

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



PROPIEDAD Y CONSTITUCIÓN

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

CONTENIDO

	Pág.
I. El artículo 45 de la Constitución Política y su contenido	16
II. La propiedad como institución en un régimen liberal de propiedad mixta.	17
1) La institución de la propiedad y el sistema de libre mercado	17
2) La jurisprudencia constitucional y su alcance actual: una doble reserva tutelar (de Constitución y de ley)	20
3) Limitación, delimitación y "función social" de la propiedad privada. El problema de las autorizaciones y sus órdenes	20
4) Sentido estricto y ubicación constitucionales del giro "función social" de la propiedad.	22
5) Técnicas de garantía.	24
III. El derecho subjetivo de propiedad y su garantía: expropiación y limitaciones expropiatorias.	25
IV. Las reformas, propuestas y proponibles	27
La reforma propuesta.	27
V. Nuestra reforma	30

I. EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU CONTENIDO

Dispone el artículo 45 de nuestra Carta:

Art. 45. "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés Social".

El artículo 45 de la Constitución Política contiene tres normas, a saber: a) la inviolabilidad de la propiedad; b) las limitaciones a la propiedad por una mayoría calificada (dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa); c) la expropiación previa indemnización.

Las limitaciones que contempla son aquellas justificadas en una "necesidad pública" y para satisfacer el "interés social".

Según la Corte Plena (votación núm. 19 de 25 de marzo de 1983) las limitaciones por intereses distintos de los "sociales" no están contempladas en el artículo 45 y su adopción legislativa exige la existencia de otra norma constitucional que las autorice, sin lo cual el artículo 45 las prohíbe, por el hecho de no permitir las. Dado el dogma de la universalidad de la materia disponible para la Asamblea Legislativa, la Corte Plena parece implicar que la prohibición radica, más que en el silencio del artículo 45 respecto de limitaciones a la propiedad por intereses distintos de los "sociales", en la inviolabilidad de la propiedad que declara el mismo artículo 45 párrafo primero, que así tiene que entenderse como declaratorio de una inmunidad del derecho de propiedad frente a cualquier ley limitativa en orden a la satisfacción de intereses de distinta índole, salvo norma constitucional que disponga lo contrario y le dé existencia y eficacia en su contra.

No contempla tampoco el artículo 45 la posibilidad de "nacionalizaciones" o "estatizaciones" de categorías de objetos, que, por evidente mayoría de razón, están regidas por iguales reglas y principios restrictivos que las limitaciones, por ser cercenamientos del campo objetivo de vigencia de la propiedad privada de máxima gravedad, desde

luego que consisten en hacerla legalmente imposible en el respectivo sector.

Para precisar el alcance de la jurisprudencia constitucional citada resulta necesario saber en qué consiste "lo social" del interés a que aluden tanto ella como el artículo 45 párrafo segundo como causa de justificación de las limitaciones a la propiedad autorizadas por dicha norma. La definición aproximada de aquel concepto resulta dada en el Considerando IV del fallo de Corte Plena núm. 19 de 25 de marzo de 1983, ya citado, que en lo conducente dice:

"La solución del problema consiste, pues, en definir en qué sentido se usa el concepto "interés social" en el artículo 45 párrafo segundo de la Constitución, pues de ello depende el ámbito de aplicación de esa facultad extraordinaria que la citada norma constitucional otorga a la Asamblea Legislativa. . .

El vocablo "social" es de un amplio significado, pues se emplea para referirse a todo lo que concierne a la sociedad. Pero también tiene una aceptación más restringida, como lo deja ver el Diccionario de la Academia, al definir ese vocablo en los siguientes términos:

"SOCIAL. Perteneciente o relativo a la sociedad o a las contiendas entre unas y otras clases".

Esa acepción que habla de "las contiendas entre clases" es la que interesa en el presente caso, y es la misma que se usa para aludir a la llamada "cuestión social", a la justicia social, a la doctrina social de la Iglesia, a los problemas sociales, con especial referencia a la necesidad de proteger a las clases de menores recursos económicos, y de allí proviene también el concepto de "función social de la propiedad", que considera a la propiedad no sólo como un derecho sino también como un deber. . .

