

LA PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES EN EL DERECHO URUGUAYO

Dr. Esc. Fernando López Quijano

I- SUMARIO

LA PROPIEDAD - DISTINTAS DEFINICIONES DE PROPIEDAD - FUNDAMENTO - EVOLUCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA - CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL ACTUAL - CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO - LIMITACIONES AL DERECHO - FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES - ANALISIS DE DIVERSAS LIMITACIONES EN EL DERECHO URUGUAYO.

I- LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad es el derecho a *ser propietario* y por lo tanto implica el *derecho de poder usar, gozar y disponer al arbitrio de uno, de algún bien concreto*, manifestaciones estas que eran llamadas por los Romanos *jus utendi, jus fruendi y jus abutendi*.

Dicho derecho es enunciado por nuestra Carta como un derecho preexistente a la misma, y como tal, no puede ser objeto de privación, pudiendo ser únicamente limitado el derecho a ser protegido en el goce del mismo, conforme lo establecido en el artículo siete de nuestra carta.

La privación de este derecho, nos enseña Cassinelli¹, sería una especie de *muerte civil* de un individuo o de una categoría de sujetos. La limitación a su goce, en cambio, sería la imposibilidad de adquirir determinados bienes, esta puede darse, pero siempre que se den las exigencias que la propia Carta establece, y siempre y cuanto, el cúmulo de las limitaciones no provoquen en los hechos el acaecimiento de una verdadera privación.

Como concretización de dicho derecho encontramos el derecho a ser propietario de un bien concreto, este que, si puede ser limitado y privado, siempre que se den los requisitos constitucionales.

¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Derecho Público. FCU Mdeo 2002. pág. 78.

Podemos decir que este derecho tiene un amplísimo reconocimiento en todas las constituciones de Latinoamérica y en el ordenamiento jurídico internacional. Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica reconoce a la propiedad y dispone en su artículo 21 que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, y su límite son las leyes que obedezcan al interés social.

También lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17 disponiendo que todos tienen derecho a la propiedad, individual y colectivamente y que nadie será privado arbitrariamente de esta, y así una multiplicidad de documentos internacionales.

II- DISTINTAS DEFINICIONES DE PROPIEDAD

Llegar a una definición de la propiedad no es algo tan fácil como parece, así para las Partidas de Alfonso el Sabio la propiedad era el “el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas en cuanto las leyes no se opongan”.

Para el romanista alemán Rudolf Sohm, es el señorío jurídico absoluto sobre una cosa; y aunque se le impongan limitaciones, ellas siempre habrán de ser externas y consistirán en derechos de otras personas o en personas de policía o de derecho público.

Para Marcel Planiol y Georges Ripert la propiedad “es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo, a la acción y a la voluntad de una persona”².

Para Karl Marx, como es muy de él, nos dice “En cada época histórica la propiedad se ha desarrollado de un modo diferente en una serie de relaciones sociales completamente distintas. De ahí que la propiedad no sea una cosa eterna, inmutable y sagrada, como lo afirman los juristas, sino una cosa relativa y contingente, producto de la organización económica de las sociedades a través de la historia. Por eso pretender dar una definición de la propiedad, como de una relación

² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Derecho Civil, Vol. 3, Edit. Harla, México, 1997.

independiente, de una categoría abstracta y aparte, de una idea eterna no puede ser más que una ilusión de metafísica o jurisprudencia”³.

La doctrina clásica, a diferencia de las anteriores, para definir al derecho de propiedad parte de cuales son sus manifestaciones.

En mi modesta opinión, debemos definir el derecho de propiedad en su contenido irreductible, y por tanto lo entiendo como aquel derecho por medio del cual un sujeto puede ser propietario de bienes, y de ese derecho, a poder ser propietario, se deriva el de usar de los bienes de que uno es propietario, de gozar del mismo y de disponer libremente de ellos.

III- FUNDAMENTO

Con respecto a su fundamento por más de la existencia de una multiplicidad de doctrinas, sobre todo en el marco del Derecho Civil, en mi opinión es indispensable citar a Locke, quien en su maravilloso Tratado sobre el Gobierno Civil trata a la propiedad y nos dice que como el hombre tiene el deber y el derecho de la propia conservación, tiene necesariamente el derecho a las cosas que le son necesarias para ese fin. Dios ha dado a los hombres la tierra y todo lo que hay en ella para que procuremos nuestro bienestar. Por más de las claras diferencias que se pueden encontrar de este autor, estas frases me hacen recordar la teoría del orden de Santo Tomas de Aquino, lo que es una derivación de la teoría de la creación, o a obras más recientes⁴ que forman parte del Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia.

Retomando nos dice Locke que Dios no ha sido quien dividido la tierra, sino los hombres, y la razón nos enseña que está de acuerdo con la voluntad de Dios la existencia de propiedad privada, no sólo de los frutos de la tierra y de las cosas que hay en ella y sobre ella, sino de la misma tierra.

³ MARX, Karl “Miseria de la Filosofía” Ed Siglo Mexico 1981 pág. 250

⁴ Me refiero a la obra del Pontificio Consejo “justicia y Paz”. En el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Librería Editorial Arquidiocesana, Montevideo 2005, por ejemplo en su pág. 81.

El título primario de propiedad privada en opinión de Locke es el trabajo. En el estado de naturaleza, el hombre trabaja para sí, y hace suyo lo que saca fruto de su trabajo: “Aunque el agua corriendo en la fuente sea de todos, ¿quien puede dudar de que el jarro es sólo de quien la recogió? Su trabajo la ha sacado del dominio de la naturaleza, en donde era común y pertenecía por igual a todas sus criaturas, y ha hecho que se la apropie”⁵. Obviamente es necesario esclarecer que esto no implica que cualquier hombre tenga derecho a adquirir una propiedad sin límite, perjudicando a los terceros.

En el mismo sentido León XIII funda el derecho de propiedad en la naturaleza humana dada por Dios y nos decía “el derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y, por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común”⁶.

Montesquieu nos decía “Como los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir bajo leyes políticas, han renunciado a la comunidad natural de los bienes para vivir bajo leyes civiles. Estas primeras leyes les han hecho adquirir libertad; las segundas, la propiedad”⁷.

Bentham en una posición similar nos decía “La propiedad y la ley han nacido juntas, y juntas morirán”⁸. Antes de las leyes no hay propiedad; quitad las leyes y toda la propiedad cesa.

Kant refiriéndose al origen de la propiedad nos decía que la propiedad se da por la ocupación pero ésta depende del consentimiento mutuo en el orden social⁹.

Ahrens nos decía que la propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales. La personalidad implica la libertad como poder de determinación propia, y se

⁵ LOCKE, Jhon. Tratado sobre el gobierno civil, 5, pág. 29

⁶ LEÓN XIII, Encíclica "Rerum Novarum" Vaticano Roma el 15 de mayo de 1891

⁷ MONTESQUIEU. “Del Espíritu de las Leyes”. Tomo I. Traducida por Don Narciso Buenaventura. Imprenta Don Marcos Bueno. Madrid 1845. pág. 201

⁸ BENTHAM, Jeremy. Tratado de legislación civil y penal. Tomo I Madrid 1821 Ed D. Fermin pág 266

⁹ Citado por AHREND, Heinrich en “Curso de derecho natural ó de filosofía del derecho” Traducido por Ruperto Navarro. Ed. Boix Madrid 1841 pág. 157 y ss

manifiesta en el dominio de los bienes como facultad de disponer de un objeto por una elección libre¹⁰.

Serna y Montalban fundamentan a la propiedad en la utilidad social de estimular a los individuos, ya que, si faltare la propiedad los individuos no se verían incentivados en trabajar para adquirir algo.

IV- EVOLUCIÓN DE ESTE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

La Constitución de 1830, refiriéndose a la expropiación, en el art. 144 disponía: *“El derecho de propiedad es sagrado e inviolable; a nadie podrá privarse de ella sino conforme a la ley. En el caso de necesitar la Nación la propiedad particular de algún individuo para destinarla a usos públicos, recibirá éste del Tesoro Nacional una justa compensación”*.

