, cuando en realidad es todo lo contrario, es una garantía del mismo. En nuestro sistema constitucional el Estado no puede tomar la propiedad sin más, sino que para hacerlo deberá de cumplir con las garantías que se derivan del artículo 70 de la Constitución, de no ser así se configuraría una invasión ilegítima sobre el derecho de propiedad. Citamos:

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

[6] Si los conceptos mencionados fueran bailarines diríamos que *función social y delimitación* bailan la misma canción, pero *delimitación y expropiación regulatoria*, siempre bailan canciones distintas, cuando una baila la otra descansa y viceversa, y es que una acaba donde empieza la otra.

De la norma transcrita se aprecia que la expropiación incorpora las siguientes garantías: (i) *reserva de ley*, esto es, sólo puede ser autorizada mediante Ley dictada por el Congreso; (ii) *ratio expropriandi*, la Ley debe precisar las razones de seguridad nacional o necesidad pública que justifican el despojo; (iii) *indemnización justipreciada*, además del valor del bien, el afectado deberá recibir el pago de los perjuicios adicionales que el despojo le ocasionó; y, (iv) *procedimiento expropriatorio*, existencia de vías jurisdiccionales donde se puedan cuestionar los distintos aspectos de la expropiación.

Cabe añadir que, la norma constitucional tiene un carácter abierto en el sentido que no precisa qué clase bienes pueden ser objeto de expropiación, sin embargo, el artículo 12 de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones (“LGE”), sólo prevé la expropiación de bienes inmuebles, por lo que en adelante será a ese tipo de bienes a los que nos referiremos.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LA POTESTAD DE EXPROPIACIÓN

Para analizar adecuadamente aquellas garantías, primero se debe ahondar en el fundamento de la potestad de expropiación, esto es, en el interés público.

“Bien común”, “interés público” o “general”^[7] hacen referencia a todo aquello que *de alguna manera* beneficia a la sociedad. Esto no es una coincidencia. El *interés público* es la versión jurídico-administrativa de la noción filosófica llamada *bien común* y que en sociología se le conoce como *interés general*^[8]. No es raro por ello que el TC entienda que el bien común es idéntico al “interés de la sociedad” (STC 008-2003-AI, fd. 12) y que éste, a su vez, se identifique con el “interés público” (STC 0090-2004-AA, fd. 11^[9]).

Superado este frecuente enredo lingüístico, podemos afirmar que el interés público es el que corresponde a los ciudadanos integrantes de un cuerpo social y que, en esas circunstancias, se inclinan a satisfacer de necesidades colectivas (salud, educación, etc.). Dogmáticamente se resalta que el interés público no sea la suma de la mayoría de los intereses individuales coincidentes, sino **el interés**

[7] “La variedad de adjetivos empleados tras el sustantivo *interés* —fundamental, general, público, social, etc.— apenas influye (...) en la diferenciación esencial de la noción que, por lo común, resulta unívoca en su sentido y alcance”. BERMEJO VERA, José. “El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional”. En *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 10, II, 1984, p. 107.

[8] RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 66 y 102.

[9] “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad”.

que resulta de la vida en comunidad y que, por ende, permite a los individuos reconocer allí a sus propios intereses.

No obstante este acercamiento dogmático, se debe tener en cuenta que la realidad puede moldear de distinto modo al interés público, a tal punto que la definición antes propuesta sea seguida sólo de modo tangencial, situación que no hace inválida su aplicación. Y es que si se atribuye al legislador o a la Administración la facultad para definir qué es el interés público, estos tendrán un amplio margen de discrecionalidad para hacer caer dentro de ese concepto a distintas opciones posibles, todas ellas válidas, siempre que de alguna manera tenga que ver con el beneficio de todos.

Por ejemplo, para el Poder Legislativo el interés público será aquel que define los votos de la mayoría, de modo que, al final de cuentas, el interés público será el interés de la mayoría, argumento que comparte nuestro TC^[10], pero que se aleja de la definición dogmática antes dicha. Otro ejemplo lo da el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (“TEDH”) para quien el interés público no necesariamente está orientado a incidir sobre toda la sociedad o incluso sobre gran parte de ella, sino que bastaría con que recaiga sobre un grupo específico, siempre que medien razones de justicia social, propios de la vida en comunidad (*Caso James contra Reino Unido*, pár. 41).

En cualquier caso, se sabe que el carácter abierto de la noción de interés público no otorga discrecionalidad absoluta en su uso, pues siempre deberá de justificarse su aplicación, de manera que es posible ejercer un control; ya sea evaluando si concurren o no hechos que justifican su invocación, o evaluando si es razonable su aplicación a esos hechos, por ejemplo, si se trata de una medida que, de alguna manera, favorece a la comunidad, o si se trata de un medida que en realidad encubre un favorecimiento particular (STC 0090-2044-AA).

Precisamente para satisfacer el interés público se creó al Estado, a quien se le otorgó el poder político con esos fines. Progresivamente ese poder fue restringido por la fuerza del Derecho y de las necesidades históricas. Una de esas formas de limitación consistió el distribuir el poder entre los distintos organismos estatales, de modo que cada uno cuente con poderes de alcances

[10] *“Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritoria o tasa como ‘algo’ necesario, valioso e importante para la coexistencia social. En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares. En el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado”* (STC 3283-2003-AA, fd. 33, énfasis agregado).

concretos y nadie tenga un poder genérico. He ahí el germen de las potestades.

La necesidad de realizar los intereses públicos exigió la creación de distintos organismos estatales a los que se les otorgó una cuota de poder^[11]. A esa cuota se denomina *potestad* y al interés público que persigue se le conoce como *título*, que es lo que legitima el reconocimiento jurídico de la potestad. Esto hace que la potestad tenga un contenido y alcance concreto^[12]. En suma, las potestades son otorgadas para alcanzar un interés público, lo que permite imponer decisiones sobre terceros quienes deberán soportarlas siempre que exista una causa real, es decir, siempre que efectivamente concurra el *título* que justifica ejercer la potestad.

Una de esas potestades estatales es la expropiación que, en términos generales, consiste en el poder estatal de imponer el despojo de bienes inmuebles con la finalidad de satisfacer intereses públicos específicos como la Seguridad Nacional o la Necesidad Pública. Estos son los *títulos* que delimitan hasta dónde alcanza la potestad expropiatoria. Por esa razón es que Bermejo Vera hace una analogía para destacar que, lo mismo que hace la función social con el derecho de propiedad, los intereses públicos delimitan el alcance y contenido de la potestad expropiatoria^[13].

Se puede concluir que las potestades expropiatorias consisten en aquella cuota de poder otorgada al legislador para procurar la seguridad nacional y las necesidades públicas usando para ese propósito bienes inmuebles, lo que supone que sus titulares deberán soportar el despojo de los mismos en beneficio de la comunidad.

[11] “Interesa destacar que lo específico de esta categoría jurídica, lo que finalmente define a la misma, no es sino la conexión del poder en que la misma consiste con el deber de desempeñar una determinada función. Es decir; **la potestad se atribuye para el cumplimiento de determinadas funciones –de ahí que las entidades instrumentales no tengan atribuidas por ello sino aquellas potestades específicas que les son útiles para el cumplimiento de sus fines específicos –que vienen atribuidas al titular de la potestad**” (énfasis agregado). CASTILLO BLANCO, Federico. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007, p. 102.

[12] DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. *La actividad de la administración*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, pp. 67-68.

[13] BERMEJO VERA, José. “Análisis previo de la expropiación forzosa”. En: *Documentación Administrativa*, No. 222, Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 1990, p. 11.

V. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA POTESTAD DE EXPROPIACIÓN

Otra manera de comprender la potestad de expropiación es usando los criterios de justicia distributiva y justicia conmutativa. La primera se refiere a cómo regular aquello que es común a todos, donde el criterio de justicia impone que los beneficios y cargas se repartan entre todos de modo proporcional. La segunda atañe a cómo regular situaciones donde prima el interés individual, donde el criterio de justicia es dar a cada uno lo que le corresponde^[14].

En el ejemplo de los “Los exploradores de cavernas” de Lon Fuller, ocurre un derrumbe que confina a cuatro espeleólogos en una cueva, sin posibilidad de ser rescatados en menos de treinta días. Ante la falta de provisiones, pactan comerse a uno (elegido por sorteo) para que los otros puedan sobrevivir. Imaginemos que uno de ellos descubre que olvidó sus implementos para explorar y que por error traía una mochila cargada solo con viandas y bebidas extras. Si no hubiera ocurrido el derrumbe, es probable que el espeleólogo no realizara la exploración, debiendo esperar o volver solo, en cualquier caso, comerá opíparamente debido a su error. Es justo señalar que en esa situación cada uno de los sujetos tiene lo que le corresponde, rige allí una justicia conmutativa. Sin embargo, el derrumbe hace que ese sentido de justicia ya no sea aplicable, pues lo justo es que las provisiones extras dejen de pertenecer sólo a un espeleólogo, sino que pasen al acervo común, siendo distribuidos de forma proporcional entre todos^[15].

De manera similar ocurre con las expropiaciones. Primero tenemos un bien inmueble regido por criterios de justicia conmutativa, pues su titular puede intercambiarlo por otros bienes o recibir una indemnización por los daños ocasionados a su bien. La justicia que rige la situación indica que el titular recibirá lo que le corresponde.

No obstante, de modo similar al ejemplo, ciertas circunstancias hacen que las especiales características de un inmueble (ubicación, diseño, antigüedad, etc.) lo conviertan en necesario para el bien común, esa situación es la que justificará la aplicación de criterios de justicia distributiva, pues sólo cuando se busca que todos, de una forma u otra, sean beneficiarios de ese bien, es que se justifica la expropiación. El reparto beneficios apareja también un reparto de cargas entre todos, que en estos casos se materializa mediante la obligación estatal de indemnizar al afectado.

[14] FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción de Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 195 y ss.

[15] Esta metodología es la misma que propone CIANCIARDO, Juan. “Los límites del sistema normativo”. En: *Revista de Derecho*, No. 5, Universidad de Piura, 2004, p. 433.

Entonces, deben concurrir razones explícitas de justicia distributiva para que el Estado ejerza su potestad expropiatoria, pues sólo la necesidad de satisfacer el interés público es lo que posibilita dejar los criterios de justicia conmutativa que protegen a los sujetos contra el despojo de sus bienes y derechos.

Debe tenerse cuidado con lo afirmado, pues la justicia distributiva y conmutativa difícilmente se presentan en la realidad en un sentido puro, dado que situaciones donde rigen criterios de justicia conmutativa no excluyen que se presenten exigencias propias de la justicia distributiva y viceversa. Por ejemplo, vimos que el derecho de propiedad tiene un contenido que trasciende el mero interés individual y que le otorga una función social; o, la potestad de expropiación, que si bien busca favorecer el bien común, no elimina el derecho del afectado a recibir la indemnización que le corresponde.

Aunque creemos que esta interpretación explica con mayor sencillez el fenómeno expropiatorio, nuestro TC se decanta por una interpretación más tradicional señalando que *“el mismo artículo 70° de la Constitución, **con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado**”*(STC 3258-2010-AA, fd. 6, énfasis agregado).

VI. LEY QUE AUTORIZA LA EXPROPIACIÓN: PRIMERA GARANTÍA

El artículo 70 de la Constitución dispone que la Ley que decreta la expropiación fije además la causa de la expropiación (Seguridad Nacional o Necesidad Pública). Agrega el artículo 2 de la LGE, que esa misma Ley prevea también el destino que se dará a los bienes expropiados. Existe entonces una reserva de ley en materia expropiatoria, pues sólo el Poder Legislativo puede aprobar y especificar las razones que justifican el despojo de ciertos bienes para destinarlo a un uso favorable al interés público. Esto asegura que la medida expropiatoria responda a una política nacional de los representantes del pueblo y no al antojo ocasional de Administraciones públicas.

La jurisprudencia del TEDH resalta que esta garantía no sólo exige expropiar conforme a Ley, sino verificar también la “calidad de la ley”, pues el TEDH *“está convencido que la existencia (...) de una base legal no basta para satisfacer el principio de legalidad y considera útil detenerse en la cuestión de la **calidad de la ley**”* (Casos *Brinotti c. Italia*, pár. 80 y *James c. Reino Unido*, pár. 67) Esta exigencia, creada desde hace mucho por el mismo TEDH, señalando que la Ley debe cumplir dos requisitos esenciales: **accesibilidad** y **previsibilidad**.

“La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de informaciones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano no adecuar su conducta; debe poder prever rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado” (Caso The Times Sunday c. Reino Unido, pár. 49)^[16].

Lo primero se relaciona con la posibilidad de conocer las normas, de modo que proscibiría, por ejemplo, que una Ley secreta autorice expropiaciones sustentada en razones de Seguridad Nacional. Aunque esto último se relacione con secretos de estado, la Ley deberá ser **accesible** para todos, lo que se presume ocurrirá cuando la Ley se publique en el Diario Oficial. Por tanto, tal Ley deberá precisar, al menos en términos generales, las razones de seguridad nacional que justifican la expropiación, obviamente, sin que eso lleve a exigir que se publiquen los secretos de estado^[17].