". . . que en la Constitución de 1949 no se llegó a declarar o reconocer la llamada "función social" de la propiedad; pero sí se mantuvo el mismo concepto de "interés social"; y tanto por la época en que esa regla fue incorporada al Derecho Constitucional patrio, junto con las Garantías Sociales, como por los motivos que impulsaron la reforma y por el sentido que desde años anteriores se daba a esa expresión en la literatura jurídica, no hay duda de que aquel concepto se identifica con los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y con las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social. . ." (págs. 18, 20 y 21 *ibídem*).

II. LA PROPIEDAD COMO INSTITUCIÓN EN UN RÉGIMEN LIBERAL DE PROPIEDAD MIXTA

1) La institución de la propiedad y el sistema de libre mercado (arts. 11, 28, 46 y 50 C. Política).

Una institución es un conjunto de normas que regulan una materia compleja a partir de una idea central, que es el fin que todas tienden a lograr, el bien jurídico que todas tienden a proteger. En el caso de la propiedad es la titularidad exclusiva del derecho de usar, gozar y disponer de un bien, para lo cual es necesario que la ley establezca cómo se adquiere y se pierde, qué contenido y alcance tiene, cómo se transmite y defiende ante terceros, etc. Lo que la Constitución consagra es la idea central, titularidad exclusiva de los derechos sobre un bien, y abandona en la ley el desarrollo de todos los demás aspectos. Se comprende que cuando una Constitución declara la inviolabilidad de la propiedad o reconoce y garantiza su existencia, lo que hace es imponerle al legislador el deber de legislar para consolidar la propiedad privada y darle su régimen en cuanto a modos de adquisición, de ejercicio, de defensa, etc., tanto como un contenido congruente con la idea central de titularidad exclusiva de un bien antes mencionada. Todavía más: la Constitución que lo hace exige que ese régimen legal se dé para universalizar la propiedad como forma normal de relación del hombre con los bienes productivos y de consumo, en forma tal que todos tengan acceso a ella en lo posible y que la propiedad pueda recaer sobre toda clase de bienes, salvo excepción constitucional en contrario. La excepción como tal debe tener fundamento en un fenómeno real de conflicto entre el interés del propietario privado y el de la colectividad, por obra de un excesivo y peligroso poder de aquél radicado en la naturaleza misma del bien, o de la escasez de este último en orden a la satisfacción de una necesidad colectiva de suma importancia. La propiedad es vulnerable, dentro de tal concepción, o bien por reducción de su contenido favorable al propietario, o bien por reducción de su esfera objetiva de aplicación. Esto último puede ocurrir tanto si se dificulta extremadamente la adquisición de la propiedad privada (al complicar los pasos legales necesarios o al hacerlos muy onerosos pecuniariamente), como estatizando o nacionalizando categorías de bienes, con paralela contracción de la oferta en el mercado. La garantía

de la propiedad privada como institución supone al respecto que el dominio público es excepcional y justificado por la inexistencia o la insuficiencia de la propiedad privada en un ramo, con reconocimiento de un haz de potestades adecuado a la satisfacción de los fines que la propiedad privada persigue dentro del mercado.

El artículo 50 de la Constitución Política obliga al Estado a promover el bienestar del país "organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza". Podría interpretarse como norma que consagra la libre iniciativa pública en materia económica, permitiendo al Estado no sólo emprender en lo que quiera para los fines que quiera sino intervenir, dirigir y regular la empresa privada, en su organización y funcionamiento, al servicio de fines que son principalmente del Estado, aunque sean comunes con la iniciativa privada. Debe empezarse por admitirse que el texto es contradictorio si se interpreta técnicamente, pues organizar la producción significa crear las estructuras subjetivas para los fines que el organizador establezca y, en el caso, que el Estado imponga a toda la producción, incluso a la privada, su estructura y fines, como si se tratase de dependencia o hacienda públicas. La contradicción surge de inmediato con la función de fomento de la producción que la misma norma impone al Estado, lo que va necesariamente referido a la empresa privada, dada la imposibilidad de un autoestímulo en la vida económica. La cuestión es que mal puede estimularse la producción privada al tiempo que se impone a la empresa que la desarrolla tanto su organización con sus fines y los demás aspectos esenciales de su funcionamiento dentro del mercado. El estímulo supone libertad del particular para elegir lo de su interés, pues es imposible estimular la inclinación hacia algo impuesto. Si hay actividad estatal de fomento es porque hay coincidencia de metas e intereses entre Estado y particular, nunca imposición, y es facilitando la libre satisfacción del libre interés privado que el Estado logra su fin de fomento. En la medida en que hay imposición, no hay estímulo, y a la inversa, pues el estímulo es un correlato de la libertad. Estimular es ayudar a la libertad a realizar su propósito, no el del Estado, aunque también sea el del Estado.