La formula de este artículo es el típico ejemplo de la consagración de este derecho en el siglo XIX, por su calificación como sagrado, siguiendo así las concepciones de origen burgués predominantes en aquella época. Sin dudas esta redacción tuvo una influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹¹ y del Código Civil Frances.

Es necesario destacar una peculiaridad en la redacción de este artículo, ya que, por un lado consagra el derecho como inviolable y sagrado, sin embargo consagran la posibilidad de su limitación, sin efectuar una salvedad, como ocurrió en todas las constituciones que siguen.

Fue durante la vigencia de este artículo que se dicto el Código Civil y la ley número 3.958 del 28 de marzo de 1912 sobre expropiaciones (aún vigente). El artículo 492 del Código Civil estableció: “Nadie puede ser privado de su propiedad, sea mueble o raíz, sino por causa de publica utilidad, calificada por ley, previa la correspondiente indemnización, sin perjuicio de lo que al

¹⁰ AHREND, Heinrich en “Curso de derecho natural ó de filosofía del derecho” Traducido por Ruperto Navarro. Ed. Boix Madrid 1841 pág. 136 y ss

¹¹ Esta en su artículo 17 disponía que: “Al ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, a no ser que lo exija evidentemente la necesidad publica, constatada legalmente, y con la condición de una indemnización justa y previa.”

respecto establezcan leyes especiales”.

La Constitución de 1918 decía en su art. 169 que *“El derecho de propiedad es sagrado e inviolable. A nadie podrá privarse de él sino conforme a la Ley, en los casos de necesidad o utilidad pública, recibiendo del Tesoro Nacional una justa compensación”*.

Su diferencia principal con la redacción de su similar de la constitución de 1830 fue que en este artículo se inserto como causal a la “utilidad publica” que de por si implica un concepto mucho más amplio que el de necesidad, ya que como afirma Duran Martínez “algo puede ser útil pero no necesario”¹², atenuándose así el principio liberal¹³ que fue la base en la redacción del artículo 144 de la Constitución de 1830.

En 1934 el art. 31 decía *“La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las Leyes que se establecieren por razones de interés general.*

Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una Ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación”.

En este artículo ya se elimina el calificativo de sagrado para este derecho y es recogida en el texto constitucional lo que hasta ese momento figuraba a nivel legal, que es el requisito de la previa compensación.

Debemos resaltar la importancia que ha tenido nuestra constitución de 1934 que generó un cambio del modelo de estado, siguiendo así a lo que fue la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917 y la Alemana de Weimar de 1919, abandonando definitivamente el modelo de Estado liberal para adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, y como lo afirmaba Justino Jiménez de

¹² DURAN MARTINEZ, Augusto. La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins. FCU pág. 323.

¹³ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. La Constitución Nacional. tomo I pág. 354

Aréchaga¹⁴, ello también llevo consigo una mayor flexibilización del régimen otorgando más discrecionalidad en la disposición sobre este derecho.

La Constitución de 1942 dispuso en su art. 31: *“La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda”*.

El art. 32 de la Constitución de 1952 es igual al de la del 42 y muy similar al actual.

¹⁴ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. La Constitución Nacional. tomo I pág. 354

V- CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL ACTUAL

Actualmente la consagración constitucional de este derecho está en los siguientes artículos:

Art. 7: *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”*.

Art. 32: *“La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda”*

También existen diversos artículos que tratan de su regulación, además de los anteriores, y estos son los artículos 14; 33; 34; 35; 72; 231 y 332.

De acuerdo con la vocación jusnaturalista de nuestra constitución el artículo 7 reconoce al derecho de propiedad como preexistente, Justino Jiménez de Aréchaga nos decía refiriéndose al artículo 7 que la constitución “no pretende crear estos derecho sino simplemente proclamar su existencia y garantizarla, concibiéndolos como anteriores al texto constitucional”¹⁵.

Dada la redacción de este artículo la doctrina a concluido que no pueden verse limitados estos derechos, sino la protección en el goce de los mismos, que si son derechos creados por la Carta, y como así lo estipula el inciso segundo, la de además deberá de ser efectuada por medio de una ley, en sentido orgánico formal, y que la misma obedezca a razones de interés general.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional, Edicion Camara de Senadores, tomo I, Mdeo 1992 pág 210.

Martín Riso nos dice, sobre el derecho a la propiedad y su consagración constitucional “... el derecho reconocido de propiedad implica que cada habitante de la Republica, y por ese solo hecho, tiene el derecho subjetivo perfecto a ser propietario, o con mayor precisión a poder ser propietario. Así el derecho reconocido aparece como una aptitud ilimitable de cada sujeto.

El derecho a ser protegido en el goce del derecho de propiedad, en cambio, refiere a distintas situaciones particulares que pueden darse en la realidad. Si una persona, con base en su derecho preexistente de propiedad, adquiere legítimamente un bien concreto, tiene derecho a que el Estado lo proteja frente a eventuales sustracciones o lesiones que sufra en esa manifestación concreta de su derecho.”¹⁶

Sobre el concepto de propiedad de nuestra Constitución podemos decir que se ha tomado un concepto amplio de Propiedad, como afirma Delpiazzo¹⁷ incluirían todos los derechos de naturaleza patrimonial con la sola exclusión de los inherentes a la personalidad que no tengan dicho carácter. Duran¹⁸ además afirma, en opinión que concuerdo y que también sostenía Alberto Ramón Real¹⁹, que nuestro constituyente se alejó de la concepción decimonónica de propiedad y consagro una más actual, más colectiva, destacando su uso o fin social por sobre el individual. Reflejo de esto son los artículos 231 y 232 de la constitución del 67 que, como lo afirma Delpiazzo²⁰, cambian el enfoque de este derecho resaltando su misión social en orden a la obtención al bien común.

Duguit a principios del siglo XX en Buenos Aires, en unas conferencias sobre “Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón”²¹ señaló que la propiedad tiene una función social que recae sobre el titular de ella. Indudablemente su tenedor posee el

¹⁶ RISSO FERAND, Martin. Derecho Constitucional Tomo I FCU Mdeo 1º ed 2005 pág. 437 y 438

¹⁷ DELPIAZZO, Carlos, El objeto de la expropiación. Anuario de derecho Comercial tomo 5. pág. 98

¹⁸ DURAN MARTINEZ, Augusto. La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins. FCU pág. 325

¹⁹ REAL, Alberto Ramon. Época a considerar en la compensación expropiatoria. Función social de la propiedad en Revista del Centro de Estudiantes de Derecho tomo XX set 1959 N° 87.

²⁰ DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo Uruguayo pág. 380 y ss

²¹ Cit. En la sentencia de la Suprema Corte de Justicia publicada en l Rev. Del Centro de Estudiantes de Derecho, tomo XX, setiembre de 1959 N° 87 pag. 155.

derecho de utilizar el bien objeto de su propiedad para satisfacer sus necesidades y buscar desenvolverse, pero además, recae sobre él el deber y poder de emplearla procurando la satisfacción de necesidades comunes de la colectividad.

Delpiazzo²² nos dice que “La consagración de la teoría de la función social de la propiedad proyecta consecuencias trascendentales en cuanto al alcance de las potestades públicas para limitar el uso, goce y disposición del derecho de propiedad, que ya no puede considerarse como absoluto, exclusivo y perpetuo en virtud de su potencial afectación por las limitaciones, las servidumbres y la expropiación respectiva. Dicho enfoque resulta acentuado en la Carta de 1967 (arts 230 y 231) al agregarse, como un nuevo supuesto de la expropiación, el de los “planes y programas de desarrollo económico”, los cuales subrayan la dimensión social de la propiedad en orden a la obtención del bien común.