Lo segundo tiene que ver con la claridad del texto de la Ley, con el carácter inteligible de su regulación y de sus alcances, de manera que pueda preverse qué autoriza, qué proscribe o qué consecuencias genera. Eso no significa que la Ley deba ser exhaustiva, sino que bastará con que prevea los puntos esenciales para que el régimen de expropiación sea previsible, pudiendo dictarse normas reglamentarias que la precisen^[18]. Es decir, la previsibilidad impone que Ley tenga un **contenidomínimo** que haga reconocible su régimen jurídico, como declarar la expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y el derecho de los posibles afectados.

[16] Este criterio es especificado luego por el mismo TEDH señalando que con ello se buscó resaltar que *“el grado de precisión que se exige a la «ley» depende de la materia de que se trate (...) Por tanto, la ley debe determinar el alcance y las modalidades del ejercicio de dicha facultad [que incide sobre los derechos fundamentales] con suficiente claridad -teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue- para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad” (Sentencia Malone c. Reino Unido, pár. 68).*

[17] Recuérdese que el artículo 2, inciso 5 de la Constitución dispone que *“toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública (...) Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)”.*

[18] *“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán opera en este punto sin sujeción a esquemas demasiado rígidos. Ciertamente exige del legislador una regulación mínima, es decir, un programa o plan que la norma reglamentaria podrá desarrollar. La intención es conseguir que los ciudadanos puedan prever con la lectura de la ley las situaciones que la norma reglamentaria tendrá que complementar o detallar (previsibilidad de la regulación”.* BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas – Universidad Complutense, 1991, p. 51.

De esta exigencia de **previsibilidad** se deriva que la Administración, a través de sus normas reglamentarias, podrá precisar algunos contenidos “no esenciales” de la expropiación. Por ejemplo, una Ley precisa la *ratio expropriandi* y el destino de los bienes, pero la Administración precisa cómo se ejecuta la expropiación o en qué plazo se realizarán las obras; o una Ley precisa que los expropiados tienen derechos a una indemnización justipreciada, pero la Administración fija el monto de la indemnización justipreciada.

Aunque el artículo 70 de la Constitución instaure un régimen de reserva de ley, eso no impide la remisión de materias a las normas reglamentarias, siempre que eso no coloque a la Administración en la posición del legislador, pues aquella sólo puede reglamentar leyes “sin desnaturalizarlas” (artículo 118, inciso 8). Para que eso sea así, el legislador debe de prever primero los aspectos esenciales, básicos o de principio de la expropiación, de manera que las normas reglamentarias sólo tengan espacio para complementar o desarrollar, sin desnaturalizar, sin poder introducir nuevos mandatos.

Cabe resaltar que, cuando la materia regulada incida agresivamente sobre derechos fundamentales, como en los casos de expropiación (donde no cabe duda que el despojo de bienes supone una regulación agresiva de la propiedad), el nivel de previsibilidad exigido a la Ley es elevado, para evitar que sea la Administración y no el legislador quien termine delimitando el alcance o contenido del derecho fundamental^[19]. Por eso es que ratificamos la idea de que toda Ley que autoriza la expropiación debe contener, por lo menos, la declaración expresa de expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y que, por lo menos, no excluya el derecho de indemnización que corresponderá a los afectados.

Vayamos a un ejemplo. No será difícil imaginar que ante el hallazgo de un ingente lote de gas natural en el departamento de San Martín, se dicta una Ley que declara de necesidad pública el desarrollo de la industria de gas natural en esa zona. En ese caso, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas no podrá declarar que por razones de Necesidad Pública procederá a la expropiación de terrenos para el paso del futuro el ducto de transporte de gas, pues la Ley no

[19] Tiene dicho el TC español que “Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador” STC 83/1984, del 24 de julio, fd. 4).

autorizó expropiaciones, no pudiendo “suponer” o deducir que así lo ha querido hacer o que ha delegado esa facultad a la Administración^[20]. Supongamos ahora que se dicta una Ley que expresamente declara la expropiación para construir un aeropuerto en el Callao, pero no señala que los expropiados tendrán derecho a una indemnización. Eso no convierte a la norma en inválida, pues no excluye el derecho a una indemnización justipreciada, en todo caso queda por sobreentendido que efectivamente existe tal derecho. En efecto, sobre la previsibilidad de la Ley, el TEDH señala que las “*consecuencias [de la Ley] no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance (...) muchas leyes se sirven por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica*” (Caso *The Times Sunday* c. Reino Unido, pág. 49). Por ende, si se trata de una expropiación, puede entenderse que siempre existirá el derecho a una indemnización justipreciada, salvo que la Ley prescriba lo contrario, en cuyo caso “podría” ser inconstitucional^[21].

Para satisfacer las exigencias constitucionales de la primera garantía, no bastará con que se dicte una Ley que declara la expropiación, sino que la Ley además deberá conocerse y ser precisa en su contenido y alcances. Estamos ante verdaderas exigencias que encuentran correlato, además de la jurisprudencia del TEDH, en los artículos 103 y 118, inciso 8, de la Constitución que, respectivamente, exigen que las leyes sean publicadas y no desnaturalizadas en su contenido. O en el principio de seguridad jurídica, tantas veces ratificado por el TC, que hace referencia al carácter previsible que deben tener las normas jurídicas.

Resumiendo lo dicho, la garantía de ley en materia de expropiación exige que aquella sea accesible a todos, esto es, que sea publicada; que genere certidumbre de que dictamina una expropiación, la razón que justifica ello y cómo se usarán los bienes para esa causa; y que refiera las restricciones y/o derechos de los ciudadanos afectados.

[20] Debe resaltarse que sólo se trata de un ejemplo y que la normativa del sector regula estas situaciones mediante la imposición de servidumbres debidamente indemnizadas.

[21] Es interesante a estos efectos la Sentencia del TEDH recaída en el caso *Jahn y otros c. Alemania*, donde se convalidó una expropiación sin indemnización, amparada en circunstancias realmente excepcionales. Poco después de la reunificación de Alemania, se dictó una Ley en 1990 que hacía propietarios a personas sin derecho alguno. Ello motivó que en 1992 se dicte una nueva Ley que corregía la situación anterior, expropiando sin indemnización y revertiendo los bienes a quienes sí eran propietarios. La prontitud de la medida, su carácter corrector de una ilegalidad y las circunstancias excepcionales (reunificación de un país), llevó al TEDH a considerar que la falta de indemnización era una opción razonable.

VII. *RATIO EXPROPIANDI*: SEGUNDA GARANTÍA

La Ley que autoriza la expropiación contiene una garantía material derivada de su condición de “ley especial”. Es indudable que tiene esa característica porque se aparta del marco normativo aplicable a todas las propiedades para imponer un régimen diferenciado que autoriza el despojo de bienes a uno o a un grupo determinable de sujetos.

Al comentar este punto, el TC señala que *“el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas”* (STC 0001-2003-AI, fd. 8). Cuando el TC dice que la Ley especial se *“desvincula de su vocación por la generalidad”*, quiere sostener que ese tipo de leyes se aparta del régimen general existente para establecer un régimen especial aplicable a situaciones objetivamente diferenciadas y no que la Ley especial carezca de generalidad, pues ésta no está dirigida a un sujeto específico, sino a un número indeterminado de sujetos que están en la misma situación. Por ejemplo, debido al aumento del caudal del río Rímac, peligran los cimientos de las casas riveñas, dictándose una Ley especial para que el Banco de Materiales otorgue préstamos especiales destinados al reforzamiento de cimientos y estructuras de esas casas. La Ley especial se aparta del régimen general de préstamos de dicho Banco, pero ésa es la única vocación de generalidad de la que se desvincula la ley especial. No pierde generalidad en lo referido a sus sujetos destinatarios, pues fue dictada para favorecer a un grupo indeterminado de personas que están en cierta situación objetiva y no está dirigida a una persona específica.

El artículo 103 de la Constitución dispone que *“pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”*. **La garantía material consiste en que la Ley especial, para ser válida, debe justificarse en la “naturaleza de las cosas”, en elementos objetivos**, pues *“no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Es decir, una ley especial (...) se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad”* (STC 0018-2003-AI, fd. 2). Precisamente, son las características objetivas de la realidad que circunda a un grupo de personas y no las características subjetivas de las personas las que justifican la Ley especial.

Bajo esa lógica sería comprensible que se exija a la Ley especial de expropiación precisar **qué circunstancias objetivas** justifican el despojo de ciertos

bienes, es decir, que la Ley señale qué especiales características de los inmuebles (antigüedad, diseño, ubicación, extensión, etc.) justifican que se expropien unos y no otros^[22].

En efecto, esa garantía material también es trasladable a las Leyes especiales de expropiación y está concretizada en el artículo 70 de la Constitución, según el cual la Ley de expropiación debe especificar cuál es el interés público que persigue su excepcional dictado y que sólo puede consistir en la Seguridad Nacional o Necesidad Pública. Es decir, la Ley especial debe tener una *ratio expropriandi* específica que justifique el tratamiento excepcional. Además de eso, el artículo 4 de la LGE dispone que: “*En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse*”.

Antes de analizar la norma constitucional y legal citadas, es relevante aludir al criterio del TC español quien analiza el supuesto donde la Ley que autoriza una expropiación señala una *causa expropriandi* y un uso público específico a los bienes, pero luego, al ejecutarse la expropiación, se da a los bienes un destino diferente, situación que el citado TC considera válida siempre que la medida pública sirva a la *causa expropriandi* invocada. Citamos:

“La causa expropriandi es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Dada la gran variedad de fines públicos (...) el destino de los bienes y derecho expropiados puede ser también muy distinto, pues dependerá del modo con que se satisfaga en cada supuesto expropiatorio el interés público que legitima la expropiación forzosa (...) ocurre también que, en algunos supuestos, el fin expropiatorio puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean todos ellos igualmente aptos a la consecución del fin. En tales casos, es indiferente a la causa expropriandi el destino que reciban los bienes y derechos expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropiatorio. En dichos supuestos se produce una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la causa expropriandi. Los términos en que se expresa el art. 33.3 CE [Constitución Español], al hablar

[22] En España, la Ley General de Expropiación Forzosa de 1954 concretiza la previsión constitucional de expropiar sólo por razones de “utilidad pública o interés social” imponiendo que la Ley que expropia especifique cómo se cumplen esos fines. Al comentar esta disposición, Tomás-Ramón Fernández señala que “*la solución propuesta consistió, por supuesto, en eliminar declaraciones implícitas y en exigir en todo caso el reconocimiento concreto de la utilidad pública o interés social genéricamente declarados por las Leyes (...)*”. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, en *Revista de Administración Pública*, No. 166, Madrid, 2005, CEPC, p. 19.

de «causa justificada de utilidad pública o interés social» sin contener referencia ninguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la causa expropriandi incluye (...) a las expropiaciones (...) en que el fin admite varios posibles destinos” (STC 166/1986, del 19 de Diciembre, fd.13).

En términos sencillos, el TC español considera que en aquellos casos en que la *ratio expropriandi* pueda ser satisfecha de distintas maneras, será posible variar el destino legal asignado a los bienes por alguna de esas otras opciones, dado que la norma constitucional española sólo garantiza que las expropiaciones se justifiquen en «*causas justificadas de utilidad pública o interés social*» sin imponer ninguna exigencia sobre el destino final de los bienes expropiados. No corresponde aquí analizar la corrección o no del argumento constitucional español, sino apreciar si tal criterio podría ser trasladado a nuestro sistema. Veamos:

Imaginemos que se dicta una Ley que declara la expropiación de terrenos por razones de Seguridad Nacional, pero no precisa qué clase de terrenos, dónde estarían o para qué serán usados. Formalmente, la Ley cumpliría con el requisito constitucional de señalar la *ratio expropriandi* pero materialmente sería acusada de inconstitucional debido a su carácter genérico o abstracto que contraviene la más elemental lógica de la expropiación como instrumento pensado para favorecer intereses públicos reales y específicos.

Y es que el principio de divisiones de poderes que late en nuestro texto constitucional, ha buscado asegurarse que la potestad expropiaría no sea una potestad abstracta o genérica, sino que sea una cuota de poder ejercida en los ámbitos específicamente habilitados^[23], de ahí que el constituyente exija al Legislador precisar la *ratio expropriandi* que moviliza su poder de expropiación. Si esto es así, la exigencia de señalar el destino de los bienes expropiados también debería tener carácter constitucional. En efecto, es claro que la Seguridad Nacional y la Necesidad Pública pueden ser realizadas adoptando distintas medidas públicas, de tal suerte que la sola invocación de una de ellas da lugar a un marco genérico de opciones. Por tanto, si se pretende quitar

[23] Los órganos del Estado tienen una vinculación positiva frente a la ley y a la Constitución, mientras que los particulares, tienen una vinculación negativa a éstas. Aquella ligazón o vinculación positiva del Estado es explicada por Martínez López-Muñiz quien señala que debe ser entendida “*en el sentido que toda existencia real y su actuación deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho, y en concreto necesariamente por el Derecho positivo [pues las competencias estatales no son implícitas]*”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 30. Este postulado se materializa en el artículo 45° de la Constitución Política donde se dispone que el ejercicio del poder estatal se realiza “*con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*”.

abstracción al poder de expropiación y hacerlo específico, es necesario que el Legislador, además de señalar la *ratio expropriandi*, deberá especificar qué medida pública ha elegido y, por ende, qué destino tendrán los bienes sobre los que recaerá la potestad de expropiación. Señalan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández que “*la potestad expropiatoria requiere, pues, para su ejercicio una previa auctoritatis interpositio de la Ley, que selecciona, entre todos los posibles, los fines que han de ser considerados de utilidad pública o interés social al objeto de poder movilizar en su favor el instrumento de expropiación*”^[24].