Es obvio, por otra parte, que el reparto de la

riqueza en función del bienestar de los habitantes del país es incompatible con el capitalismo de Estado, entendido como el monopolio estatal de la propiedad privada sobre los medios de producción, pues tal sistema solo deja en mano privada los bienes de consumo. Y consumiendo sin poder capitalizar nadie adquiere ni acumula riqueza. El reparto de la riqueza supone la existencia de un sistema de libre mercado, donde la regla general y la normalidad efectiva son la titularidad privada de los medios de producción, porque todos tengan el derecho a ser o a convertirse en propietarios y todas las cosas y bienes puedan ser propiedad privada, con las salvedades que contemple la Constitución. Un sistema como el nuestro supone que la propiedad y la empresa privadas son la forma normal de organización de la vida económica, con las salvedades de orden público que ya se apuntaron y que son necesarias e inevitables. Se trata de un sistema donde la iniciativa pública en materia de propiedad y de empresa es subsidiaria, según una filosofía católica de la vida económica, por lo que su función puede ser suplir o complementar la iniciativa privada, no sustituirla ni hacerla desaparecer en virtud de un plan de gobierno, colectivista, socialista o lo que sea. Pese al artículo 50 antecitado, la situación de Costa Rica no es la de España, donde el artículo 128.2 de su nueva Constitución de 29 de diciembre de 1978 expresa y rotundamente consagra la iniciativa pública en materia económica, sin salvedades ni restricciones. En sistema tal, las políticas gubernamentales pueden consistir en el desaliento o destrucción de la empresa privada contrapuesta a un plan de gobierno, que entonces se erige en único parámetro de valoración para establecer la conveniencia y utilidad sociales de la propiedad o de la empresa privadas; en un sistema como el nuestro el Estado sólo puede intervenir en la vida económica para corregir ausencias o disfunciones de la propiedad y de la empresa privadas, que dañen el orden público o resulten de productividad insuficiente, no desde el punto de vista del programa gubernamental, sino desde el punto de vista del libre mercado, que exige cambios radicales para la debida satisfacción del consumidor o del necesitado. Fuera de tal misión correctiva y supletoria, la iniciativa estatal sólo puede darse dentro del mercado para fomentar la empresa privada, si ello no implica destrucción de otra compatible con el orden público, pues caso opuesto, también esa función de fomento resultaría constitucionalmente prohibida por los

artículos 45 y 46 de la Carta. Y no es cualquiera, sino únicamente la actividad privada nociva o insuficiente, por mal abasto del libre mercado, la que puede monopolizarse en beneficio del Estado, municipalidades e instituciones, como lo prevé el mismo artículo 46 *in fine* Constitución Política. De todo lo cual puede concluirse en que el artículo 50 consagra —nada menos, pero nada más— una función reguladora del Estado, tanto normativa como activa, llamada a armonizar la propiedad y la empresa privadas con el bien común, lo mismo que a suplir, corregir, complementar y fomentar su funcionamiento, como el medio más adecuado para aumentar y distribuir la riqueza.