En segundo término, la mayor latitud del concepto se advierte cuando se considera que lo expropiable, ateniéndose a la letra de la Constitución, es el derecho de propiedad y no el objeto sobre el cual ese derecho recae, quedando incluida no sólo la expropiación sobre cosas sino también la expropiación de derechos subjetivos. Ello es así porque nuestra Carta permite distinguir entre el derecho de propiedad en abstracto –es decir, el derecho fundamental consistente en la posibilidad de ser propietario y de tener un patrimonio, del cual nadie puede ser privado sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general (art. 7)- y el derecho de propiedad en concreto sobre determinado objeto, que es una de las manifestaciones de aquel derecho fundamental y que puede ser limitado o quitado respetando determinadas garantías (art. 32) y siguiendo un procedimiento establecido. En este segundo sentido, entendemos que el concepto constitucional de propiedad equivale, en la expresión utilizada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández a “todos los derechos de naturaleza patrimonial”, con la sola exclusión de los inherentes a la personalidad que no tienen carácter patrimonial.”

²² DELPIAZZO. Carlos, El objeto de la expropiación. Anuario de derecho Comercial tomo 5 pág. 98

Concuerdo con Delpiazzo, en la nueva realidad a que se ha enfocado nuestra sociedad. Sin embargo, no estoy de acuerdo con lo que manifiesta al final de su inciso segundo sobre la posibilidad de expropiar el derecho de propiedad in abstracto, primero que nada, porque el artículo 7 es clarísimo en la distinción entre el derecho en si y el derecho a la protección de su goce, aplicándose la posibilidad de limitar sólo al de goce, que sería en su denominación el derecho de propiedad en concreto. Pero por sobre todo no comparto su tesis porque el derecho de propiedad no es más que una capacidad que poseen los sujetos de poder poseer bienes, y expropiarle a un sujeto de esta capacidad sería lo mismo que privársela, y por lo tanto, se privaría el derecho a la propiedad, que es un derecho subjetivo perfecto, por lo que, sería ilegítimo. En los hechos tampoco lo vería como una opción posible, ya que, que necesidad o utilidad pública se podría encontrar por darle la “muerte civil” a un individuo, que a parte no sería admisible. Por otra parte es cierto que el artículo 32 no distingue, pero cuando interpretamos una disposición no la debemos de observar aisladamente, sino al contrario, como algo en un complejo ordenamiento y debemos descifrarlo y delimitar su significado acorde a todo este y a la filosofía que lo formó.

Sobre el artículo 32 cabe resaltar además que se introdujeron ciertas variantes a los artículos de las constituciones del 42 y 52, antecedentes del actual, la primera referente al cambio en el término mora por duración del procedimiento expropiatorio y el segundo es la contemplación expresa del tema del reajuste fruto de la desvalorización monetaria.

Duran²³ afirma que con la contemplación de de la depreciación monetaria se refuerzan las garantías individuales en la materia, cosa que no podemos dudar, pero la constitución del 67 tiene aparejados dos artículos más, 231 y 232, que a mi entender cambian, como lo afirma Delpiazzo²⁴, el enfoque de este derecho resaltando su misión social en orden a la obtención al bien común, como antes se analizó.

²³ DURAN MARTINEZ, Augusto. La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins. FCU pág. 324

²⁴ DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo pág. 380 y ss

VI- CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO:

Podemos encontrar consagraciones expresas de este derecho en prácticamente todas las constituciones Occidentales, pero se destaca su consagración en instrumentos Internacionales, así la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica reconoce a la propiedad y dispone en su artículo 21 que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, y su limite son las leyes que obedezcan al interés social. También lo expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17 disponiendo que todos tienen derecho a la propiedad, individual y colectivamente y que nadie será privado arbitrariamente de esta, y así una multiplicidad de documentos internacionales.

Me parece importante destacar la función social que le otorga a la propiedad la Constitución de España, la que sin dudas, es el ejemplo del neoconstitucionalismo, la que expresa:

“Artículo 33: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

Artículo 128: “1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.

En está se reconoce el derecho a la propiedad privada, pero una gran particularidad que tiene es determinar una limitación en el obrar del legislador, ya es que obedeciendo a la función social de la propiedad que este tendrá que regularla o podrá privar a un individuo de ella. Por otra parte especifica el objeto que es pasible de expropiación, esto es, “bienes y derechos” y finalmente utiliza los términos “interés social” en el artículo 33 pero en el 128 hace referencia al “interés general”.

Esto viene a colación con lo que decían Duran y Delpiazzo que se analizó en el capítulo anterior, priorizando la concepción social de este derecho por sobre los derechos de propiedad particulares.

La Constitución Argentina en su artículo 17 dispone “La propiedad es inviolable y, ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”. Podemos observar que este instituto es prácticamente igual al nuestro, pero considero que la precisión terminológica es mucho mejor que la nuestra.

La Constitución de Brasil establece en su artículo 5 que “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de naturaleza alguna, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: (...) XXV — en caso de inminente peligro público, la autoridad competente podrá usar la propiedad particular, asegurando al propietario indemnización ulterior, si hubiere daño”. Aquí es necesario resaltar, que, sin perjuicio de la posibilidad de expropiación, lo que dispone es en realidad la figura de la ocupación temporaria y no de la expropiación.

La Constitución de Perú en su artículo 70 dispone “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”

La Constitución Chilena a diferencia de las anteriores, hace una regulación demasiado exhaustiva para mi gusto sobre este derecho, que seguramente obedece a un especial carácter tuitivo de este derecho por la importancia que le han atribuido.

VII- LIMITACIONES AL DERECHO

Todo derecho humano posee dos límites, uno interno que deriva del derecho en sí, de su propia existencia y otro externo fruto del ser social del humano.

El límite interno implica la determinación del contenido propio del derecho, de llegar a saber cual es su ámbito de aplicación, no podemos, a modo de ejemplo, decir que estamos ejerciendo nuestro derecho a la propiedad cuando actuamos en legítima defensa para salvaguardar nuestra vida, ya que el derecho que realmente ejercemos es el de la vida en este ejemplo.

El límite externo deriva de la convivencia y se basa en que los seres humanos somos seres sociales, por naturaleza tenemos que vivir en sociedad, y de ello se deriva que tenemos que ser solidarios y ejercer nuestros derechos en la forma en que sea compatible con el ejercicio legítimo del de los demás. Es muy conocida popularmente una regla de derecho que establece el derecho de uno llega hasta donde comienza el derecho del otro, y es sobre esa base que el legislador, etc, tendrá que regular.

Por la misión instrumental del Estado debe establecer condiciones tendientes al ejercicio de los derechos que permita la máxima satisfacción de los mismos, pero sobre todo darle un camino al hombre para que haga posible su perfeccionamiento. Para ello resulta indispensable una regulación que puede tener fuente en la constitución, en la ley, y administrativamente, sin perjuicio de las limitaciones que los particulares se puedan otorgar y de las limitaciones que surjan de la realidad.

Marienhoff definía a las limitaciones de la propiedad por el Estado como el “conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social.”²⁵

También se suele distinguir terminológicamente entre “límite” y “limitaciones”, considerando al primero como aquella frontera en el ejercicio del poder en que no se puede

²⁵ MARIENHOFF, Manuel Tratado de Derecho Administrativo tomo III pág. 19.

traspasar y a la segunda como aquellas restricciones en el ejercicio que igualmente hacen posible su ejercicio. En realidad ambas son restricciones, la diferencia esta en la función de cada una.

Con respecto a la calificación de las distintas limitaciones se suelen utilizar varios criterios para distinguirlos. El primero de ellos es el de la fuente de los mismos, en este se distingue si la limitación ha este derecho es proveniente de un acto del Estado Administración, si es uno del Estado Legislador, si es del Estado Constituyente, y si proviene de una convención entre los particulares.

A existido y sigue existiendo una profunda discusión sobre si por acto de la junta departamental con fuerza de ley en su jurisdicción se pueden limitar derechos, que es una discusión muy similar a si la Administración también lo puede hacer, no procuro profundizar en el tema, ya que excede ampliamente el objeto del presente trabajo, pero cabe decir que en la realidad es una habitualidad que estos asi los hagan, o por mandato constitucional, o por mandato legal, o porque son innatos con las tareas que le fueron encomendadas, y mientras sigan ciertos limites no dudo en su legitimidad.

Otra clasificación es la que atañe al fundamento de las limitaciones, la misma observa si la limitación obedece a un fin público²⁶, ese bien común que tanto se habla, o a beneficio de los particulares.