Como se aprecia, justificación (*ratio expropriandi*) y consecuencia (destino de los bienes) están íntimamente vinculadas, por lo que debe entenderse que ambas son exigencias derivadas del texto constitucional. Tal aserto incluso es reconocido –aunque con consecuencias distintas– por el mismo TC español al señalar que “*la reversión o retrocesión del bien expropiado a su titular originario [por no destinarlo al uso previsto] va inescindiblemente unida a la causa de expropiación y a su eventual incumplimiento, hecho que determina el nacimiento de aquel derecho de reversión*” (STC 67/1981, del 8 de abril, fd. 6).

Una vez que el Legislador ha elegido la medida pública que perseguirá para satisfacer la Seguridad Nacional o Necesidad Pública, recién surge la necesidad de incidir sobre ciertos inmuebles, pues se busca revertir el *status quo* existente, que es el que impide alcanzar la medida pública seleccionada. Efectivamente, para superar esa situación es que se recurre a la expropiación, ésta es solo el medio necesario para conseguir los fines públicos propuestos^[25]. Para que ello se dé, es lógico exigir que exista coherencia entre la causa invocada y el uso que se dará a los bienes. Así, por ejemplo, una Ley dispone que, debido a su cercanía a un aeropuerto, un inmueble sea expropiado por razones de Seguridad Nacional, usándolo como cuartel militar. Allí es claro que la naturaleza de las cosas (las especiales circunstancias del bien) justifica la expropiación específica del inmueble por razones de Seguridad Nacional.

En resumen, la segunda garantía se deriva de la especial condición que tienen las leyes especiales que autorizan la expropiación, imponiendo como exigencia que esa Ley señale **(i)** cuál es el interés público perseguido (sólo pueden ser la Seguridad Nacional o Necesidad Pública) y **(ii)** cómo los bienes

[24] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 12ª edición. Lima: Palestra- Temis, 2006, pp. 1143-1144.

[25] Explica García de Enterría que “*la expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes objeto de la misma (...) debe responder a un plan de ordenación para cuya efectividad resulte un obstáculo el estado de cosas que la expropiación se encarga de remover. En virtud de este carácter la expropiación se nos presenta como instrumento, y no como un fin...*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Editorial Civitas, 1989, p. 63.

expropiados sirven a ese interés. Si tal garantía no es respetada, estaremos ante una agresión estatal, ante una vía de hecho que puede ser revertida por las vías legales pertinentes.

Respecto al punto (i), puede ocurrir que se dicte una la Ley que autoriza la expropiación por genéricas razones de Necesidad Pública, pero que hace una delegación a favor de la Administración para que sea ésta quien en el futuro precise cuál es la situación de necesidad pública que amerita la expropiación. Tal Ley sería inválida pues sólo puede decretarse la expropiación cuando efectivamente concurren circunstancias que la justifican, circunstancias que debe referir la Ley. Si se deja a la Administración definir cuáles son esas circunstancias, se incumple con la garantía de la *ratio decidendi*.

Con relación al punto (ii) existe una garantía constitucional más que es recogida en una norma con rango de ley. El artículo 532 del Código Procesal Civil dispone, si dentro de los doce meses posteriores al proceso de expropiación, el bien no es asignado al uso previsto o no se inician las obras para ello, el expropiado podrá solicitar la reversión del inmueble. Ésta es sin duda una materialización de la garantía constitucional del destino público del bien, pues asegura que su incorporación no sea sola una invocación vacía de contenido sino que exista un sustrato real que justifique el despojo de determinados bienes, de modo que se activa cuando se demuestra el carácter innecesario que tuvo la expropiación de los predios.

No obstante lo mencionado, veremos que el carácter abierto de nociones como Seguridad Nacional y Necesidad Pública puede jugar en contra las garantías antes reseñadas, pues otorga cierta discrecionalidad al Estado al momento de expropiar y, por ende, al momento de cumplir aquellas garantías. Aunque eso no impide realizar un control jurisdiccional de los excesos u omisiones en el ejercicio de la potestad expropiatoria, tal como veremos más adelante.

VIII. LA SEGURIDAD NACIONAL COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Como se sabe, a través de los conceptos jurídicos indeterminados (“CJI”) se busca reducir el margen de la discrecionalidad otorgada a través de potestades. En efecto, si bien los CJI tienen un carácter abierto, son conceptos que dicen algo, que hacen referencia a cierta realidad y que, por ende, reducen las posibilidades (la discrecionalidad) en su aplicación. Aunque el *supuesto de hecho* de un CJI sea amplio o vago, eso no otorga discrecionalidad al legislador, pues no puede definir libremente su contenido, sino que debe interpretarlo para saber qué cae o no dentro de él, esto quiere decir, que debe realizar un esfuerzo de interpretación jurídica para justificar la aplicación o no del CJI.

Y es que los CJI presentan problemas al momento de definir su *contenido* o cuando se busca explicitar su *extensión*. Lo primero tiene que ver la idea mental del concepto, es “*el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra*”; lo segundo, determina todos los objetos o situaciones que pueden caer dentro de ese concepto. Siendo así, existirán casos tipo que caen dentro del contenido o extensión de los CJI, pero habrá también casos límite donde se puede defender tanto la inclusión como la exclusión de un supuesto dentro del CJI, en la definición de esos casos es donde el legislador tiene un *margen de apreciación*^[26] que sí puede calificarse como un espacio de discrecionalidad (STC 0090-2004-AA, fd. 10), lo que no impide que se le exija un mínimo de razonabilidad en su decisión.

La Seguridad Nacional es un CJI que presenta problemas en su extensión, pero pocos inconvenientes en cuanto a su contenido. Existe acuerdo en que su *contenido* se refiere a la protección de la soberanía del Estado ante conflictos con agentes exteriores o internos que buscan acabar, separar o mermar al actual Estado democrático de Derecho o el actual régimen político (por ejemplo, guerra con otro Estado, guerra civil o terrorismo). Sin embargo, es difícil determinar la *extensión* de aquel concepto, pues no sabemos con certeza todos los supuestos que podrían caer dentro de la idea antes referida.

Nuestro TC distingue entre Seguridad Nacional y Seguridad Ciudadana señalando que aquélla hace referencia a un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático. Son las Fuerzas Armadas la que hacen efectiva su preservación, pues sus finalidades primordiales son garantizar la independencia, soberanía e integridad del territorio de la República^[27] (STC 0005-2001, fd. 2 y artículo 163 de la Cons-

[26] Fue Otto Bachof quien creó la doctrina del *margen de apreciación*, resaltando que los conceptos jurídicos indeterminados no prevén un supuesto de “única solución justa”, pues, dentro del posible margen de apreciación difícilmente puede hablarse de una apreciación correcta o incorrecta, sino solamente de distintas opciones posibles, cuya inclusión o exclusión dentro del concepto puede estar justificada, correspondiendo al legislador o la Administración definir. Citado por MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2001, 268.

[27] Todo Estado puede adoptar medidas de supervivencia contra los cualquier ataque a su integridad, señala Lasaga Sanz que este “objetivo de salvaguarda tanto a nivel nacional como internacional busca más eliminar la posibilidad de guerra (fines preventivos) que la necesidad del recurso a la fuerza para tutelar los intereses vitales del Estado, aunque los Estados reconocen explícitamente la Carta de las Naciones Unidas que subraya el derecho natural de autotutela individual y colectiva de los Estados frente a un ataque armado contra cualquier miembro perteneciente a esta organización”. LASAGA SANZ, Rafael. “Secretos de Estado y Constitución: Fundamentos y técnicas de control”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 54, 1999, p. 71

titución). Por su parte, la Seguridad Ciudadana forma parte de una noción más amplia conocida como Orden Interno que se relaciona con la preservación de la paz, tranquilidad y seguridad de los ciudadanos, no supone un factor político o ideológico que busque atentar contra la soberanía del estado o contra el régimen político establecido.

Tiene dicho el TC que el Orden Interno comprende tres aspectos: (a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); (b) La estabilidad de la organización política, esto es, el resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública; y, (c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales, es decir, de edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc. (STC 0017-2003-AI, fd. 8). Añade el TC que la función de garantizar, mantener y restablecer el Orden Interno corresponde, de forma exclusiva, aunque no excluyente, a la Policía Nacional (STC 0002-2008-AI, fd. 10 y artículo 166 de la Constitución Política).

En resumen, *“el concepto de Seguridad Nacional no debe confundirse con el de Seguridad Ciudadana”* (STC 005-2001-AI, fd. 2), lo primero supone la adopción de medidas para contrarrestar acciones dirigidas contra la soberanía del Estado o contra el régimen político actual, mientras que lo segundo protege contra la delincuencia interna que se dirige contra bienes o valores específicos de los ciudadanos o, incluso, contra hechos de la naturaleza, pues su finalidad *“es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”* (STC 0017-20043-AI, fd. 32)

Tal distinción es de suma importancia, pues incluso ha dado lugar a que el TC declare inconstitucional una norma con rango de ley que fue dictada para proteger la Seguridad Ciudadana, pero que incorporaba medidas propias de la Seguridad Nacional (STC 005-2001-AI).

Veamos un par de ejemplos. Se dicta una Ley para expropiar los predios aledaños a la casa del Presidente de la República para usarlos como puesto de vigilancia y bajo el argumento de que así se quiere evitar posibles atentados terroristas contra la familia presidencial. Creemos que, salvo que concurren circunstancias de guerra, sería poco defendible la inclusión de esa hipótesis dentro del concepto de Seguridad Nacional. Tampoco podría expropiarse un predio para construir una Comisaría o Delegación Policial, pues las funciones de la Policía Nacional no se corresponden con el concepto de Seguridad Nacional. Sin embargo, la realidad es muy variada y puede que incluso en esos supuestos se configuren *casos límite*. Supongamos que estuviéramos en la época en que el país era azotado por grupos terroristas que acostumbraban a colocar bombas en instalaciones públicas. En esas circunstancias se dicta una Ley que expropia

los terrenos aledaños al Palacio de Justicia invocando la defensa de la Seguridad Nacional y señalando que los inmuebles serán usados como puestos de vigilancia policial. Es claro que la medida efectivamente busca salvaguardar la Seguridad Nacional (prevenir ataques terroristas que pretenden derrocar el poder político existente), pero el destino de los bienes recae en la Policía Nacional. Creemos que la extraordinaria situación de ese entonces haría posible defender tanto la inclusión como la exclusión de la medida dentro del concepto de Seguridad Nacional, en cuyo caso el legislador tendrá un innegable margen de discrecionalidad para definir la situación. En suma, existirán *casos tipo* que, sin lugar a dudas, caen dentro del CJI de Seguridad Nacional, pero existirán también *casos límite* en donde el Legislador tendrá cierto margen de discrecionalidad para adoptar una u otra decisión.

En todo caso, serán más los *casos tipo* que los *casos límite*, por lo que la invocación de este concepto en una eventual Ley que autorice una expropiación dará poco espacio al legislador para evadir la exigencia de precisar la *ratio expropriandi* y el destino que tendrán los bienes, en cuyo caso será menos dificultoso ejercer el control jurisdiccional de las expropiaciones realizadas bajo el argumento de Seguridad Nacional.

En efecto, aunque los CJI muestran un *supuesto de hecho* amplio o vago, su empleo supone muy poca, y en la mayoría de casos ninguna, discrecionalidad, pues quien aplica o invoca un CJI no puede definir libremente cuál es el contenido del concepto, sino que debe remitirse a una noción preexistente. Por ende, se le exigirá que su aplicación sea razonable, esto es, que la posición de quien aplica un CJI descansa en una debida interpretación jurídica, justificando por qué considera que determinado supuesto cae dentro del CJI aplicado.

IX. LA NECESIDAD PÚBLICA COMO POTESTAD DISCRECIONAL

A diferencia de los CJI, en los casos de discrecionalidad el titular de la potestad sí determinará *cuál* es el contenido del interés público que va a perseguir y *cómo* lo alcanzará. En otras palabras, el ordenamiento jurídico delega en él la facultad para contribuir al paulatino proceso de determinación del interés público, a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos existentes. La discrecionalidad entonces permite "*apreciar, en un supuesto dado, lo que realmente conviene o perjudica al interés público*". Obviamente, como no está definido el interés público a seguir, el titular de la potestad tendrá cierta libertad para elegir entre distintas opciones posibles, todas ellas válidas. A su vez, como no se predetermina la forma en que se debe realizar la ponderación

de intereses en juego, podrá basar su decisión en criterios de oportunidad, utilidad, políticos, técnicos u otros estándares jurídicos o extrajurídicos. Es decir, permite “*tomar la decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso*” (STC 090-2004-AA, fd. 11).

Añade nuestro TC que la discrecionalidad de ningún modo dará lugar a arbitrariedad, por lo que el titular de tamaña potestad “*debe justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta*”, es decir, debe sustentar su decisión en razones específicas de la realidad y no en la invocación de fórmulas genéricas carentes de sustrato fáctico. Aquí es necesaria una precisión. No se exige justificar por qué se descartó las otras opciones posibles, sino justificar por qué se eligió determinada opción, aunque tal justificación se sustente en pautas extrajurídicas como razones de oportunidad, de utilidad, políticas, etc. Tal motivación, además, exige que exista un “*nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que se apunta*” (STC 0090-2004-AA, fd. 11).