Todo lo cual se compagina muy bien con los artículos 11, 28 y 46 de la Constitución Política, que forman el marco global de relación entre Estado e iniciativa privada, al especificar los principios de legalidad y de libertad como ejes de esa relación y de su régimen jurídico en nuestro sistema económico. El artículo 28 declara fuera de la acción de la ley los actos y actividades del individuo —o de los grupos sociales libremente formados por él— que no dañen la moral, las buenas costumbres ni el orden público; y, correlativamente, el artículo 11 prohíbe que los funcionarios públicos —como depositarios de la autoridad— se arroguen funciones o potestades que la ley no les concede. Queda así perfilado por las dos caras el rostro de la libertad: el individuo y sus grupos son libres, excepto para lo que es socialmente nocivo y prohibido; la autoridad pública únicamente lo es para aquello que se le permite, a título de potestad o facultad concedida por la ley. En el campo económico íntimamente ligado a la propiedad privada, que no es sino instrumento de fundación y desarrollo, tanto como producto de la empresa privada ello equivale a la libertad de industria, agricultura y comercio, también entendida como la libertad de organizar y dirigir libremente la empresa, excepto en lo que choque con aquellos límites señalados por el artículo 28 y que, en el campo económico, aluden principalmente al orden público correspondiente. Este, como expresión de las exigencias básicas de la comunidad en cuanto a la estructura de la economía y en cuanto a la participación del Estado en ella, como regulador o como empresario, se amplía cada día más pero solo puede tener como sentido la construcción y el mantenimiento de esas estructuras en lo necesario para mantener un sistema de libre mercado, cuyo eje sea la libertad de acceso a la propiedad privada y en su explo-

tación, única forma de entender armónicamente todas las anteriores disposiciones constitucionales. El sistema supone que la libertad del propietario y de la empresa son suficientes para satisfacer las necesidades económicas de la colectividad, con los correctivos necesarios para que se tome en cuenta y se coordine también con el interés público o de grupos, eventualmente en conflicto con el egoísmo del propietario o empresario. Esa armonización, que puede alcanzar a una subordinación del propietario o empresario, queda a cargo del Estado, quien podrá optar entre alternativas, como regular, fomentar, competir, etc.

No creemos que la declaración previa del monopolio (por la ley reforzada por una mayoría de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa que prevé el artículo 46 *in fine*) resulte necesaria, dentro de este sistema de libertad, para que el Estado emprenda en una actividad económica, ni aun si lo hace en régimen de desigualdad y como titular de potestades y privilegios de Derecho Público. Se monopoliza normalmente lo que está sujeto a la iniciativa privada, que explota la actividad en cuestión, por lo que dichas potestades no serán necesarias para el ejercicio del monopolio, sino sólo para su organización interna (en punto a estructura y oficinas, administración de personal, administración financiera y aprovisionamiento de medios económicos y técnicos). En su actividad el monopolio se rige normalmente por el Derecho Privado, sobre todo mercantil. Esto revela que lo decisivo para la creación del monopolio no es la necesidad contraria de sujetar la actividad en cuestión al Derecho Público sino la de eliminar las distorsiones que introduce la libre competencia en perjuicio de empresarios y/o consumidores, desde el punto de vista de un adecuado abastecimiento del mercado. Para abastecerlo bien se necesita suprimir la libre competencia, que se revela inepta o peligrosa en esa particular actividad. Cuando dicha libre competencia pueda darse bajo régimen de Derecho Privado y sin distorsiones graves del mercado, el Estado puede competir para otros fines, como la regulación de precios o la apertura de nuevos mercados, precisamente ahí donde la empresa privada no lo haría y más bien para complementarla, por la cuantía de las inversiones o, de plano, por las pérdidas que la actividad acarrea. El Estado no podría monopolizar la actividad, que funciona bien en libre competencia, pero puede participar en ella para que funcione mejor en beneficio de grupos marginados o del mercado

global, al que pertenece el ramo de actividad en cuestión.

Es inevitable, sin embargo, que el Estado actúe siempre bajo un régimen de Derecho público y privado o, más bien, mixto, y nunca en total igualdad con el empresario o propietario privados. Y ello no sólo en su actividad de organización empresarial sino, incluso, en su actividad de explotación y de prestación (industrial o mercantil), pues siempre estará sujeto a un régimen mínimo de Derecho Público, que es el correspondiente al servicio público, y que se expresa más que en privilegios y potestades en cargas y deberes de la administración, inexistentes en el Derecho Mercantil, todo tal y como expresamente lo establece el artículo 4 de la Ley General de Administración Pública, que dispone:

"Art. 4. La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".