Otra distingue dependiendo de cuales son los fines inmediatos que las restricciones procuran; y ahí podemos ver una amplia gama de finalidades como: la defensa nacional; la tutela de la salud publica; la seguridad interior; la tutela del medio ambiente; promociones a la actividad privada, por interés cultural, histórico, político o turístico; con fines productivos; para permitir el acceso de la vivienda; puede obedecer a cuestiones de carácter urbanístico; de planificación estratégica, de educación, protección a desamparados, otras cuestiones sociales; puede también

²⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: Derecho Administrativo, Tomo VI, Limitaciones a la propiedad, , TEA Bs As 1956 pág. 487

obedecer a cuestiones meramente privadas o de la regulación de la actividad entre los particulares; etc.

VIII- FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES

Primero que nada debemos señalar que el fundamento normativo de la limitación al derecho de propiedad y a su ejercicio, como a la protección de su goce, se encuentra en aquellos preceptos normativos de los que se abundó en lo ya expuesto del presente trabajo.

En otra apreciación del fundamento, es bueno observar que en doctrina se suele distinguir sobre el interés de quien el Estado limita el derecho de propiedad, esto es, de los particulares o del interés público, y también se suele diferenciar si la limitación es fruto del interés público o es fruto del poder de policía del Estado.

Estas limitaciones pueden imponerse por la mayor diversidad de motivos específicos, como ser, científicos, estéticos, históricos, de utilidad pública, conveniencia, por razón de moralidad o de salubridad, etc.

Pero a tras de cualquier limitación debe haber un único fundamento, cuya ausencia implicaría la ilegitimidad de la restricción, y está es que dicha limitación debe siempre observar a permitir el mayor y mejor uso y beneficio por parte de los particulares de este derecho, por más que en cada caso deberán existir un fin específico en cada limitación, haciendo así posible que todos podamos gozar de la mejor manera posible de nuestra propiedad.

Flores²⁷ clasifica, al referirse a las limitaciones en beneficio del bien común, dentro de aquellas de Derecho Público, a las: restricciones, ocupaciones temporarias, servidumbres, expropiaciones, requisiciones, decomisos, confiscaciones y nacionalizaciones. Es cierto que en los ordenamientos jurídicos se suelen confundir estos institutos, incluso en el nuestro se podría dudar si existe una diferenciación tan clara, sin perjuicio de lo cual entiendo que es la que deberíamos seguir

²⁷ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. La expropiación. Mdeo. 2007. Ed. Carlos Alvarez. Pag. 31 y 32

por ser estos institutos, que refiere el autor, claramente diferenciados, simplemente con una precisión, que es que debemos agregar la expropiación, ya que limita el derecho de propiedad en lo referente a algún bien concreto obteniéndolo para si el Estado.

IX- ANALISIS DE DIVERSAS LIMITACIONES EN EL DERECHO URUGUAYO

A- RESTRICCIONES

Dromi las define como las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad, nos dice además que su existencia va condicionada a la propia existencia del dominio.

El derecho de propiedad se mantiene incambiado, pero no se le atribuye un poder absoluto a dicho derecho sino que se lo limita en su actuar, permitiendo que dicho derecho pueda ser garantizado en la esfera de la convivencia social.

La doctrina le suele atribuir dos caracteres:

- Son generales y obligatorias para todos los bienes de todos los propietarios. Lo que la diferencia de la servidumbre y de la expropiación que sólo se aplican a determinados bienes.
- Por lo general su imposición no implica un considerable sacrificio del derecho, y por lo tanto, su imposición no suele venir acompañada de una indemnización pecuniaria.

En realidad prácticamente todo el ordenamiento jurídico que refiere a condiciones de ejercicio de los derechos está incluido en esta categoría, ya que, procura regular las condiciones de su existencia y ejercicio; pero en doctrina se suelen ver ejemplos básicos relativos a inmuebles, que a continuación me referiré, que si bien son correctos pueden aparejar al error de que es sólo sobre ellos que recaen las restricciones.

Son ejemplos de restricciones: en materia de inmuebles la exigencias de determinados modelos de construcción en algunas áreas, la numeración de los inmuebles en las calles y su individualización mediante chapas, exigencias relativas a la forma de construcción, la prohibiciones de utilizar determinadas semillas en las plantaciones, etc. También es necesario resaltar, que si bien, la mayoría de los ejemplos que se ven son relacionados a bienes inmuebles, las limitaciones se encuentran impuestas a casi todos los derechos, tanto muebles como inmuebles, de bienes corporales como de incorporales, de las cuales la amplia mayoría son impuestas por ley.

Bielsa nos dice que la ley que autoriza la restricción se la debe entender como si tuviese carácter enunciativo, ya que las necesidades de la Administración son variables y circunstanciales, y deben apreciarse con el criterio de oportunidad o conveniencia.²⁸

No comparto esta apreciación de Bielsa, no debemos atribuirle a la ley un carácter enunciativo ya que estamos en un ámbito de restricción de los derechos individuales, y por tal, debe de interpretarse restrictivamente la misma, y por lo tanto, salvo que la ley atribuya expresamente el carácter de enunciativa no se debe atribuirle dicho carácter.

Por otra parte debemos reconocer que es parte de la materia Municipal toda aquello relacionado con la planificación urbana, y cuyos ejemplos, son los típicos ejemplos de restricciones, y por la doctrina de los poderes implícitos, si tiene, la Administración Departamental la atribución en esta materia relacionada con los inmuebles que están situados en su área de su administración.

²⁸

BIELSA, Rafael. Principios de derecho administrativo Depalma Bs As 1963 pág. 982

B- SERVIDUMBRE

La servidumbre es un gravamen que debe soportar un bien inmueble en beneficio de otro que pertenece a otro. Su fuente esta o en la ley o en la voluntad de las partes; y además pueden ser naturales, forzosas y voluntarias.

Las naturales son aquellas propias de la naturaleza como por donde pasa el cauce de un río, las forzosas son aquellas puestas por la ley, y las voluntarias son las que los particulares puedan convenir libremente.

Aquellas que tienen fuente en la ley, son por ejemplo la servidumbre de paso contenida en el artículo 581 del Código Civil a beneficio de aquellos predios que están enclavados, la de deslindes del artículo 590 y ss del Código Civil, la de vistas del artículo 616 y ss del Código Civil, la servidumbre de aguas del artículo 74 del Código de Aguas (que es una servidumbre natural), la del pastoreo para el tránsito del artículo 77 del Código Rural, en materia minera también hay muchos ejemplos, pero en fin, en nuestro derecho abundan estos casos.

Las servidumbres constituyen otro modo de limitación de la propiedad cuyas características propias la diferencian de las otras limitaciones²⁹, y a diferencia de la restricción esta suele indemnizarse ya que siempre uno se encuentra con una pérdida de valor o con el deber de soportar una intromisión considerable.

Otra clasificación de las servidumbres es la que atañe al interés que las motiva, así se dividen en de derecho privado y de derecho público dependiendo del interés público o privado sobre el que fueron impuestas.

Así podemos decir que la servidumbre pública es un derecho que satisface un interés público, y dentro de ellas tenemos las servidumbres administrativas que pueden considerarse como la materialización en un poder jurídico parcial que satisface un interés público constituido sobre un

²⁹ LANZIANO, Washington. Estudios de Derecho Administrativo, UR Mdeo 1996 pág. 448

inmueble a favor del uso público directo o indirecto a través de una empresa pública³⁰.

Marienhoff define a la servidumbre administrativa como: “Ha de entenderse por servidumbre administrativa, o pública, el derecho real administrativo constituido por el Estado (“lato sensu”) sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen”³¹

Por otra parte aquella reglada por el derecho civil satisface un interés esencialmente privado.

En realidad, constituye una división que sólo posee una diferencia que se encuentra en la inmediatez en el fin público que se procura, ya que, siempre será un derecho real sobre cosa ajena, y aún más, el fin de la que es reglada por el derecho civil también constituye un fin mediatamente público.