La Necesidad Pública encierra una evidente atribución de potestades discrecionales al legislador, pues éste debe definir qué entiende por situaciones de necesidad pública, no existiendo un concepto predeterminado sobre sus alcances o contenidos o sobre la manera en que puede ser alcanzado. Sin embargo, el legislador tendrá límites objetivos delimitados por la misma potestad que se le ha atribuido. Así, por ejemplo, al amparo de la potestad de expropiación no podrá dictarse una Ley de beneficios tributarios, o que eleve el monto de las sanciones penales, sino que tal potestad la vincula de tal manera que no puede salirse de los intereses públicos que justifican su otorgamiento. Es decir, sólo podrá dictarse una Ley expropiatoria cuando existan inmuebles cuyo uso pueda ser destinado en beneficio de todos, dirigiéndose tal potestad sólo al despojo de esos bienes y a definir el uso que se le dará.

Además de ello, el TC pone un límite adicional, pues señala que la expropiación se debe sustentar en “*una causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional*” (STC 3140-2010-PC, fd. 15). La discrecionalidad se reduce, pues debe existir un **hecho real** que sustenta la necesidad o seguridad pública y que, además, debe ser **apremiante**.

Para terminar este punto, se debe tener en cuenta que la amplitud del término Necesidad Pública cubre todos los supuestos de Seguridad Nacional e, incluso, los de Seguridad Ciudadana. Así lo ha dicho el TC cuando se acusó de inconstitucional al Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile (“ALC”) y en donde no se preveía la posibilidad de expropiación por razones de Seguridad Nacional, sino sólo por “propósitos”, “utilidad”, “necesidad” o “interés” público (calificados como sinónimos). El TC estableció que aunque la expro-

piación por seguridad nacional no está prevista en el ACL, eso no implica su inconstitucionalidad, sino que “*debe otorgársele un sentido interpretativo que incorpore a la seguridad nacional como supuesto jurídico de expropiación de la causal de **propósito público***” (STC 0002-2009-AI, fd. 26),

De acuerdo con ello, si se expropia por motivos fundados en la defensa o prevención de la Seguridad Nacional pero se señala como *ratio expropriandi* expresa ala Necesidad Pública, tal Ley sería válida, aunque esa regla no aplicaría en el supuesto inverso. También cabría preguntarse por los casos en los que se invoca la Seguridad Nacional para supuestos que en estricto corresponde a la Seguridad Ciudadana. Tal incoherencia podría generar un supuesto de inconstitucionalidad, pero sería sencillo de salvarse con una modificación de la Ley expropiatoria en donde se establezca que la *ratio expropriandi* es por razones de Necesidad Pública.

En sencillo, la Necesidad Pública cubre todos los supuestos de expropiación posible, siempre que, naturalmente, se pueda entender que la medida busca favorecer, de alguna manera, a intereses públicos y no particulares.

X. CONTROL DE LAS LEYES QUE AUTORIZAN LA EXPROPIACIÓN

Primero, tenemos al control formal de la Ley expropiatoria, es decir, el control de los requisitos formales que debe cumplir y que, conforme vimos son: (i) la publicidad de la Ley; y, (ii) previsibilidad de la Ley, lo que exige que declare expresamente la expropiación, la *ratio expropriandi* y el destino de los bienes. Veamos ahora qué supuestos se configuran para el control material de la Ley.

(A) Desviación de poder: sólo se justifica el ejercicio de la potestad de expropiación cuando se trate del despojo de bienes destinados a un uso favorable para la sociedad.

Recordemos que los *títulos* justifican el otorgamiento y el ejercicio de *potestades* y que en este caso los *títulos* de Seguridad Nacional o Necesidad Pública, sólo alcanzan para justificar el despojo de bienes para destinarlos a fines públicos. Siendo así, se configurará un supuesto de desviación de poder cuando el Legislador persiga una finalidad distinta a la descrita, pues el poder de expropiar no le fue otorgada para hacer lo que le parezca, sino que está circunscrito para determinado ámbito, salirse de allí degenera en una abierta inconstitucionalidad. Recuerda García de Enterría que *las potestades “no son abstractas, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad”, por tanto, “para que se produzca desvia-*

ción de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado (...) sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad^[28].

Como señalamos atrás, no puede invocarse el uso de potestad de expropiación para dictar una Ley de beneficios tributarios o para elevar el monto de las sanciones penales, sino que tal potestad vincula al Legislador de tal manera que no puede salirse de los intereses públicos que justifican su otorgamiento. Es decir, sólo podrá ejercerse cuando existan inmuebles cuyo uso pueda ser destinado en beneficio de todos, dirigiéndose tal potestad sólo al despojo de esos bienes y a definir su uso público.

(B) Hechos determinantes, lo que exige que la Ley se sustentarse en necesidades reales, que se deriven de las circunstancias existentes al momento de dictarse, pues los CJI y la discrecionalidad no dejan espacio para escoger entre una u otra opción, dado que los hechos son uno solo. Recordemos que el mismo TC tiene dicho que la expropiación se debe sustentar en “*una causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional*” (STC 3140-2010-PC, fd. 15).

Aunque el Legislador tenga potestad para expropiar (en unos casos usando CJI y en otros usando discrecionalidad), ese poder, en tanto que es jurídico, está sometido al límite de lo fáctico, pues de no ser así sería un poder arbitrario, carente de justificación. Resalta el TC que “*la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...) En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad*” (STC 0090-2004.AA, fd. 12). Añade que la potestad discrecional debe operar sobre una realidad de hecho, de no ser así se configurará un supuesto de invalidez (fd. 14). Desdentado Daroca enfatiza que “*si para ejercer una determinada potestad discrecional la Administración [y el Legislador] parte de la concurrencia de unos determinados hechos, esos hechos deben existir, pues la determinación de los hechos no es objeto de potestad discrecional que corresponda a la administración [o al legislador]; ésta no puede inventar la realidad ni desfigurarla*” (énfasis agregado)^[29].

[28] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...* Tomo I, pp. 458 y 453.

[29] DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª edición. Navarra: Aranzadi Editorial, 1999, pp. 211-212. De igual modo se pronuncia García de Enterría: “*Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (...) y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo (...) La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha*”

En estos supuestos caerían aquellas Leyes de expropiación que invoquen una genérica *ratio expropriandi*, delegando su determinación concreta a la Administración Pública. Pues aunque la Ley deba tener vocación de generalidad, eso no justifica evadir la obligación constitucional de que la Ley tenga una mínima referencia con la realidad. Precisamente, son las circunstancias objetivas las que justifican su condición de Ley especial

(C) Razonabilidad: lo que supone un análisis de los motivos implícitos en las Leyes de expropiación, o, también un análisis sobre la manera en que se ha aplicado el CJI, de manera que uno u otro pueda apreciarse como “aceptable” desde el ordenamiento jurídico.

Líneas atrás hicimos una mención tácita sobre los motivos de la Ley cuando ejerce potestades discrecionales o sobre la argumentación de la Ley al aplicar CJI, cuestión difícil de pensar dado que se trata de Leyes que carecen de una motivación similar a la de los actos administrativos o las resoluciones judiciales. Y es que tradicionalmente se entiende que, a diferencia de la Administración y del Poder Judicial, el Legislador no debe justificar sus decisiones por la diferente posición jurídica que ocupa en el sistema constitucional. En términos generales, se dice que la Administración y el Poder Judicial motivan sus decisiones para acreditar que actúan según las normas jurídicas existentes, en cambio, el Legislador no hace eso porque tiene libertad de configuración jurídica, pudiendo decidir sobre cualquier materia, sin estar vinculado a dictar una Ley en una u otro sentido, cuidándose solo de no contravenir la Constitución^[30].

No obstante, abundante jurisprudencia del TC da por descontado que aunque las Leyes carezcan de *motivación*, pueden controlarse su razonabilidad, lo que supone controlar la razonabilidad de los *motivos* explícitos o implícitos

cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, Tomo I, pp. 509-510.

[30] Señala Pérez Royo que el Legislador “*es el único órgano del Estado que dispone de libertad de configuración en el mundo del derecho, de tal manera que está vinculado por la Constitución únicamente de manera negativa (...) en el uso de la potestad legislativa no ejecuta, pues, la Constitución, no ejecuta una voluntad ajena superior, sino que queda libre con base en una voluntad propia sin más límite que el de respetar el texto constitucional. Esto es lo que diferencia a las Cortes Generales [Parlamento] de todos los demás órganos del Estado en lo que a la creación del derecho se refiere (...) tienen el límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior (...) El legislador no tiene por qué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma. Los demás poderes del Estado, por el contrario, tienen que remontarse, en lo que a la creación del derecho se refiere, a una norma superior, a una voluntad ajena (...)*”. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 10ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 775.

que la sustentan^[31]. Además, es errado postular que el Legislador sólo tiene una vinculación negativa frente a la Constitución, pues, como bien resalta Tomás-Ramón Fernández, **la posición del Legislador frente a la Constitución depende de la norma constitucional que se tome como referencia**^[32]. Así, por ejemplo, cuando la Constitución dice que sólo puede haber detención en casos de “flagrante delito”, el legislador sólo puede tener una vinculación positiva ante la Constitución, pues sólo dictará reglas que sigan esa línea. Igualmente en la expropiación, el legislador está vinculado positivamente pues sólo puede dictar leyes que invoquen razones de Seguridad Nacional o Necesidad Pública, precisando el destino que tendrán los bienes que servirán a esos fines.

Queda claro entonces que es posible ejercer un control de la argumentación jurídica implícita que subyace al invocar la Seguridad Nacional para justificar determinada expropiación, aunque, como ya vimos, tal aplicación sólo generaría problemas en los llamados *casos límite*. Más difícil sería el control de los motivos que subyacen en el ejercicio de las potestades discrecionales de expropiación, es decir, en los casos en que se invoca Necesidad Pública.

En tal supuesto se analizará la justificación que subyace en la elección de determinada medida expropiatoria y del destino de los bienes, recuérdese que eso no significa analizar por qué se descartó las otras opciones posibles, sino analizar si son razonables los motivos que llevaron a elegir determinada opción. Se evaluará entonces si de las pautas extrajurídicas que sustentan la decisión (razones de oportunidad, de utilidad, políticas, etc.) se puede concluir que efectivamente debía decretarse la medida expropiatoria, es decir, si existe

[31] Basta con pensar en todos los procesos contra ley (amparo o inconstitucionalidades), donde el demandado defiende la validez de la Ley, explayándose sobre los motivos legítimos que la sustentan. Por ello es que una postura sin duda aplicable a las leyes es aquella donde se sostiene que la falta de motivos expresos no significa falta de motivación y, por ende, arbitrariedad, se diferencian los *motivos* y de la *motivación*. Desdentado Daroca sostiene: “*Puede perfectamente que haya un acto o decisión suficientemente respaldada en razones justificativas pero que carezca de motivación (...) el elemento relevante a la hora de enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión*”. DESDENTADO, ob. cit., p. 158. Por su parte Nieto señala que la motivación es un vicio formal y no material de la decisión, pues “ello no quiere decir necesariamente que carezca de motivos, ya que estos pueden existir y ser conocidos al constar *apud acta*, o sea, en el expediente administrativo o, incluso ser reconstruidos en el curso del proceso judicial”. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p. 372. Lo mencionado de ningún modo enerva la exigencia constitucional de que las Leyes que autorizan expropiaciones precisen la *ratio expropriandi*, es decir, que señalen el propósito que persiguen y, consecuentemente, el destino de los bienes orientados a ese fin. Los *motivos* que subyacen en la elección de ese propósito o en la forma de realizarlo, es lo que está exento de *motivación* expresa, pero que podría ser objeto de control constitucional.

[32] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 101.

una justificación axiológica o valorativa en la decisión (STC 255-2000-AA. fd 4). La razonabilidad impone una *“exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente”* (0045-2004-AI, fd. 23), lo que se traslada también en el caso de las Leyes. El mismo TC tiene aclara que es posible *“reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley”* STC (0001/0003-2003-AI, fd. 8).

Así por ejemplo, sería abiertamente irrazonable aplicar la noción de Seguridad Nacional para expropiar bienes que serán usados como parques, pero sería meridianamente irrazonable que en las actuales circunstancias se invoque razones de Seguridad Nacional para construir un nuevo Centro de Rehabilitación de Menores que reemplace al Centro conocido como “Maranguita”, asunto que en estricto tiene que ver con la Seguridad Ciudadana y no con la Seguridad Nacional. También sería abiertamente irrazonable expropiar un terreno invocando razones de Necesidad Pública consistente en la simple decisión de ampliar el patrimonio inmobiliario del Estado o expropiar para construir una casa de descanso de congresistas. En ambos casos, existirán pocos criterios de utilidad, oportunidad o de política que permita una justificación aceptable de la Ley expropiatoria.