Desde este ángulo, la propiedad es el instrumento principal —conjuntamente con la empresa— para la producción y el reparto de la riqueza en un régimen de libertad, con excepciones en beneficio del dominio o del empresario público cuando así lo exija el orden público económico, para corregir males de la libre competencia que afectan la estructura de la economía y valores fundamentales del bien común. Propiedad y empresa son inseparables y la propiedad luce, entonces, como el medio necesario para la fundación y el desarrollo de la empresa, a la cual comunica su régimen como institución fundamental del sistema económico de libertad creado por la Constitución.

El carácter basilar de la propiedad y de la empresa en el sistema imponen dos tipos de protección formal a su existencia y buen funcionamiento, a saber:

- a) una reserva de ley reforzada (por dos tercios de la totalidad de votos de la Asamblea Legislativa), para establecer limitaciones de "interés social" a la propiedad como institución;
- b) una reserva de Constitución para establecer cualesquiera otros aspectos del régimen de la propiedad como institución y, concretamente, para: delimitar su contenido y su ámbito objetivo de vigencia, por razón de

las categorías de bienes sujetas a su régimen y susceptibles de adquisición; para imponer otros tipos de limitaciones; y para "estatizar", "nacionalizar" o "socializar" categorías de bienes.

Esto coincide con la jurisprudencia constitucional al respecto, vacilante pero progresivamente orientada a la tutela de la institución como tal.

2) La jurisprudencia constitucional y su alcance actual: una doble reserva tutelar (de Constitución y de ley).

La jurisprudencia constitucional (de Corte Plena) ha declarado que no existen reglas constitucionales que definan un contenido exacto de la propiedad cuya inviolabilidad garantiza, por lo que el legislador tiene mano libre al respecto (ses. ext. de 10 hrs. del 9 de diciembre de 1971). Y ha declarado igualmente no ser indemnizable, por tratarse de limitaciones y no de expropiación, la sujeción obligatoria de una finca privada al régimen forestal de las llamadas zonas protectoras, constituido no sólo por leyes y reglamentos sino también por decretos y resoluciones del Ministerio de Agricultura, lo que sujeta la propiedad en cuestión a potestades administrativas de contenido indeterminable en lo que mira a su explotación (ses. ext. 17 de mayo de 1984). Fallo este último que sorprende, por omitir totalmente la consideración del art. 72 de la Ley Forestal, que, al contrario, establece la posibilidad de expropiar si el dueño se opone a tal régimen, con pago de la debida indemnización.

Hasta aquí los avances contra la propiedad privada como institución y como derecho subjetivo, ya consumados por nuestra jurisprudencia constitucional. Súbitamente, Corte Plena ha sentido la tesis de que la propiedad privada como institución —en cuanto norma basililar del orden económico— sólo puede ser afectada por limitación o nacionalización de bienes con base en una norma constitucional que lo permita, necesariamente distinta del artículo 45, que sólo autoriza limitaciones de interés social, cuando quieran imponerse otras de diversa naturaleza. Ha dicho Corte Plena en este histórico fallo (ses. ext. núm. 19 de 25 de marzo de 1983): "nótese que la votación de dos tercios no constituye autorización para imponer toda clase de limitaciones a la propiedad, pues el texto se refiere únicamente a las de "interés social"; y véase también que si la Constitución autoriza esas limitaciones por dos tercios de votos,

ello no significó —como es obvio— que la regla sea general para cualesquiera otras limitaciones que fuere posible imponer, *si tuviesen fundamento legítimo en otros textos constitucionales*".

De lo cual se desprende claramente no sólo que los dos tercios de votos son suficientes únicamente para limitaciones de "interés social" sobre la propiedad privada, sino, sobre todo, que no son suficientes para otras limitaciones, salvo que "tuviesen fundamento legítimo en otros textos constitucionales".

La propiedad como institución está protegida en la jurisprudencia constitucional, entonces, no por la garantía de un contenido mínimo indeterminado (pero determinable), sino por dos tipos de reserva de ley: una de ley reforzada (por la votación calificada dicha) para imponerle limitaciones de "interés social"; y otra (reserva de ley constitucional, para imponerle otras limitaciones o intervenciones de distinta naturaleza, como las "nacionalizaciones".