Existe una particularidad en nuestro derecho sobre estas, ya que normalmente el beneficiario de la servidumbre es el titular de un predio lindero, pero existen normas en donde se atribuyen servidumbres a determinadas personas jurídicas por sobre todos los bienes. Así el artículo 4 de la Ley número 11.907 establece: “Declarase de utilidad pública y comprendidos en el art. 4 de la Ley número 3.958 y sus modificaciones, los bienes necesarios para la realización de los fines que se cometen al Ente (OSE) que se crea, quedando por los sujetos a expropiación. Asimismo quedan gravados con servidumbres de estudio, paso, búsqueda, extracción, y depósito de materiales, pastoreo, ocupación temporaria con campamentos, trabajo, desagües superficiales o subterráneos e instalación de cañerías de agua corriente, todas las propiedades del país...”. Con esta se esta permitiendo realizar sus cometidos con una mayor facilidad y con más posibilidad.

³⁰ MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, Tomo III, Depalma BsAs 1982 pág. 272

³¹ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Abeedo –Perrot, BsAs 1965 pág. 74

C- OCUPACIÓN TEMPORARIA

La ocupación temporaria consiste en una restricción del derecho de propiedad privada sobre un determinado bien inmueble, en tanto, debe de soportar su titular que el mismo sea utilizado por la autoridad pública.

Su fundamento radica esencialmente en la necesidad y su típico ejemplo es cuando se suscitan calamidades y se vuelve indispensable asentar, por ejemplo, un campamento medico en un predio de un determinado particular.

Se diferencia esencialmente con la expropiación en que no hay una transferencia de la propiedad sino meramente la obligación de soportar que la propiedad de uno sea utilizada de determinada manera por otros sujetos. Esta además, siempre reviste el carácter de temporaria y precaria porque puede cambiar en cualquier momento, y al igual que la expropiación, la misma debe de ser indemnizada, pero a diferencia de aquella, la indemnización será posterior al daño por la imposibilidad de su previa imposición.

Se diferencia de otros institutos como de la servidumbre, primero en su temporalidad, ya que la servidumbre puede ser perpetua, y segundo, en la afectación al uso del bien, ya que la servidumbre siempre lo afectara parcialmente mientras que la ocupación temporaria puede implicar la privación total del uso del mismo por parte de su propietario. Con respecto a la diferencia con la requisita, en mi opinión, se encuentra en el bien sobre los que se aplican estos institutos, ya que la ocupación temporaria se asienta normalmente en bienes inmuebles la requisita debe hacerse sobre bienes fungibles que serán consumidos.

Su aplicación deberá estar dispuesta por ley y se deberá seguir las condicionantes del artículo 35 de nuestra Constitución de las que posteriormente abundaré.

Si bien su fundamento original y básico radica en la necesidad ante catástrofes también es tomada como un instrumento de utilidad pública en cuanto permite a la Administración hacer

posible, por ejemplo, determinadas obras.

En Argentina existe una particular en lo que refiere a su régimen de aplicación, ya que, se efectúa una división entre lo que se denomina ocupación temporaria normal (artículo 58 de la ley 21.499) y la anormal.

Así la ocupación temporaria normal es aquella que la ley determina y que obedece a la utilidad pública, y requiere que su aplicación sea dispuesta por un Juez a requerimiento de la Administración, y tiene además un límite máximo de dos años y es indemnizable.

En cambio, la ocupación temporaria anormal debe obedecer a una razón urgente, y en esta es la propia Administración quien toma directamente el bien sin intervención del juez. Esta no es en principio indemnizable, salvo que se ocasionen daños en la cosa³².

D- REQUISA

La requisita sería el recuento y embargo que se hace de cosas necesarias en tiempo de guerra³³, por ejemplo alimentos para las tropas o para personas necesitadas. Los bienes objeto de la misma son aquellos de carácter fungibles como el trigo, azúcar, ganado, etc.

Autores como Dromi consideran que la requisita también puede recaer sobre bienes que no sean muebles, incluso se podría exigir servicios, sin embargo no considero que sea lo correcto, ya que por ejemplo exigir que se permita, mediante la requisita, la ocupación de un inmueble no es propiamente una requisita sino una ocupación temporaria.

Dromi nos dice que comprende una operación unilateral de gestión pública por la cual la Administración exige de una persona la prestación de una actividad, la provisión de objetos mobiliarios, el abandono del goce de un inmueble, o de empresas, para hacer, con un fin determinado, un uso conforme al interés general³⁴. Me remito a lo manifestado anteriormente sobre

³² BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales I. Abeledo-Perrot, BsAs 1992 pág. 393.

³³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, TOMO 2 Madrid 1984 pág. 1177

³⁴ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

esta definición.

En nuestro derecho debemos destacar el artículo 35 de nuestra Constitución que dispone que “Nadie será obligado a prestar auxilios, sea de la clase que fueran, para los ejércitos, ni a franquear su casa para alojamiento de militares, sino de orden del magistrado civil según la ley, y recibirá de la Republica la indemnización del perjuicio que en tales casos se le infiera”.

Por lo que, nuestra Constitución estableció la posibilidad de la requisita expresamente, pero la condiono a que sea impuesta por un Magistrado, y que además, siguiendo los principios generales, se le indemnice de los daños que la misma infiera.

No existe en dicho artículo ninguna referencia a carácter de previo de dicha indemnización, si nos atenemos al contexto de la constitución podríamos llegar a concluirlo, sin embargo, si nos atenemos a la realidad que puede motivar una decisión de esta especie, a la debida urgencia, y a la imposibilidad de cuantificar los daños, ya que hasta que la necesidad cese los mismos seguirán aumentando, esa indemnización será necesariamente posterior a la medida.

Ese concepto original ha evolucionado en el correr de los siglos, ya que en sus orígenes fue únicamente un instituto fruto de las campañas militares, en donde se consagro en el derecho una obligación que se daba en los hechos consistentes en el alojamiento, alimentaron, etc, de las tropas en caso de guerra, y en la actualidad la requisita también se le podría aplica una aplicación estrictamente civil.

Por lo expuesto se puede deducir las diferencias con la expropiación, la primera es el objeto sobre el que recae, ya que deberá ser de carácter fungible, en tanto la expropiación puede ser sobre toda clase de bienes; la segunda es que la indemnización no podrá ser previa; la tercera es que la implantación de medida será decidida por un Juez; la cuarta es el fundamento directo de la misma que no esta en la necesidad o utilidad publica sino en una necesidad concreta, así los españoles la

denominan como la expropiación en estado de necesidad.³⁵

Para finalizar cabe mencionar el artículo 45 de la Ley Orgánica Militar, Decreto-Ley número 14.157 el que establece que procede la requisa en las circunstancias extraordinarias a que se refiere el ordinal 17 del artículo 168 de la Constitución de la República (medidas prontas de seguridad), para asegurar los suministros necesarios para abastecer a las Fuerzas en servicio u operaciones, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 35 de la Carta.

E- DECOMISO

Es también denominada incautación y constituye una sanción por poseer objetos que están prohibidos o fueron fruto de delitos y sus efectos son la sustracción de dichos objetos a su titular. Es una verdadera pena por la que se le priva del derecho de propiedad sobre esos bienes a su titular. Es común en el ámbito aduanero.

Corresponde distinguirlo del secuestro, de la confiscación y de la expropiación, sobre todo por su fundamento y razón de ser, ya que no obedece a ninguna necesidad, ni a ninguna utilidad pública o posible conveniencia, sino directamente a una sanción que se le aplica a un sujeto por poseer objetos que la legislación a determinado que sean prohibidos, un ejemplo es el decomiso aduanero de todo aquel bien que ha entrado al país ilegítimamente, o sea, los bienes que ha introducido a través de la modalidad delictiva de contrabando.

Su imposición debe de estar amparada necesariamente en una ley en el sentido orgánico formal que lo habilite; y por su naturaleza de pena, al amparo del artículo 12 de nuestra Constitución, necesariamente su imposición debe de ser precedida por un debido proceso y una sentencia de carácter jurisdiccional. En esta materia existe una particularidad ya que parte de la jurisdicción aduanera, la de bajos montos, que resuelven, entre otras cosas sobre estos aspectos, esta confiada a la propia Administración siendo una de las pocas excepciones en nuestro régimen a la

³⁵ MOREL OCAÑA, Luis. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Aranzadi. Pamplona 1998 pág. 690

exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función judicial.