(D) Proporcionalidad^[33]: lo que significa que debe existir *adecuación* entre la *ratio expropriandi* invocada y el uso que se dará al bien. En este punto debemos tener cierto cuidado, pues si bien una adecuada técnica legislativa exige que exista coherencia lógica dentro de la misma norma, eso, por sí solo, no da lugar a una inconstitucionalidad. En efecto, el TC enfatiza que *“las contradicciones internas de la ley, que entre otras razones se originen en la desvinculación del contenido material de una disposición con las demás que la integran, no autoriza, por sí sola, a que podamos declarar su inconstitucionalidad (...) Un control semejante está excluido en esta sede porque cualquiera sea la situación que resulte, de ello prima facie no se deriva una infracción al principio de jerarquía normativa y, en particular, al principio de supremacía de la Constitución”* (STC 0005-2011-AI, fd. 4 y 7).

Por tanto, en un eventual control de constitucionalidad de una Ley de expropiación lo que se verificar es que exista adecuación entre la finalidad constitucional perseguida – que sólo puede ser Seguridad Nacional y Necesidad Pública- y el destino que la Ley asigna a los bienes que se usarán para cumplir dicho mandato.

[33] Existe cierta confusión en el uso que hace el TC de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero para efectos de estas líneas entenderemos que la razonabilidad tiene que ver con la existencia de un fundamento “aceptable” en el ejercicio de la potestad discrecional o en la aplicación de CJI; mientras que usaremos la proporcionalidad para referirnos a la estructura de la medida adoptada.

Los otros sub-principios de la proporcionalidad exigen analizar si el despojo es una medida necesaria, es decir, que no sea posible una afectación menor para alcanzar la *ratio decidendi* perseguida; y, que los beneficios esperados sean mayores que los perjuicios ocasionados. Esto último debería darse por descontado si la medida expropiatoria efectivamente busca satisfacer intereses públicos.

XI. LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA: TERCERA GARANTÍA

Como es evidente, la expropiación genera daños sobre la esfera patrimonial del afectado, por lo que el artículo 70 de la Constitución exige que la expropiación se realice “*previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio*”. Que sea una indemnización implica que el expropiado recibirá un monto que reemplace económicamente la afectación padecida, lo que incluirá, además del valor del bien perdido, los perjuicios derivados de la expropiación forzosa y que sea justa o justipreciada significa que busca mantener el equilibrio perdido^[34].

La justificación para incluir a ambos conceptos en la indemnización justipreciada, según el TC, es que “*el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar*” (STC 5614–2007–AA, fd. 11).

Y es que el expropiado no sólo pierde un bien inmueble sino también otros bienes^[35] cuya pérdida merecerá ser compensada. En efecto, si se quiere mante-

[34] Villar Palasí hace un recuento revelador sobre los orígenes y evolución del llamado “*justum pretium*” o justiprecio. Así en un primer momento fue usado en el derecho común como respuesta a los casos de lesión contractual, para revertir el desequilibrio económico generado con el pago de precios infimos en acuerdos con menores de edad, luego es usado por los glosares quienes lo mantienen como técnica contra préstamos usurarios, aplicándose a quienes por circunstancias económicas o personales no pueden celebrar acuerdos equilibrados, es usado como técnica negativa contra abusos. Son los glosadores y canonistas medievales quienes empiezan a usar aquel término como algo objetivo, inherente a la naturaleza de las cosas. De ahí los canonistas empiezan a verla como un criterio indemnizatorio que permite abonar por el bien dañado lo mismo que se hubiera pagado si el bien estuviera en el mercado. Ya en el siglo XIX se inicia una quiebra de esas ideas, entendiendo que a través de él el Estado realiza una distribución de rentas (justicia distributiva) según la política social imperante, pasándose paulatinamente a ideas de precio legítimo o similar. VILLAR PALASÍ, José Luis. “La translación del ‘*justum pretium*’ a la esfera de la expropiación forzosa”, en *Revista de Administración Pública*, No. 43, Madrid, CEPC, 1964, pp. 161 y ss.

[35] Señala Marienhoff que: “*“El patrimonio del expropiado debe permanecer inalterado. Como consecuencia de que la indemnización debe ser integral, el resarcimiento debe involucrar y considerar diversos rubros: la depreciación monetaria; los intereses; la exención de impuestos; todos los valores que integren la consistencia jurídica de lo que se expropie”*”.

ner inalterable la situación patrimonial existente, la indemnización justipreciada suplirá el valor económico de todos los bienes *materiales e inmateriales*^[36] relacionados inescindiblemente con el *status quo* que existía antes de la expropiación. Por ejemplo, una persona se sustenta con una tienda de abarrotes que tiene en su casa, la misma que luego es expropiada. La indemnización justipreciada no sólo deberá alcanzar el valor comercial del bien, sino los daños que le genera la pérdida del negocio que solventaba su manutención.

Un poco más allá parece ir la CIDH, pues al referirse a las reparaciones derivadas de atentados contra derechos humanos, señala que: “*Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los **planos tanto material como inmaterial**. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*”^[37].

En suma, la indemnización justipreciada no debe quedarse en la mera reparación del valor del bien expropiado sino que debe incluir también a los daños adicionales (sobre bienes materiales o inmateriales) derivados de la expropiación. Veremos que aunque la indemnización justipreciada es una noción unitaria que materializa el derecho de propiedad, se pueden establecer distinciones o *sub-conceptos* que integran su contenido.

XII. ¿LA EXPROPIACIÓN ELIMINA LA PROPIEDAD?

El artículo 70 de la Constitución Política dispone que “*el derecho de propiedad es inviolable (...) A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada*

MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: AbeledoPerrot, p. 273.

[36] En este punto es necesario recordar la posición del TC quien señala que se debe dejar de lado la clásica noción civilista de propiedad, pues “*mientras en esta última el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda ‘enclaustrada’ en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica* (STC 0008-2003-AI, fd. 26).

[37] *CASO CANTORAL BENAVIDES Vs. Perú, sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 42; CASO CESTI HURTADO Vs. Perú, Sentencia del 31 de mayo de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 20; CASO “NIÑOS DE LA CALLE” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 39; CASO TRUJILLO OROZA Vs. Bolivia, sentencia de 27 de febrero de 2002 (reparaciones y costas), párrafo 63...*

por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

Parecería que el texto recoge normas que se contradicen entre sí. Primero resalta que la propiedad es un derecho inviolable garantizado por el Estado, luego prevé que el Estado puede quitar la propiedad por expropiación forzosa. Comparte esta idea el mismo TC cuando señala que *“no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70° de la Constitución (...) contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular”* (STC 3258-2010-AA, fd. 6). Es decir, de un lado, el TC reconoce el derecho constitucional de propiedad, pero seguidamente señala que es posible perder la titularidad de ese derecho constitucional mediante la expropiación forzosa (¿?).

El principio de unidad de la Constitución exige realizar una interpretación racional del texto, de tal modo que no arribemos a conclusiones tan absurdas y contradictorias como reconocer y desconocer el mismo derecho constitucional. Sabiendo además que, en tanto derecho constitucional, no es posible perder su titularidad.

La manera de darle un sentido razonable el dispositivo en cuestión es interpretando que la expropiación forzosa no supone una intromisión en el contenido constitucional de la propiedad. Es decir, que el contenido esencial que se configura para este tipo de casos no sufre alteración alguna con la expropiación, de modo que el afectado no pierde la titularidad sobre su derecho constitucional. Para ello se debe aceptar que en esos casos “la titularidad sobre el bien” o “los bienes afectados” no son parte del contenido esencial de la propiedad, pues son estos aspectos los que precisamente se eliminan de la esfera jurídica de quien padece una expropiación forzosa.

¿Entonces cuál es el contenido esencial de la propiedad en los casos de expropiación forzosa? La manera más sencilla de responder es identificando qué queda luego de la expropiación. De inmediato nos daremos cuenta que aunque el expropiado pierde la titularidad sobre el bien, no se queda con las manos vacías, pues recibe una *indemnización justipreciada*. Ésta logra mantener equilibrada la situación patrimonial que tenía el sujeto antes y después de sufrir el acto expropiatorio, por lo que estamos ante una garantía de “indemnidad patrimonial” dado que la situación patrimonial del expropiado no se verá alterada como consecuencia de la expropiación.

Este criterio es recogido por el TC quien señala que: *“La inviolabilidad de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la*

conservación de la integridad del patrimonio de la persona” (STC 00228-2009-PA, fd. 35 y STC 7364-2006-AA, fd. 6, énfasis agregado). De modo más específico, el TC concluye que **“la esencia de la expropiación forzosa es dejar indemne al expropiado”** (5312-2009-AA, fd. 21). Castillo Córdova añade que: *“es posible concluir que el contenido esencial del derecho a la propiedad si bien no proscribe la expropiación, sí exige que cuando ésta se decida, se prevea el pago de un monto tal que evite el quiebre de la garantía de indemnidad patrimonial exigida constitucionalmente”*^[38].

Vemos así que la expropiación forzosa no elimina la titularidad sobre el derecho constitucional de propiedad pues ésta se mantiene, sólo que ahora recae en bienes de distinta naturaleza: la indemnización justipreciada. Vemos también que en los casos de expropiación forzosa el contenido esencial de la propiedad no garantiza la titularidad sobre determinado bien, sino una situación de indemnidad patrimonial.

La aparente contradicción en el texto del artículo 70 de la Constitución se derivaba en realidad de una confusión entre titularidad sobre el bien = titularidad sobre el derecho constitucional. Esta última nunca se pierda, pues el afectado sigue siendo titular del derecho constitucional que ahora protege bienes distintos pero de igual valor económico. Y es que los bienes materiales e inmateriales perdidos por la expropiación se transforman en un único derecho: a la indemnización justipreciada.

El artículo 21, incisos 1 y 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos muestra una redacción más técnica y que precisamente buscaba evitar las confusiones antes advertidas. Citamos: *“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 (...)”*. Explica la misma CIDH que *“durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase ‘toda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público’ por la de ‘toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social’. Es decir, se optó por hacer referencia al ‘uso y goce de los bienes’ en lugar de ‘propiedad privada’ (...)”*^[39].

[38] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien”. En: *Gaceta Constitucional* No. 47, 2011, p. 171.

[39] *Caso COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 45.

En suma, lo único que afecta la expropiación son los bienes sobre los que recae la propiedad y no la titularidad misma de este derecho.

Lo mencionado hasta ahora no nos debe llevar a simplificar el lenguaje señalando por ejemplo que: *“La expropiación no implica lesión patrimonial injusta; sólo determina una transformación del derecho del expropiado, es decir, que un derecho “real” cuando se trata de cosas, se transforma en un derecho personal de crédito (derecho a ser indemnizado)”*^[40]. Tal razonamiento no sería aplicable en el caso peruano, pues nuestro texto constitucional exige además del valor del bien, la entrega de una reparación por los perjuicios adicionales derivados de la expropiación (la CIDH exige reparar todo daño material e inmaterial).

En conclusión, el contenido esencial de la propiedad se encuentra garantizado con una indemnización justipreciada que permite al expropiado no sufrir una merma (ni un aumento) en la situación patrimonial que tenía antes y después de la expropiación.

Si bien un primer acercamiento al derecho de propiedad indica que ésta autoriza a su titular a excluir a terceros en el disfrute de un bien, en los casos de expropiación tal facultad no forma parte del contenido esencial de la propiedad, pues es eliminada. Allí el estatuto de la propiedad establece que su contenido esencial se materializa en la garantía de indemnidad patrimonial, es decir, en la garantía de que el expropiado no verá alterada la situación económica que tenía antes, lo que se logra gracias a la indemnización justipreciada.

XIII. LOS CONCEPTOS QUE INTEGRAN LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

El artículo 15 de la LGE dispone que:

“Artículo 15.- De la indemnización justipreciada.-

15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia (...).”

De acuerdo al legislador, el Estado ofrece una indemnización justipreciada que si bien comprendería sólo el valor del inmueble, el monto indemnizatorio podría elevarse y cubrir los daños adicionales de la expropiación, siempre que

[40] BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 999-1000.

el afectado los acredite. Así se cumple con la exigencia constitucional de que la indemnización justipreciada mantenga al expropiado en una situación de indemnidad patrimonial, pues se le paga el valor del inmueble y de los otros bienes (materiales o inmateriales) que hubieran sido afectados como consecuencia de la expropiación.

Supongamos que se fija una indemnización justipreciada con la que todos están de acuerdo, sin embargo, el Estado demora tres años en hacer efectivo dicho pago. En tal caso, el paso del tiempo altera el valor económico de los bienes afectados con la expropiación y, por ende, se debe alterar también el monto de la indemnización justipreciada. Por tanto, para que ese justiprecio no pierda su finalidad constitucional, el artículo 18 de la LGE dispone que:

“Artículo 18.- De la actualización de la indemnización.-

La indemnización justipreciada se actualiza para su consignación mediante la aplicación del Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Por los meses o fracciones de mes cuyos índices no se hubieren publicado a la fecha de la consignación, se utilizará proporcionalmente el índice del último mes publicado”.

En virtud de esta norma es que se consigna al expropiado tanto la “cuantía original” de la indemnización justipreciada como la “actualización” de ese monto. Ambos conceptos pasan a formar parte de la indemnización justipreciada, pues sólo ésta es la que lograría el cometido de mantener en indemnidad patrimonial al expropiado. En suma, la actualización de ningún modo es un beneficio adicional a la indemnización justipreciada, sino que es parte de ésta.