3) Limitación, delimitación y "función social" de la propiedad privada. El problema de las autorizaciones y sus órdenes.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿es lo mismo limitar la propiedad que darle su régimen?

Una autorizada fuente (Eduardo García de Enterría y Luciano Parejo Alonso, Lecciones de Derecho Urbanístico, Civitas, Madrid, 1979, págs. 408 y 409) ha introducido felizmente una distinción entre limitar y delimitar la propiedad privada. Limitarla es condicionar su ejercicio a potestades administrativas o a deberes para subordinarla —como institución— a otra de más alto rango, por la importancia del interés que representa, en un episodio de conflicto entre ambas. Ello ocurre cuando el haz de potestades y facultades que ofrece la propiedad se constituye en amenaza para otros intereses distintos del que es peculiar de la propiedad privada. Delimitar ésta es, en cambio, definir y atribuir esas potestades y facultades del propietario y las sujeciones y deberes correlativos o concomitantes, que sirven como medio para el cumplimiento del fin natural y normal de la propiedad, legalmente establecido. En tanto que la limitación la subordina a la función de otra institución —con la cual colisiona— la delimitación le otorga a la propiedad la suya y natural, conjuntamente con el haz de poderes y deberes (en sentido genérico) aptos para su buen desempeño. El mejor ejemplo está ciertamente en la propiedad

urbanística. Esta se vuelve la sede física de toda la vida social en su grado más intenso, que es la vida urbana. El uso de la propiedad inmueble es obviamente su equipamiento o transformación para la habitación, la circulación de gentes y vehículos y el esparcimiento. La ley regula la transformación (construcción, acondicionamiento, etc.) del suelo para su mejor uso y cuando no puede detallar más, delega hacerlo en el plan urbanístico, que indicará el tipo de transformación, el fin del equipamiento y los deberes y poderes del propietario, tomando en cuenta todos los factores que afectan su actividad y, naturalmente, equilibrando al máximo el interés del propietario con el de la comunidad. Esto es delimitar su contenido. Cuando, a la inversa, el propietario requiere una autorización de sanidad industrial, o de la Dirección de Aeropuertos o de Diseño Vial, a efecto de impedir que la obra urbana lesione los intereses que tales dependencias persiguen, hay una limitación. Sin embargo, la distinción se desvanece cuando las autorizaciones administrativas que condicionan el ejercicio de la propiedad —como típico ejemplo de limitación— son discrecionales, porque pueden servir, entonces, para dictar órdenes y regulaciones que definan los poderes y deberes del propietario en función de intereses que no son de él, sino más bien de un plan o programa de la Administración. Resulta muy difícil, entonces, distinguir entre tales fines y los propios del derecho de propiedad, pues unos y otros determinan por igual su contenido, el haz de poderes y deberes aptos para el cumplimiento de aquellos. Lo dicho revela el peligro principal que amenaza hoy la propiedad privada como institución al servicio del propietario: para coordinarla o subordinarla al interés público inherente o colidente con ella, la ley puede sujetarla a potestades administrativas discrecionales —sobre todo de autorización de su ejercicio— que potencialmente conducen a un régimen de su contenido y función, tanto como de su existencia, indeterminado e indeterminable antes de la circunstancia que motiva la intervención pública, sea autorización u otra cualquiera de índole discrecional. La discrecionalidad le permite a la autoridad negar la autorización, salvo aceptación por el propietario de las condiciones y deberes que le fija en función de intereses públicos que no son de él y que pueden ser, eventualmente, conflictivos con los de él. En realidad lo que ocurre es que la potestad de autorizar discrecionalmente un uso de la propiedad, oculta una relación de sujeción