F- CONFISCACIÓN

La confiscación es una medida policial o pena que tiene por efecto transferir al poder público la propiedad de un bien o de todos los bienes de una persona³⁶, aunque también no tiene porque implicar la transferencia de todo el dominio pero si de la absoluta disposición sobre el mismo. Obviamente por su carácter de pena no sería indemnizable su aplicación.

Por la trascendencia que tiene esta pena nuestro constituyente la ha prohibido expresamente cuando la misma obedece a un fin político, así el artículo 14 de nuestra constitución dice: “no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes por razones de carácter político”.

Su imposición debe de estar amparada necesariamente en una ley en el sentido orgánico formal que lo habilite; y por su naturaleza de pena, al amparo del artículo 12 de nuestra Constitución, necesariamente su imposición debe de ser precedida por un debido proceso y una sentencia de carácter jurisdiccional.

³⁶ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. La expropiación. Mdeo. 2007. Ed. Carlos Alvarez. pág. 38

G- SECUESTRO

El secuestro a diferencia de casi todas las anteriores no implica la transferencia del dominio de la propiedad sobre la cosa, sino que, la misma pasa a ser “poseída” por otra persona, pero con el único cometido, y potestad, de custodiarla y efectuar todas las medidas tendientes a su conservación.

Suele aparecer como una medida procesal de garantía tanto civil como penal, y por lo tanto de carácter provisoria.

Un ejemplo en el ámbito penal es cuando el Magistrado dispone se secuestren las cosas hurtadas, por considerarse objeto prueba, y posteriormente a que se ha efectuado este cometido la mismas son restituidas a sus legítimos propietarios.

Su origen normalmente suele estar en la disposición legal que habilita a un órgano jurisdiccional para que, si considera pertinente, tome esta medida, pero no quita que los particulares, en uso de su libre voluntad puedan convenir la misma a los efectos de establecer una garantía en tutela de sus derechos en una transacción civil o comercial cualquiera.

H- NACIONALIZACIÓN

La nacionalización por más que muchos autores la diferencian de la expropiación por la generalidad de los bienes que son expropiados, a mi entender, no es más que una expropiación sobre una propiedad determinada que tiene la particularidad de pertenecer a una persona de un país distinto del que la propiedad se encuentra, o bien, se desconoce quien es el propietario del bien expropiado.

Dicho bien podrá ser expropiado para que sea explotado por el mismo Estado, o por una sociedad comercial que le es propia, o bien puede ser confiado a una persona jurídica que sea nacional a ese mismo Estado.

Con respecto a su fundamento, puede ser si por necesidad o utilidad pública, pero sin dudas va

a tener un móvil político que la incidirá en forma trascendental.

Para su aplicación se deberá aplicar el régimen de la expropiación, y la concretización de la misma, por la privación a la propiedad que efectúa, hace necesaria la indemnización de los daños causados.

I- EXPROPIACIÓN

Sayagués Laso definió la expropiación como “un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación.”³⁷ Esta definición también ha sido seguida por la mayoría de nuestra doctrina³⁸.

Couture³⁹ entendió la expropiación como: “1) La acción y efecto de privar a sus propietarios, por causa de necesidad o utilidad públicas, de bienes habitualmente inmuebles mediante justa y previa compensación. 2) Procedimiento administrativo y eventualmente judicial dirigido a hacer efectiva la expropiación”

Para Borda⁴⁰ la expropiación consiste en la apropiación por el Estado de un bien por razones de utilidad pública mediante el pago de una justa indemnización, el autor además considera que es posible en el Derecho Argentino que puedan expropiarse bienes de un Estado provincial incluso los propios de su dominio publico.

El Diccionario de la Real Academia española define a la acción de expropiar como “desposeer de una cosa a su propietario, dándole en cambio una indemnización, salvo casos excepcionales. Se efectúa legalmente por motivos de utilidad pública”⁴¹

López Guerra nos da otra definición ya que lo encara desde otra perspectiva y lo ve como una garantía del individuo a que el derecho de propiedad no sea avasallado por el Estado ya que por el mismo se exige el cumplimiento de determinados requisitos, como ser la calificación legislativa de necesidad o utilidad publica, la previa y justa compensación, etc⁴².

Si bien es cierto que la reglamentación de la expropiación implica una serie de garantías al individuo, no considero que su esencia esté en garantizar, por cuanto su fin es otro que es el de

³⁷ SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Mdeo 1959 T II pág 312 y ss

³⁸ PRAT. JA. Derecho Administrativo. Acalí Editorial, Mdeo 1979, tomo 4 vol 1, pág. 75; MARTINS, Daniel Hugo “La inconstitucionalidad de las modificaciones al proceso de toma urgente de posesión en la reciente ley de presupuesto”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal. FCU Mdeo 2005 N° 2 pág. 442.

³⁹ COUTURE, Eduardo J. Vocabulário Jurídico. Depalma. Buenos Aires 1983 pág. 278

⁴⁰ BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales I Abeledo-Perrot. Bs As 1992 pág. 345

⁴¹ DICCIONARIO D ELA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo I Madrid 1984 pág. 622

⁴² LOPEZ GUERRA, Luis. Derecho Constitucional. Vol 1 Tirant to Blanch Valencia 2000 pág. 415

apropiarse de un derecho ajeno sobre un bien. Lo que si entiendo como esencial en este instituto es el reconocimiento al Poder Publico de poder privar el derecho de propiedad de un o de una categoría de sujetos, mediante determinadas reglas sobre un determinado bien.

Comparto la definición del Maestro Sayagués Laso, por lo que entiendo a la expropiación como un instituto de derecho publico por medio del cual el Poder Publico puede apropiarse de un determinado bien que resulta necesario o útil a la sociedad a través de un determinado procedimiento y bajo determinadas condiciones.

En Argentina se entiende “La expropiación, como toda limitación al derecho de propiedad, concilia los intereses públicos con los privados (C.S.J.N., 26/6/67 “Provincia de Santa Fe c/ Nicchi, Carlos Aurerio”, Fallos 268:112; también, 22/6/76, “Gobierno Nacional c/ Roca, Agustina y otros”⁴³. No es por ser demasiado crítico pero tampoco considero a la expropiación como toda limitación al derecho de propiedad, sino como, una atribución al Poder Publico de poder apropiarse de la titularidad de un determinado bien, y así, no lo confundimos con las restricciones o con toda la amplia gama de limitaciones al derecho que he expuesto con anterioridad.

También debemos reconocer a la expropiación como un instituto excepcional, en cuanto el principio general debe ser el respeto de los derechos individuales y la hipótesis de apropiación forzada del derecho de propiedad sobre un bien concreto considero debe tomarse como una excepción por implicar la privación absoluta del derecho sobre un determinado bien. Excepción esta que además debe de obedecer a una determinada finalidad, que nuestra Carta sabiamente supo calificar expresamente.

En nuestro derecho su regulación se basa en la ley número 3.958 del 28 de marzo de 1912 y en los artículos 32, 231 y 232 de la Constitución, sin perjuicio de múltiples normas particulares.

⁴³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina BsAs 1999 pág. 655

Con respecto a la expropiación con toma urgente de posesión de la ley 17.930, no pretendo abundar en ella, pero algunos autores la consideran como un proceso previo a la concretización de la expropiación con naturaleza cautelar, otros manifiestan su clara inconstitucionalidad, como Martins⁴⁴, por violar las garantías del debido proceso y por vulnerar la justa y previa compensación, por más que la escrituración se dará tras la efectivización del procedimiento expropiatorio común.

En mi opinión es muy cuestionable si esta disposición es o no constitucional, una de las serias ilegitimidades que le aprecio es la ausencia de fundamento para que se resuelva de esta medida sin oír al lesionado, ya que el entendimiento del proceso por este no cambia en nada la situación de la Administración, lo que sería violatorio del principio de debida defensa. Si se podría decir que posteriormente se podrá presentar y manifestar lo que le plazca pero su situación ya no será la misma, ya que, estará sufriendo un importante perjuicio al estar privado del uso y goce del bien que solamente en los papeles le pertenece.