Sobre la actualización de la indemnización justipreciada, Danós Ordoñez señala que *“intenta mantener el **carácter tutelar** del justiprecio a lo largo del tiempo mientras dure el ejercicio de la potestad expropiatoria, pues, atendiendo a la realidad, los plazos en que el sujeto activo paga efectivamente por los bienes expropiados son realmente largos, debiendo generarse **mecanismos correctores** que restituyan la idea de que la **cuantía** del concepto analizado deba ser justa adecuada y suficiente, sin mermas reales que no sean imputables al administrado expropiado”*^[41].

Antes de dictarse la LGE ocurrió lo siguiente: una fábrica de harina de pescado fue expropiada lo que dio lugar a que el afectado cuestionara el monto de indemnización justipreciada, logrando que en 1987 el Poder Judicial dictara una sentencia ordenando el pago de una indemnización justipreciada ascendente a I/. 6'000,000 (seis millones de intis). Hasta el año 2010, el pago de esa suma no

[41] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Informe Legal del 25 de septiembre de 2012. Inédito, p. 4.

había sido efectivo. Cabe preguntarse ¿actualmente esa suma cumple o no con el propósito de mantener en la misma situación patrimonial que tenía la empresa antes de ser expropiada? La respuesta negativa es evidente.

Debido a ello es que el Poder Judicial realizaba sucesivas actualizaciones que eran anuladas unas tras otra, año tras año, lo que difería cada vez más el pago de la indemnización justipreciada. Esta situación motivó un proceso de amparo que fue resuelto por el TC quien –citando a García de Enterría– estableció que la indemnización justipreciada no exige sólo el valor real de los bienes afectados por la expropiación, sino que “es necesario algo más; es necesario que el justo precio siga representando el valor real cuando sea percibido por el expropiado”, es decir, que al momento de entregar la indemnización justipreciada al expropiado, el monto siga representando el valor real de los bienes afectados, situación que exige que el monto original de dicha indemnización sea actualizado.

Si no se actualiza la indemnización justipreciada al momento de entregarse, sostiene el TC, se desconocería la esencia de la expropiación forzosa que es “dejar indemne al expropiado” (STC 5312-2009-AA, fd. 21). Allí queda claro que la indemnización justipreciada no es el monto original (esto es, los seis millones de intis), sino ese valor actualizado. Por ello, consideramos que no existen mayores problemas en admitir que la “actualización de la cuantía” es también parte integrante de la indemnización justipreciada y, por ende, del contenido esencial de la propiedad, por lo que merece el mismo tipo de protección constitucional.

No obstante, como bien resalta García de Enterría, es ingenuo pensar que imponer el pago de intereses, la actualización de la deuda o reducir el plazo de los procedimientos y procesos expropiatorios permitirá superar las insufribles demoras y pérdidas que genera la expropiación, sino que es necesario analizar supuestos y medidas adicionales, cuestión cuya dilucidación nos desvaría –una vez más– del propósito perseguido en estas líneas^[42]. Por lo pronto, basta con reseñar las ordinarias opciones legales y jurisprudenciales de tutela que tenemos para evitar el desfase entre monto y valor actualizado de la reparación.

[42] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Expropiación forzosa y devaluación monetaria”, en *Revista de Administración Pública*, No. 80, CEC, Madrid, 1980, p. 15. Ídem. “La actualización de las indemnizaciones reparatorias en materia de responsabilidad civil de la Administración y de expropiación forzosa: últimos desarrollos jurisprudenciales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 21, Civitas, Madrid, 1979, p. 255.

XIV. ¿HAY GANANCIAS EN LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA A LAS CUALES APLICAR EL IMPUESTO A LA RENTA? RESPUESTAS ENCONTRADAS

El artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta grava con ese tributo a la indemnización justipreciada. Ello permite asumir que para el legislador en los casos de indemnización justipreciada existen ganancias o utilidades, lo que justifica imponer un tributo sobre esa manifestación de riqueza. En efecto, de acuerdo con el principio de capacidad contributiva cada tributo sólo se justifica cuando existan manifestaciones de riqueza, no pudiendo gravar allí donde aquella no existe o donde la manifestación de riqueza es distinta a la que es objeto del tributo. Así tenemos que los índices reveladores de riqueza suelen ser de tres tipos: (i) la renta, (ii) el consumo o (iii) el patrimonio. De este modo, por ejemplo, el impuesto a la renta, sólo podrá gravar rentas, como su nombre lo indica^[43].

La duda que surge es la siguiente ¿la indemnización justipreciada genera las manifestaciones de riquezas que busca gravar el impuesto a la renta? Creemos que no, dado que la indemnización justipreciada está inafecta a todo tributo. Recordemos que el TC distingue entre exoneración e inafectación tributaria. La primera es un régimen de beneficios tributarios otorgados a determinadas personas o actividades que originalmente deberían tributar, pero que son liberadas

[43] Estos son ejemplos sobre cómo en ocasiones el impuesto a la renta grava manifestaciones de riqueza que no calificaban como ganancias, lo que afecta el principio de capacidad contributiva. Veamos:

- En 1992 se creó el Impuesto Mínimo a la Renta (IMR) que establecía un tributo del 2% sobre el valor de los activos netos de las empresas no afectas al pago del Impuesto a la Renta. El TC advirtió que no existía relación entre la manifestación de riqueza que el tributo pretendía gravar (renta) y la medida que adoptada para dicho fin (tributo calculado según el patrimonio y no la renta), considerando inconstitucional su aplicación. Expresamente el TC estableció que se vulneraba el principio de capacidad contributiva de los particulares, conforme al cual, los tributos deben guardar relación con el bien que pretenden gravar (STC 646-96-AA y STC 680-96-AA).
- El legislador no aprendió aquella lección, pues en el año 2002 creó el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta (AAIR) que buscaba afectar, al igual que en el caso anteriores, a **las rentas** de tercera categoría. Esa obligación tributaria estableció un sistema de pagos anticipados del Impuesto a la Renta, ya sea al inicio del año (al contado) o durante el transcurso de éste (en cuotas mensuales). Sin embargo, era curioso que no se hiciera el cálculo del anticipo según las ganancias proyectadas, sino según el valor patrimonio de los contribuyentes. Esta falta de adecuación entre tributo y manifestación de riqueza fue advertida por el TC que declaró la inconstitucionalidad del AAIR por lesionar nuevamente el principio de capacidad contributiva “*es la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) lo que hizo inconstitucionales a los citados tributos*” (STC 3797-2006-AA, fd. 5.2).

por el legislador de modo temporal (STC 0016-2007-AI, fd. 18). En cambio, en la inafectación no nace la obligación de tributar porque la situación es ajena o no está comprendida en el campo de aplicación del tributo o porque jamás ocurre el hecho imponible (STC 8391-2006-AA, fd. 27).

Consideramos que la indemnización justipreciada está inafecta al pago de todo tributo, entre ellos, el Impuesto a la renta, porque no genera ganancias en el expropiado, “no enriquece ni empobrece” (CIDH) y porque su finalidad es “dejar indemne al expropiado” (TC). De ello se deduce claramente que todo tipo de gravamen tributario sobre dicho concepto implicaría su merma, quebraría el equilibrio patrimonial que el constituyente busca mantener indemne, lo que excedería los límites de la potestad tributaria. En todo caso, en línea con García de Enterría, no debe olvidarse que *“esta garantía ínsita en la sustancia misma de la expropiación se extiende en un sentido general, asegurando (...) la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción directa del Estado”*^[44]. En la misma línea, concluye Castillo Córdova que *“esto significará que el cobro de gravámenes o tributos, cualesquiera fuera su naturaleza y su alícuota, necesariamente genera la desprotección patrimonial del afectado con el acto expropiatorio y, con ella, la vulneración de la norma constitucional que constitucionaliza el derecho fundamental a la propiedad”*^[45].

No obstante, no comparten estos criterios el Legislador y la SUNAT quienes por años vienen imponiendo y cobrando, respectivamente, el impuesto a la renta sobre la indemnización justipreciada. Tal situación incluso ha motivado comentarios de académicos en distintos medios periodísticos. Citamos:

Adrián Simons usa un ejemplo para señalar que *“una vez que nuestro agricultor ha recibido el dinero por el fundo expropiado, recibe la ‘cordial’ visita de la SUNAT, la cual le dice que debe pagar el impuesto a la renta correspondiente al 30% de la suma recibida, porque así lo manda la Ley de Impuesto a la Renta. Tras cuernos palos: el Estado le paga un precio fijado de manera unilateral, casi siempre menor que el valor real del inmueble, y para colmo le quita el 30% de lo que recibió como ‘pago’”*^[46]. Luis Castillo Córdova usa este ejemplo: *“Un particular es propietario de un bien inmueble. Tal bien tiene un valor monetario de 100. El Estado decide expropiarlo y entrega 100 monedas a su propietario. Adicionalmente, el Estado decide que vía tributaria el particular ha de entregarle 30 monedas. Luego del pago del impuesto se tiene al particular sin su propiedad pero con 70 monedas, y al Estado con un inmueble con valor monetario de 100, más 30 monedas. El particular que tenía 100 se queda con*

[44] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, p. 97.

[45] CASTILLO CÓRDOVA, ob. cit., p. 177.

[46] SIMONS PINO, Adrián. “Te expropio y además te confisco, con arreglo a ley”. En: *Gestión*, 7 de marzo de 2012, p. 8.

70; y el Estado que tenía 100 ahora tiene 130. En esta hipótesis, el Estado se ha enriquecido; la decisiva cuestión es: ¿lo ha hecho injustamente? El sentido común diría que el Estado se ha enriquecido sólo con base en la merma patrimonial del particular, y por eso es injusto”^[47]. Shoschana Zusman se pregunta “¿No es acaso que el Derecho, consciente del sacrificio del expropiado en aras del bien común, aspira a dejarlo en las mismas condiciones que tuvo antes de la expropiación? Pues, si eso es así, el texto actual de la Ley de Impuesto a la Renta [que grava con ese tributo a la indemnización justipreciada] es inconstitucional. Lo que impone su revisión y la restauración del justiprecio, como sinónimo de perfecta equivalencia” como “una ‘operación en blanco’, que no debe producir beneficios ni pérdidas al particular”^[48]. Fernando De Trazegnies cuestiona “¿puede usted imaginarse que el mismo Estado que expropia, vestido esta vez con otra careta, se presenta frente al expropiado y le cobra impuesto por la supuesta ‘ganancia’ que le dice ha hecho al recibir del Estado el pago de la propiedad que el mismo Estado le ha quitado? En otras palabras, el Estado le paga al expropiado con la mano derecha y le quita con la mano izquierda una buena parte de lo pagado, que puede llegar al 30% (...) la persona expropiada tiene que ser reparada: hay que darle en dinero lo mismo que tenía en propiedad. Y si es lo mismo ¿de dónde sale la supuesta ganancia [pasible de ser gravada con el impuesto a la renta]?”^[49].

En la jurisprudencia comparada, los casos más paradigmáticos sobre la materia en cuestión los tenemos en Argentina y España. En el primer caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el siguiente criterio:

*“La naturaleza jurídica del instituto expropiatorio quedaría desnaturalizada si se admitiese que el expropiado obtiene con la indemnización una ganancia; como no la obtiene en otro supuesto el damnificado a quien se le resarce el daño contractual o extracontractual. **El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien objeto de la expropiación y de los daños y perjuicios emergentes de la expropiación. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación**”* (Fallos, Tomo 238, Página 335, del 5 de agosto de 1957).

Este fue uno de los primeros fallos a los que le siguió después una clara línea jurisprudencial y que luego de sus inicios pretorianos fue reconocido

[47] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comunidad y decisiones justas”. En: *Expreso*, 16 de marzo de 2012, p. 15.

[48] ZUSMAN, Shoschana. “El Estado disociado”. En: *El Comercio*, 2 de abril de 2012, p. A-22.

[49] DE TRAZEGNIES, Fernando. “La razón de la sinrazón”. En: *El Comercio*, 2 de julio de 2012.

expresamente en la Ley 21499, del 21 de enero de 1977, Ley de Expropiaciones, cuyo artículo 20, último párrafo, prevé que *“los rubros que compongan la indemnización no estarán sujetos al pago de impuesto o gravamen alguno”*.

En España no existe aún pronunciamiento del TC sobre el particular, pero lo que sí hay son fallos de Tribunales Supremos de los estados autonómicos, unos a favor y otros en contra de la afectación tributaria de la indemnización justipreciada. Sin embargo, parece que este tema ya fue zanjado por el Tribunal Supremo español que desde aproximadamente una década viene orientando su jurisprudencia a favor de tal gravamen, para ello recurre al argumento de la *“alteración patrimonial”*. Citamos una de las más recientes decisiones el Tribunal Supremo español en ese sentido:

“Si un bien inmueble del expropiado aumenta su valor desde que lo adquirió hasta la fecha en que perdió su pleno dominio sobre él por transmisión, por ministerio de la Ley, como consecuencia de su expropiación forzosa, ese incremento de patrimonio es una alteración o incremento patrimonial (...)

*“Lo que se somete a tributación, en cuanto incremento patrimonial, con ocasión de la percepción del justiprecio no es el importe de este último sino el aumento del montante patrimonial manifestado por el cobro del mismo. En efecto, el justiprecio, por definición, debe corresponder al valor del bien o derecho expropiado, para que el afectado quede indemne, de modo que en un balance teórico de su haber el valor del bien o del derecho forzosamente transmitido quede sustituido por su equivalente en dinero de curso legal. Sin embargo, este montante económico, reflejo de una alteración del patrimonio, puede evidenciar un incremento de su valor debido a las diferencias positivas habidas entre el momento de la adquisición y aquel en el que se produce la enajenación (...). En otras palabras, en la expropiación forzosa el precio que se paga no es el que tenía el bien al tiempo de su adquisición sino el que posee cuando se expropia, esto es, en la fecha de su valoración para que el expropiado reciba su equivalente económico. Resulta, por tanto, perfectamente posible que en el seno de una operación de esa clase se produzca un **incremento de patrimonio porque el justiprecio que percibe el expropiado («alteración de la composición del patrimonio») sea superior al valor de adquisición («variación en el valor») (...)**” (STS 1273/2012, del 9 de febrero de 2012, énfasis agregado)*

Un ejemplo simplificará el criterio transcrito. Alguien compra una casa pagando un precio de 50, pero luego el Estado lo expropia, pagándole una indemnización justipreciada de 100, suma que representa el actual valor actualizado del inmueble. En tal caso, no se grava el monto total de la indemnización justipreciada (no se afectan los 100), sino sólo la parte que se considera como un incremento patrimonial (el bien sólo aumento de valor en 50).

Es pertinente señalar que el argumento del Tribunal Supremo español se parece en mucho al argumento que esgrimió la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en una controversia judicial donde precisamente se discute la aplicación de la Ley de Impuesto a la Renta sobre la indemnización justipreciada. En primera instancia el Juez Constitucional declaró fundada la demanda al considerar que si se “*grava con el impuesto a la renta a la indemnización justipreciada, los demandantes en la práctica recibirían por parte del Estado expropiante una cantidad inferior a la establecida (...) como indemnización justipreciada por la expropiación del Predio Agrícola Fundo San Agustín, disminuyéndose significativamente su patrimonio*” (Exp. 21290-2011)^[50]. Pero luego la Cuarta Sala Civil revocó la sentencia declarando improcedente la demanda, entre sus argumentos al considerar que en la indemnización justipreciada sí cabe la existencia de ganancias.

Recuerda la Cuarta Sala Civil de Lima que, de acuerdo al artículo 15, numeral 15.1, de la LGE la indemnización justipreciada se conforma de: (i) el valor actualizado del inmueble y (ii) los daños adicionales derivados de la expropiación. A partir de esta distinción, sostiene que del primer sub-concepto pueden derivarse ganancias, pues “*(...) si un bien inmueble del expropiado aumenta su valor desde que lo adquirió hasta la fecha en que perdió su pleno dominio sobre él (...) como consecuencia de su expropiación forzosa, ese incremento de patrimonios es una alteración patrimonial –de la que pudiera derivarse una ganancia o pérdida patrimonial– que permite la sujeción del aumento de valor al impuesto a la renta*”^[51]. Desde esa perspectiva, concluye la Sala Civil que la citada ley sólo gravará aquella “parte” de la indemnización justipreciada que puede generar ganancias (aumento en el valor del inmueble), por lo que su vigencia “*no constituye una amenaza de violación a la garantía de la indemnidad de la propiedad de la demandante toda vez que no se trata de un impuesto al patrimonio, sino uno aplicado a la renta o ganancias, por consiguiente la propiedad no se podría ver amenazada, menos afectada*”^[52].

[50] Sentencia contenida en la Resolución No. 8, del 23 de marzo de 2012 (Considerando Octavo). Cfr. <http://cej.pj.gob.pe/cej/>, Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, acceso el 28 de noviembre de 2012.

[51] Sentencia de Vista contenida en la Resolución No. 16, del 14 de agosto de 2012 (Considerando Décimo Cuarto). Cfr. <http://cej.pj.gob.pe/cej/>, Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, acceso el 28 de noviembre de 2012.

[52] *Ibidem*, Considerando Cuadragésimo Quinto.

XV. DEFENSA DE LA INAFECTACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN
JUSTIPRECIADA

Actualmente la dilucidación de aquella controversia está en manos del TC, lo que no nos exime de ensayar un análisis que responda a la pregunta más evidente que ha quedado en el tintero ¿el criterio español del “incremento patrimonial” es aplicable a nuestra regulación sobre indemnización justipreciada? Creemos que no.

Es preciso recordar el sentido constitucional de la indemnización justipreciada (lo que incluye a los sub-conceptos que la integran): dejar en indemnidad patrimonial al expropiado, de modo que todo lo que éste recibe no lo enriquece ni empobrece, sino que lo mantiene en la misma situación que tenía antes.

Como lo exige el TC, debemos interpretar la indemnización justipreciada “desde” la Constitución y no desde la ley^[53], lo que nos permitirá apreciar que la distinción incorporada por la LGE entre el valor actualizado del inmueble y el valor de los daños adicionales, sólo sirve para asegurar una indemnización plena e integral. De modo que, entregar el valor actualizado de un inmueble, sólo es una manera adecuada de reparar su pérdida, tal como lo ha proclamado la misma CIDH^[54].

De otro lado, no se debe olvidar que tanto el bien que ingresa al patrimonio de una persona, como su eventual aumento de valor, pasan a formar parte del derecho de propiedad del sujeto. De manera que sobre ambos se extiende la protección constitucional de la indemnidad patrimonial. En efecto, el TC establece que el derecho de propiedad “*se extiende a la pluralidad **in totum** de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y*

[53] Desde sus inicios el TC sostiene que: “*En aplicación del principio constitucional de interpretación de las leyes desde la Constitución (...) establece la interpretación de las normas del ordenamiento legal según los principios y preceptos constitucionales*” (Expediente 773-1999-AA, fd. 2). Debe añadirse que “*un texto normativo de carácter superior como la Constitución habilita perfectamente al funcionario, considerando además el respeto del principio de coherencia normativa del sistema jurídico, para que efectúe una aplicación desde la Constitución de las disposiciones normativas*” Expediente 0022-2007-AA, fd. 7.

[54] “98. La Corte estima que, en casos de expropiación, **para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia**”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008 (excepción preliminar y fondo).

que, por ende, son susceptibles de apreciación económica” (SSTC 0008-2003-AI, fd. 26; 0228-2009-AA, fd. 35 y 7364-2006-AA, fd. 6). Por tanto, el eventual aumento de valor de un bien pasa a formar parte de un único derecho de propiedad, debiendo mantenerse también indemne la pérdida de ese valor como consecuencia de la expropiación del inmueble.

Por ende, si invocando la postura española se aplica el impuesto a la renta sobre aquella parte de la indemnización justipreciada que representa el “incremento patrimonial”, se quebraría también la garantía de indemnidad patrimonial, pues el afectado no mantendría la misma situación que tenía antes de la expropiación, se reduciría el monto de la indemnización justipreciada, por lo que ya no tendría una reparación plena y completa. Por ende, si aplicáramos la teoría del “incremento patrimonial”, deberíamos concluir también que sólo una parte de los bienes expropiados tendrían protección constitucional, que la indemnidad patrimonial sólo alcanzaría al valor original de los bienes y no al aumento de valor de estos.

Tal posición contravendría el principio de fuerza normativa de la Constitución pues justificaría que sólo una parte del derecho constitucional de propiedad goce de la garantía de indemnidad patrimonial, mientras que la otra parte del mismo derecho no tiene la misma protección. Esa interpretación de las normas constitucionales está proscrito por el mismo TC quien señala que el principio de fuerza normativa de la Constitución exige que la interpretación de la norma constitucional (en este caso del derecho de propiedad) debe resaltar y respetar la naturaleza la condición de norma jurídica de la Constitución, de modo que sea vinculante *in toto* y no sólo parcialmente (STC 5854-2005-AA, fd. 12, e).

En resumen, consideramos que es inconstitucional aplicar los criterios del Tribunal Supremo español a nuestro régimen constitucional de indemnización justipreciada, pues exige asumir que los “aumentos de valor” del bien expropiado no están protegidos por la garantía de indemnidad patrimonial, cuando lo que el TC proclama es que basta con que algo sea “*susceptible de apreciación económica*” para que forme parte del derecho de propiedad y, por ende, para que goce de la garantía de indemnidad que se impone en los casos de expropiación.

Incluso en ese caso el expropiado no recibe ganancia alguna, sino sólo una reparación por la pérdida de aquello que ya formaba parte de su propiedad. Por consiguiente, si el expropiado no se enriquece ni empobrece con esa parte de la indemnización justipreciada recibida, no es posible aplicar sobre ella el impuesto a la renta, ya que tampoco existe ganancia alguna. Esperemos a leer la decisión que tomará el TC sobre el particular.

XVI. LOS PROCESOS DE LA EXPROPIACIÓN: CUARTA GARANTÍA

Luego de publicada la Ley de expropiación (dentro de los sesenta días posteriores), es ejecutada mediante el dictado de otra norma de menor jerarquía (por ejemplo, una Resolución Suprema si el beneficiario de la expropiación es uno de los organismos que integra del Poder Ejecutivo) donde se especificará: (a) el *sujeto activo* o la entidad que llevará adelante el procedimiento, es posible que esa misma entidad sea quien se beneficia con la expropiación (el beneficiario nunca puede ser un sujeto de derecho privado); (b) el *sujeto pasivo* o titular del bien a expropiarse; (c) *el bien* a expropiarse, su situación registral y catastral; y, (d) el valor de *tasación comercial* actualizado (fijada por el Consejo Nacional de Tasaciones – CONATA).

(A) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: Con aquella resolución se da inicio al procedimiento administrativo de expropiación. Según el artículo 9 de la LGE, el sujeto activo ofrecerá una indemnización justipreciada, conformada por el valor comercial actualizado, más el 5% de esa suma. Si el propietario acepta, concluirá el procedimiento con la transferencia voluntaria del bien y el desembolso respectivo. Si no acepta la oferta, el expropiado deberá justificar documentalmente la compensación adicional que espera, si no lo hace, el sujeto activo consignará sólo el valor comercial actualizado, sin el 5% adicional.

Nótese que en el procedimiento administrativo no hay opción para cuestionar el monto de la indemnización justipreciada, ni otros aspectos de la expropiación, cuestión que no lo convierte en inconstitucional, tal como veremos más adelante.

(B.1) PROCESOS JUDICIALES: Demanda del sujeto activo.- En los supuestos que no se acepta la oferta indemnizatoria, el sujeto activo demandará judicialmente la expropiación, consignando la indemnización justipreciada ofrecida. De acuerdo al artículo 522 del Código Procesal Civil, el sujeto pasivo sólo podrá contestar la demanda sustentándose en: **(i)** la *caducidad de la expropiación*, porque la demanda se interpuso después de seis meses de publicada la disposición legal que ejecuta la expropiación; **(ii)** la *nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad* constitucional del dispositivo legal que autoriza o dispone la expropiación, en este rubro están los cuestionamientos de los requisitos formales y materiales de la Ley que autoriza la expropiación o los vicios en la resolución que ejecuta la expropiación; **(iii)** la *disconformidad con la tasación comercial actualizada*.

Si el Juez ampara las defensas (i) y (ii), deberá dejar sin efecto la expropiación. Si ampara la defensa (iii), ordenará que la Administración realice un recalcule de la indemnización justipreciada ofrecida. Pero si se desestiman

las defensas del sujeto pasivo, el Juez dispondrá la expropiación y ordenará la transferencia de los bienes a favor del Estado.

(B.2) PROCESOS JUDICIALES: Demanda del sujeto pasivo.- El artículo 523 del Código Procesal Civil prevé que en el proceso antes citado el expropiado parcialmente pueda reconvenir, formulando para ello una pretensión de expropiación total de sus bienes, lo que será posible siempre que la expropiación haya significado una desvalorización del predio o que la porción sin expropiar no pueda ser usada, explotada o sea inútil para los fines que cumplía antes.

El Código Procesal Civil no recoge una norma expresa que prevea la posibilidad de que las antes referidas defensas (i), (ii) y (iii) puedan ser formuladas como pretensiones independientes. Sin embargo, el artículo 519 de ese cuerpo legal dispone que *“todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan [bajo las mismas reglas del proceso judicial antes citado]”*. Por tanto, es posible que el expropiado inicie un proceso judicial formulando las pretensiones de caducidad, nulidad o inconstitucionalidad de la expropiación o que impugne la indemnización justipreciada^{[55][55]}.

El Código Procesal Civil y la LGE permiten que el expropiado tenga la opción de acudir a la vía judicial o activar un arbitraje cuando su pretensión esté dirigida a cuestionar el monto de la indemnización justipreciada y/o a solicitar que sea el juez o el árbitro quien fije el justiprecio definitivo. Se debe tener en cuenta, no obstante, que en cualquiera de esos casos, el sujeto pasivo estará aceptando tácitamente la expropiación, pues sus pretensiones sólo cuestionan la extensión de la medida expropiatoria, su *quantum*, y no la existencia misma de la expropiación.

Finalmente, el artículo 532 del Código Procesal Civil prevé la posibilidad de que el sujeto pasivo solicite la reversión de su predio, devolviendo para ello la indemnización justipreciada recibida. Ello siempre que en el plazo de doce meses, desde la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma.

(C) TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EXPROPIACIÓN: Como hemos resaltado, solo existe regulación expresa para que el expropiado pueda formular como pretensiones la expropiación total de bienes o la impugnación del monto de la indemnización justipreciada, mientras que para los otros tipos de pretensiones no existen normas expresas habilitantes, pero sí una norma genérica que les abre la posibilidad de tutela jurisdiccional (artículo 519 del Código Procesal Civil).