Por otra parte, en mi opinión, la Constitución marca el momento en el cual la Administración puede ocupar el inmueble, y es cuando la indemnización justa ya ha sido abonada en una cuarta parte. Mi conclusión se funda en lo dispuesto en el artículo 232 de la Constitución que dispone “...la entidad expropiante no podrá tomar posesión del bien sin antes haber pagado por lo menos la cuarta parte del total de la indemnización.”

Si bien esta disposición se refiere a aquellas destinadas a planes o programas de desarrollo, en mi opinión, marca la “intención” de nuestra Constitución en la materia, que debe de ser indudablemente tenida en cuenta por el interprete, por la cual, el momento en que se concretiza la expropiación es cuando se ocupa el inmueble, y no cuando se lo escritura, como algunos dicen.

La afectación al derecho, la limitaciones al mismo, se da inicialmente, con esta ley, cuando

⁴⁴ MARTINS, Daniel Hugo. La inconstitucionalidad de las modificaciones al proceso de toma urgente de posesión en la reciente Ley de Presupuesto en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, n° 2 (2005). FCU pág. 446

se lo priva al sujeto de disponer del bien, cuando se ocupa el bien imposibilitando el uso y goce del mismo por su propietario. Para ese momento ya se le debió haber pagado, por lo menos, un cuarto de la indemnización total, y como en este procedimiento especial no se sabe cual será la indemnización, ya que, la misma es una simple estimación de la Administración, todas las expropiaciones que se efectúen por esta ley serian inconstitucionales.

Sin perjuicio de las dudas que nos puede causar esta disposición legal, lo que no debemos dudar es que esta ley constituye un privilegio desmedido a favor del Estado, por la importante disminución de las garantías antes de verse el derecho individual seriamente perjudicado, que no es propio de un Estado de Derecho Moderno.

Ahora bien, para poder tener un entendimiento más profundo de este instituto debemos analizar sus caracteres, y estos son:

- 1 - Es un instituto de derecho público
- 2 - Constituye un complejo de exigencias para poder ejercer el poder en la materia
- 3 - Obedece a un fin esencialmente público
- 4 - Sus motivos posibles están especialmente calificados
- 5 - Se debe indemnizar a los lesionados
- 6 - La indemnización debe de ser normalmente previa

1 - Es un instituto de derecho público

El régimen jurídico aplicable a la expropiación es más que un conjunto de normas referentes al mismo tema, es un complejo de disposiciones que regulan todas las exigencias para poder ejercer el poder expropiatorio sobre un bien, las que además poseen unidad de objeto y finalidad, por lo que considero que se trata de un verdadero Instituto regulado en nuestro Derecho.

Pero no es un Instituto que sea susceptible de ser regulado por la voluntad de los particulares, ya que, o por su vinculación necesaria como parte del Estado, por estar constituido por normas que deben de ser necesariamente de Orden Publico, no sólo por su efecto de imposibilidad de modificación de los particulares, sino por ser su regulación un asunto de regulación primordial de la sociedad; a lo que debemos sumar la necesaria vinculación con la finalidad publica, por lo que no podemos dudar que es de aplicación del Derecho Publico, lo que me hace calificarlo como un Instituto de Derecho Publico.

2 - Constituye un complejo de exigencias para poder ejercer el poder en la materia

Nuestra regulación constituyen por una parte una verdadera garantía para el propietario lesionado en su derecho, en cuanto la expropiación debe obedecer a determinadas circunstancias y la efectivización de la misma esta precedida de una serie de medidas tendientes a indemnizar o evitar el daño mayor, las que a su vez, se ven reforzadas por la posible intervención de un órgano Jurisdiccional en la materia. Por otra parte, constituye un complejo de etapas, un procedimiento, que deberá de seguir el Estado para poder expropiar un bien, las cuales deben estar precedidas por un complejo de exigencias que se deben cumplir. Si estas no se dan la expropiación pasará a ser irregular y por lo tanto inconstitucional.

3 - Obedece a un fin esencialmente público

El Insitito de la expropiación está instaurado para hacer posible que el Estado pueda hacer efectivos sus fines, ya que, de lo contrario, por el principio general del respeto a la propiedad, si existen razones de interés para la sociedad en por ejemplo efectuar alguna obra seria necesario negociar con cada propietario, y si es que estos admiten, el Estado se podría apropiarse de determinados bienes inmuebles.

Por lo que es un instrumento a beneficio del Estado que hace posible que esta pueda realizar

sus fines.

Se podría decir que por más que no existiese esta normativa ésta atribución al Estado igualmente existiría, ya que, estaría implícito en los poderes del Estado cuando así fuese necesario para efectuar sus cometidos, sería en base a la doctrina de los poderes implícitos de Marshall, y la regulación de este instituto pasaría a ser una mera garantía para el Administrado, cosa que algunos autores entienden como correcta.

En mi opinión, y dado nuestro ordenamiento jurídico, que es coincidente con el de las mayorías de las Constituciones del Mundo Occidental, no podríamos sostener que el Estado de por sí lo podría efectuar. En nuestro ordenamiento jurídico, como he abundado con anterioridad, reconoce como pre existente a nuestro ordenamiento jurídico la existencia a este derecho y, por lo tanto, no podría restringir algo que no ha creado. Además si nos atenemos a la redacción del artículo 32 de nuestra Carta mi conclusión parece evidente si nos atenemos a lo literal ya que el mismo manifiesta “...Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad...”, en este artículo encontramos el principio general que es que nadie podrá ser privado de este derecho. Se emplea el termino “sino” lo que es una salvedad resultando la privación claramente una excepción de la simple lectura de dicho artículo.

Es necesario resaltar que la primera frase del artículo 32 consagra la inviolabilidad del derecho pero establece a su vez que dicho derecho esta sujeto a lo que dispongan las leyes por razones de interés general, a mi entender, dichas expresiones se refieren a lo que se denomina “restricciones” al derecho de propiedad como limitación que ya he analizado con anterioridad, y no se debe confundir con las privaciones, que es lo que refiere el párrafo que esta en anterioridad analizado.

4 - Sus motivos posibles están especialmente calificados

Para determinar cual es el motivo y por lo tanto la razón de ser de la restricción, debemos ver el fin de la misma, siguiendo así aquella conocida frase de Aristóteles por la cual los fines hacen oficio de principios

Así debemos analizar a que tiende la medida para poder saber cual es su motivo, así podemos encontrar fines inmediatos, como por ejemplo la realización de una obra, y fines mediatos como la necesidad o utilidad pública. El fin que debemos analizar es el mediato pero siempre teniendo en cuenta que el fin inmediato debe estar necesariamente ligado a aquel otro, y dicha apreciación debe valorarse según el principio de razonabilidad.

El motivo en nuestro derecho esta especialmente restringido siendo únicamente motivos validos la necesidad, la utilidad pública y los planes y programas de desarrollo económico.

Por lo que, una expropiación debe de obedecer mediata o inmediatamente a uno de estos tres fines para que la expropiación no sea ilegítima, o más específicamente, inconstitucional.

Debemos tener en cuenta la diferencia entre el motivo, que es el presupuesto de hecho de la medida, de la motivación, que es la exteriorización del motivo. La motivación es un elemento indispensable del acto administrativo y del Estado de Derecho⁴⁵, ya que es en virtud de esta que el Administrado sabrá porque se le expropia de un determinado bien.

Este motivo debe además ser declarado en la norma que habilita la expropiación, y puede efectuarse en forma genérica como el artículo 4 de la ley número 11.907 que nos dice: “Declarase de utilidad pública y comprendidos en el art. 4 de la Ley N° 3.958 ... y sus modificaciones, los bienes necesarios para la realización de los fines que se cometen al Ente que se crea, quedando por tanto sujetos a expropiación”. También podría ser específica, la que para mi juicio es la correcta y realmente cumple las garantías constitucionales, por esta se individualiza un bien por su número de

⁴⁵ RIVERO, Jean: Droit Administratif. Dalloz Paris 1980 pág. 102

padrón, deslinde, etc.