[55] Como se trata de una pretensión y no de una simple defensa de la contestación de demanda, el expropiado, además de cuestionar el monto de e indemnización justipreciada, podrá solicitar que sea el órgano jurisdiccional quien fije el monto definitivo de dicho concepto.

No obstante, alguien podría objetar nuestra postura señalando que es demasiado extensiva y que contraviene las intenciones del constituyente, dado que el artículo 70 de la Constitución parece proscribir la revisión de la medida de expropiación al disponer que “(...) *Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio*”. Parecería así que la norma constitucional sólo prevé la posibilidad de formular una pretensión (no una acción) que cuestione el monto de la indemnización justipreciada, de modo que, *contrario sensu*, podría entenderse que no cabe pretensión para cuestionar la misma medida expropiatoria.

Tal argumento sería errado pues parte de una indebida aplicación del principio lógico de interpretación *a contrario*. Conforme a éste, cuando una norma jurídica regula una situación de un único modo, excluye de modo tácito las otras opciones posibles. “Sólo los mayores de 18 años podrán votar, *contrario sensu*, los menores de 18 años no podrán votar”. El requisito esencial para que ese criterio lógico sea aplicable es que la norma prevea únicamente un supuesto, excluyendo a los demás. Si no es así, entonces la norma admite como válidos a los otros supuestos posibles. El artículo 70 de la Constitución prevé que se puede cuestionar el monto de la indemnización justipreciada ofrecida, pero no usa los términos “sólo” o “únicamente”, por ende, no excluye la posibilidad de cuestionar el acto mismo de expropiación. Más aún, no puede “sobrentenderse^[56]” que la Constitución quiso autorizar “sólo” la posibilidad de cuestionar el monto de la indemnización justipreciada, en todo caso, lo que se sobreentiende es que si la Constitución no impone un límite expreso, rige el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3)^[57]. La manera de darle coherencia al artículo 70 de la Constitución sería interpretando que tal norma no limita el

[56] Kalinowski señala que no sólo cuando el legislador use los términos exclusivamente, “únicamente” o “solamente”, se aplica el argumento *a contrario*, sino que también se aplica cuando el uso de esos términos queda sobreentendido. Como se trata de un argumento lógico, añade, la única labor del intérprete se dará “*cuando se plantee la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador ‘solamente’ que hace posible la aplicación de la regla [a contrario]*”. KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Traducción de Juan Casaubón. Buenos Aires: EUDEBA, 1973, p. 178.

[57] No se puede invocar a favor del argumento que cuestionamos, que la voluntad del constituyente era efectivamente limitar la posibilidad de impugnar judicialmente la expropiación, según se deriva de los debates parlamentarios. Ello porque desde hace mucho el TC dejó en claro que el texto de la norma adquiere independencia respecto de su autor. Recuérdese los casos del Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones y, en su oportunidad, del Poder Judicial, supuestos en donde a pesar que el constituyente había establecido el carácter “inimpugnable” (artículo 153, inciso 3), “definitivo” e “irreversible” (artículo 181) o de “cosa juzgada” (artículo 139, inciso 2) de las decisiones de esas entidades (es, decir, a pesar de la clara voluntad que esas decisiones sean irrevisables judicialmente), el TC abrió las puertas al control judicial con el argumento de que la interpretación de las normas constitucionales permite concluir que “*no hay zonas exentas de control*”.

derecho de acceso a la justicia, sino que sólo resalta que existe la posibilidad de activar tal derecho para cuestionar el monto de la indemnización justipreciada.

Por tales razones es que consideramos que es posible que el sujeto pasivo acuda a la vía judicial para formular una pretensión que cuestione la existencia misma de la expropiación, ya sea porque se configura un supuesto de caducidad, nulidad o incompatibilidad constitucional^[58]. Prueba de ello es que el artículo 23.1 de la LGE prevé la posibilidad de que el sujeto pasivo demande la nulidad de la expropiación^[59].

(C) PROCESOS JUDICIALES Y GARANTÍAS EXPROPIATORIAS:

En resumen, en el Perú el proceso expropiatorio tiene dos fases, una legal-administrativa consistente en la declaración de expropiación para destinar ciertos predios a la Seguridad Nacional o Necesidad Pública, y, otra etapa judicial, referida a la fijación definitiva del justiprecio, la declaración de transferencia de la propiedad y/o de invalidez de la expropiación.

Ramón Parada recuerda que esta distinción fue ideada por Napoleón con la Ley del 8 de marzo de 1810 y descansa en la desconfianza de la Administración, por lo que se dispone que la cesión del inmueble, si no existe el consentimiento del propietario, sólo pueda ser autorizada por sentencia judicial, que además fije la indemnización. Precisamente por esa razón es que se otorga al Juez el poder para declarar la caducidad, nulidad o invalidez de la expropiación realizada^[60].

Consideramos que debido a ello es que el procedimiento administrativo presenta la peculiaridad de no brindar derecho al contradictorio al expropiado, pues allí el afectado no puede cuestionar la *ratio expropriandi*, ni el monto ofertado. Uno y otro sólo podrán ser objeto de pretensiones deducidas en la vía judicial o arbitral, donde sí hay posibilidad de ejercer contradictorio. Esto no

[58] En tales casos, cuando la lesión o amenaza invocada emane de la Ley de expropiación, la vía adecuada será el amparo contra ley. Pero si lo que se cuestiona es algún dispositivo administrativo que ejecuta la Ley, será el amparo o la vía contencioso-administrativa, dependiendo de los criterios de subsidiariedad, la que deberá ser activada.

[59] “23.1 El sujeto pasivo de la expropiación puede demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los Artículos 3 y 4 de la presente Ley. Es discutible la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa, cuando no se ciña a lo dispuesto por esta Ley”.

[60] Cfr. PARADA, Ramón. “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en *Documentación Administrativa*, No. 222, INAP, Madrid, 1990, p. 50 y ss. Villar Palasí resalta las legislaciones donde fueron replicadas las ideas napoleónicas, concluyendo que “La apelación al Juez en materia de fijación del justo precio se fundamenta esencialmente en todo el criterio de desconfianza al ejecutivo, in toto, como heredero del Estado absoluto, no ya en un principio de que nadie debe ser juez y parte en el mismo asunto, ya que esto se evita atribuyendo el justiprecio a órganos distintos del expropiante, aunque su naturaleza sea también administrativa”. VILLAR PALASÍ, ob. cit., p. 184.

convierte en inconstitucional al procedimiento administrativo, pues –salvo que el propietario acepte expresa y voluntariamente la oferta– allí nada se resuelve, esto es, la Administración no realiza la transferencia del bien, ni define el monto final de la indemnización justipreciada, mucho menos discute aspectos relacionados con la validez o vigencia de la expropiación.

Por ello es que la tercera garantía de la expropiación consiste en la existencia de procesos **jurisdiccionales** donde se pueda cuestionar tanto el *quid* de la expropiación (las razones expropiatorias y su adecuación constitucional) como su *quantum* (el monto de la indemnización justipreciada). En esa línea, Rodríguez de Santiago señala que “*esa garantía contiene un **derecho material a discutir o cuestionar la medida expropiatoria (en sus diversos aspectos) a través del procedimiento que prevea el legislador***”^[61].

La revisión de los cauces procesales, además, nos ha permitido advertir que nuestro sistema es bastante garantista del derecho de propiedad, pues prevé que la transferencia de propiedad sólo se realice mediante la aceptación voluntaria (directa o tácita) del afectado o mediante mandato de un Juez, y nunca mediante una decisión administrativa.

XVII. CONCLUSIONES

La función social de la propiedad depende de las circunstancias reales, por lo que aquella delimitará su contenido esencial según cada realidad, motivo por el cual el derecho de propiedad no presenta un solo contenido, sino que existen estatutos de propiedad.

La expropiación forzosa excede la delimitación del contenido del derecho, pues supone el despojo de bienes, de ahí que lo relevante no sea determinar hasta dónde llegan las facultades del propietario sobre la cosa determinada, sin saber hasta dónde puede llegar la potestad para despojar.

La expropiación no es un mero fenómeno de traslación de bienes, pues éste sólo es un medio para un fin público, es la finalidad perseguida lo trascendente, pues ella legitima la existencia y ejercicio de la expropiación. Si aquella no existe, no hay razón para imponer la traslación de bienes.

Las potestades expropiatorias consisten en aquella cuota de poder otorgada al legislador para procurar la Seguridad Nacional y las Necesidades Públicas usando para ese propósito bienes inmuebles, lo que supone que sus titulares

[61] RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, Madrid, 2008, CEPC, p. 190.

deberán soportar el despojo de los mismos en beneficio de la comunidad. Otra manera de explicar lo dicho es sosteniendo que existen circunstancias objetivas que hacen que un bien se convierta en necesario para el bien común, esa situación se gobernará por criterios de justicia distributiva, pues para que todos sean beneficiarios del bien, se justifica la expropiación.

Las garantías que incorpora la expropiación son las siguientes: (i) *reserva de ley*; (ii) *ratio expropriandi*; (iii) *indemnización justipreciada*; y, (iv) *procedimiento expropriatorio*.

La Ley expropiatoria debe ser publicada, además, debe contener, por lo menos, la declaración expresa de expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y que, por lo menos, no excluya el derecho de indemnización que corresponderá a los afectados. Es decir, no bastará con que se dicte una Ley que declara la expropiación, sino que la Ley además deberá conocerse y ser precisa en su contenido y alcances.

La Ley expropiatoria, al ser ley especial, debe justificarse en la “naturaleza de las cosas”, en elementos objetivos que justifiquen el despojo de bienes. Tal justificación exige que la Ley señale la *ratio expropriandi* (Seguridad Nacional o Necesidad Pública) y el destino que tendrán los bienes para cumplirla.

La Seguridad Nacional es un concepto jurídico indeterminado con *extensión indefinida*, pero cuyo contenido se refiere a la protección de la soberanía del Estado ante conflictos con agentes exteriores o internos que buscan acabar, separar o mermar al actual Estado democrático de Derecho o el actual régimen político. Debe ser distinguida de la Seguridad Ciudadana que hace referencia al Orden Interno a la preservación de la paz, tranquilidad y seguridad de los ciudadanos.

La Necesidad Pública implica el reconocimiento al legislador de potestad discrecional, pero no arbitraria, para expropiar. Aquel define el contenido de la Necesidad Pública a cumplir y la medida que servirá a dicho fin, lo que no exime al Legislador de adoptar una decisión justificada, real, y no arbitraria.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado o el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Ley expropiatoria, pueden ser objeto de los siguientes controles materiales: (i) Desviación de poder: sólo se justifica el ejercicio de la potestad de expropiación cuando se trate del despojo de bienes destinados a un uso favorable para la sociedad; (ii) Hechos determinantes, la Ley debe sustentarse en necesidades reales, que se deriven de las circunstancias existentes al momento de dictarse; (iii) Razonabilidad: deben derivarse de la Ley los motivos implícitos que llevaron a elegir determinada opción expropiatoria; (iv) proporcionalidad, el despojo de bienes ser necesario, no siendo posible una afectación menor para alcanzar el fin perseguida.

La indemnización justipreciada busca reemplazar económicamente la afectación (material e inmaterial) padecida, lo que incluye el valor del bien y los

perjuicios derivados del despojo, crear una situación de indemnidad patrimonial en el expropiado.

La expropiación no elimina el derecho de propiedad, sino que genera que ese derecho recaiga en bienes de distinta naturaleza: la indemnización justipreciada. El contenido esencial de la propiedad no garantiza la titularidad sobre determinado bien, sino una situación de indemnidad patrimonial.

La indemnización justipreciada está gravada con el impuesto a la renta, lo que lesiona el principio de capacidad contributiva, dado que allí no hay ganancia alguna, sino una situación de equilibrio económico, la situación económica del afectado sería la misma antes y después de la expropiación. Por el contrario, la indemnización justipreciada estaría inafecta a todo tributo, dado que todo gravamen quebraría ese equilibrio patrimonial que el constituyente busca mantener indemne.

El procedimiento administrativo de expropiación inicia con la resolución reglamentaria que determina el sujeto activo y el sujeto pasivo de la expropiación, así como el monto de la indemnización justipreciada. Si el afectado no está de acuerdo con la suma, deberá de demandarse la expropiación, de modo que sea el juez quien autorice la transferencia del bien y se pronuncie sobre la reparación.

El procedimiento expropiatorio no otorga contradictorio al expropiado, pues éste no puede cuestionar la *ratio expropriandi*, ni el monto ofertado, lo que no lo convierte en inconstitucional, dado que allí no se resuelve casi nada, pues la Administración no realiza la transferencia del bien, ni define el monto final de la indemnización justipreciada, mucho menos discute aspectos relacionados con la validez o vigencia de la expropiación.

El afectado también podrá activar las vías jurisdiccionales para formular como pretensiones la caducidad, nulidad de la expropiación, la reversión, para solicitar la expropiación total de sus bienes o para cuestionar y fijar el monto de indemnización justipreciada.

El ordenamiento jurídico nacional es bastante garantista del derecho de propiedad, pues prevé que la transferencia de propiedad sólo se realice mediante la aceptación voluntaria (directa o tácita) del afectado o mediante mandato de un Juez, y nunca mediante una decisión administrativa.

* * * * *