No pretenderé abundar que se entiende por necesidad o por utilidad pública, que sin dudas constituyen conceptos jurídicos indeterminados, pero sin embargo resulta evidente que el concepto de utilidad implica muchas más hipótesis de las que incluye la necesidad y corresponderá al interprete analizar cada caso, utilizando su razón y buen criterio para definirlo.

Simplemente es bueno señalar que la determinación genérica del motivo y la atribución a la Administración, sin más, de determinar los bienes a expropiar a mi juicio es tachable de inconstitucionalidad.

El motivo debe de analizarse en cada caso y no debe ser la Administración la que lo determine sino el Legislador, por lo que, por más que una declaración genérica del motivo sea efectuada y que la Administración realmente actúe con un motivo correcto, la actuación en estas condiciones, a mi juicio, es ilegítima, ya que, el motivo siempre debe de determinarse en cada caso por el Poder Legislativo, y una declaración genérica no debe de admitirse por cuanto dependerá de la Administración que el acto de designación obedezca o no a un motivo legítimo.

5 - Se debe indemnizar a los lesionados

El artículo 32 de nuestra Carta dispone expresamente que se deberá, antes de que se efectivice, indemnizar al lesionado. Indemnización está que manda ser justa y previa a la concretización de la expropiación.

Ello está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 24 de nuestra Carta en cuanto el Estado siempre debe indemnizar a los individuos que lesione en su actuar, responsabilidad está, que a pesar de lo que dice parte de nuestra doctrina, es claramente objetiva.

La calificación de justa de la compensación por nuestra Constitución implica que la misma no solamente debe de cubrir el valor del inmueble sino la totalidad del daño que sufre el privado de su derecho, lo que no solamente implica el lucro cesante y el daño emergente, sino también el daño

moral, y cuando me refiero a daño moral no sólo me refiero a aquellas hipótesis en las que se expropia un bien con tradición familiar o de especial afecto, sino también la simple molestia y el trabajo que se tiene por la expropiación. La justicia tampoco implica que se tenga que ver enriquecido el lesionado, aunque, en base a esto nuestra jurisprudencia termina perjudicando al lesionado en lo referente a la estimación del valor.

No pretendo en el presente trabajo analizar que se debe resarcir ni como se debe hacer, o que criterios seguir, simplemente en mi opinión el resarcimiento debe ser integral, sin excluir a ningún rubro, y bajo la duda, se debe proceder a favor del lesionado en sus derechos, que es quien, no tuvo ninguna culpa de la concretización de la medida que llevo a la expropiación, quien no tiene como escapar de la misma, y quien en ultima instancia siempre será el perjudicado por ella.

6 - La indemnización debe de ser normalmente previa

Nuestra Constitución dispone que la indemnización deberá ser previa, salvo en la hipótesis del artículo 232 de la Constitución, pero es necesario determinar previa a que.

Por ejemplo en el artículo 19 de la Constitución Chilena de 1980 después de su reforma del 2005 dice expresamente que “La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización”, cosa que no se ha dispuesto en nuestro derecho, sin perjuicio de lo cual, debemos llegar a la misma conclusión.

El principio general de nuestra constitución es que los individuos deben de ser protegidos en el goce de sus derechos, en el caso de la expropiación, la privación de su derecho, según el artículo 32 de nuestra Constitución debe de ser previa, y este termino debe de referirse a previamente a que el derecho se vea lesionado, más específicamente, la constitución reconoce el derecho de propiedad y para que se pueda privar a uno de ello se lo debe indemnizar previamente. El derecho del propietario no sólo se ve privado cuando se escritura el inmueble sino también cuando se privan de sus efectos, de su uso y goce, por lo que, la indemnización debe de efectuarse

antes que cuando se escritura el bien o antes que se tome la posesión del mismo, dependiendo cual de las dos opciones se efectúe primero.

Existe la hipótesis del artículo 232 de la Constitución, en la cual se debió haber pagado por lo menos una cuarta parte de la indemnización para poder ocupar el inmueble, salvo en los casos de pequeños propietarios.

La hipótesis de este artículo resulta de una contrariedad evidente con el principio original y fundamental que ha tenido nuestra Constitución, y por dicha contrariedad se debe de considerar como una excepción, y como tal, solamente se podría interpretar que el pago de la indemnización total no sería previo sólo en aquellos casos que la constitución expresamente lo dispone, no pudiendo de ninguna forma ampliar dicha interpretación a otras situaciones.

BIBLIOGRAFIA

AHREND, Heinrich. Curso de derecho natural ó de filosofía del derecho Traducido por Ruperto Navarro. Ed. Boix Madrid 1841

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. De la Propiedad e Igualdad y Límites a extranjeros en cuanto a la Propiedad en La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Obra Colectiva, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005

BACACORZO GUSTAVO, Derecho Administrativo del Perú. Tomo I. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1992

BENTHAM, Jeremy. Tratado de legislación civil y penal. Tomo I Madrid 1821 Ed D. Fermin.

BIELSA, Rafael. Principios de derecho administrativo Depalma Bs As 1963

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales I. Abeledo-Perrot, BsAs 1992

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Derecho Publico FCU 2005

Rev. Del Centro de Estudiantes de Derecho, tomo XX, setiembre de 1959 N° 87

COUTURE, Eduardo J. Vocabulário Jurídico. Depalma. Buenos Aires. 1983.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOZA, Manuel, Elementos de Derecho Administrativo, Segundo Curso, Noriega Editores, Editorial Limusa, 1° edición, 1989

DELPIAZZO, Carlos. El objeto de la expropiación Anuario de Derecho Comercial tomoV

DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo Especial. Tomo II. 3° ed. AMF 2010

DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo Uruuguayo Porrúa – UNAM México 2005

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2005

DURAN MARTINEZ, Augusto. La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins. FCU

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. La expropiación. Mdeo. 2007. Ed. Carlos Alvarez.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo Tomo I Civitas Madrid 1983

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol I Instituto de Estudios Politicos Madrid 1976

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional, Edicion Camara de Senadores, tomo I, Mdeo 1992

LANZIANO, Washington. Estudios de Derecho Administrativo, UR Mdeo 1996

LEÓN XIII, Encíclica Rerum Novarum Vaticano Roma el 15 de mayo de 1891

LOCKE, Jhon. Tratado sobre el gobierno civil

LOPEZ GUERRA, Luis. Derecho Constitucional. Vol 1 Tirant to Blanch Valencia 2000

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Abeedo –Perrot, Buenos Aires, 1965

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Abeedo –Perrot, Buenos Aires, 1965

MARTINS, Daniel Hugo La inconstitucionalidad de las modificaciones al proceso de toma urgente de posesión en la reciente ley de presupuesto, en Revista Uruguaya de

Derecho Procesal. FCU Mdeo 2005 N° 2

MARX, Karl Miseria de la Filosofía Ed Siglo Mexico 1981 p 250

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, Tomo III. Depalma BsAs 1982

Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Librería Editorial Arquidiocesana,
Montevideo 2005

MEJORADA CHAUCA, Martín. Restricciones por Seguridad Nacional en La
Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Obra Colectiva, Tomo I, Gaceta
Jurídica, Lima 2005

MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes Tomo I. Traducida por Don Narciso
Buenaventura. Imprenta Don Marcos Bueno. Madrid 1845

MOREL OCAÑA, Luis. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Aranzadi. Pamplona
1998

PATRON FAURA, Pedro y PÁTRON BEDOYA, Pedro, Derecho Administrativo y
Administración Pública en el Perú, Lima, Ed. Grijley, 2004

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Derecho Civil, Vol. 3, Edit. Harla, México, 1997.

PRAT. Julio. Derecho Administrativo. Acali Editorial, Mdeo 1979, tomo 4 vol 1

REAL, Alberto Ramón. Época a considerar en la compensación expropiatoria. Función
social de la propiedad en Revista del Centro de Estudiantes de Derecho tomo XX set 1959
N° 87.

RISSO FERAND, Martin. Derecho Constitucional Tomo I FCU Mdeo 2005

RIVERO, Jean: Droit Administratif. Dalloz Paris 1980

SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Mdeo 1959 T II

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: Derecho Administrativo, Tomo VI,
Limitaciones a la propiedad TEA Bs As 1956