permanente del propietario con la autoridad que la puede dar o denegar, que sobrevive después de dada y se transforma en una de regular, dirigir y ordenar ese uso en beneficio de la Administración o de la comunidad. La observación obvia que salta a la vista es la de que, dentro de tal esquema, naufragan los principios de legalidad y de reserva de ley, antes explicados, según los cuales (arts. 11 y 28 Constitución Política) la autoridad sólo puede tener las potestades que la ley le concede y el individuo la libertad que la ley no le prohíba. Esta incompatibilidad nace, como es evidente, por el hecho de que la indeterminación de las órdenes y regulaciones que puede dictar la autoridad llamada a autorizar discrecionalmente, cuando lo hace y después, crean una sujeción del propietario o empresario a la Administración que no tiene contenido determinado ni determinable, salvo en el momento en que la autoridad interviene. La reserva de ley se convierte en una de reglamento u orden administrativos. En Francia esta situación ha sido llamada el "servicio público virtual" y su importancia está en que inaugura la vigencia de un nuevo principio, opuesto al de legalidad, que sería el de "necesidad", de acuerdo con el cual la Administración puede hacer todo aquello que resulte necesario en detrimento del propietario o empresario, aunque no haya ley que se lo autorice, siempre que así lo imponga o aconseje el interés público, en la ejecución de un plan de Gobierno o, simplemente, para cumplir un deber encomendado a la autoridad pública. Esta es noción próxima a la llamada función social de la propiedad privada.

La "función social de la propiedad" es un concepto indeterminado pero especialmente usado después de la Segunda Guerra, para denotar la sujeción de la propiedad a la ley y a la Administración en orden al cumplimiento de fines públicos no coincidentes con los del propietario. Por sí nada significa y todo depende de cuál sea en cada ordenamiento su traducción jurídica en poderes y deberes, incluidos en la propiedad como institución en un momento determinado. Es indudable que sólo habrá propiedad privada si hay un equilibrio, al menos, entre los deberes y sujeciones del propietario en beneficio de los demás y sus potestades y facultades en su propio interés. Ese equilibrio es, sin embargo, un hecho económico, y difícil —cuando no imposible— de establecer jurídicamente. Es por ello que la única garantía jurídica operante del derecho de propiedad como instrumento al servicio del propietario y de la so-

ciudad, en pie de cooperación, es no tanto la existencia de un núcleo irreductible de tales poderes del propietario, supuestamente intangible para la ley y para la Administración por igual, cuanto el mecanismo de las reservas de ley especial, que imponen al legislador la carga de una autorización constitucional, o de una votación calificada, o de un procedimiento complicado, para limitar y delimitar el contenido y la función de la propiedad privada. Pero de nada valdría la reserva dicha si, al tiempo, no se exigiera la observancia estricta del principio de legalidad, tanto como de la reserva de ley especial (reforzada o constitucional) para su regulación. Si ello se lograra consagrar constitucionalmente, desaparecerían las sujeciones de la propiedad y del propietario a potestades administrativas superfluas o excesivamente indeterminadas, que se verían sustituidas por la sujeción a potestades regladas en cuanto a motivo, contenido y fin, y a potestades discrecionales exclusivamente en los casos en los que se autorice una actividad prolongada y expuesta a cambios de circunstancias colindantes y eventualmente colidentes con el interés público tutelado al momento de la autorización. En estos casos resulta necesaria e inevitable una vigilancia de la Administración, armada con la potestad de dar órdenes para configurar el contenido de la autorización de acuerdo con aquellos cambios y, en último término, con la de revocarla, con o sin culpa del autorizado.

En todo caso, es éste el problema jurídico más serio que ofrece la "función social" de la propiedad, por lo que, una vez resuelto, resulta no sólo posible sino necesario consagrarla constitucionalmente, en términos tales que no presente los peligros apuntados por violación de principios esenciales del Estado de Derecho: su consagración debe hacerse como contrapolo del interés del propietario, imponiendo al legislador la misión de coordinarlos sin sacrificar grave y permanentemente uno al otro, tanto como el deber de configurar como regladas las potestades administrativas de limitación y delimitación de la propiedad, siempre que ello fuere posible, y con la mayor precisión en cuanto a motivo, contenido y fin dentro del respeto a los principios de legalidad y de reserva de ley, cuando no lo sea.

La función social de la propiedad puede concebirse, incluso, como fuente de un deber de sacrificio del propietario en beneficio de la comunidad y ha de expresarse o bien negando potestades y facultades; o condicionando su ejercicio a interven-

ciones administrativas determinadas (en lo posible); o imponiendo deberes conexos con aquellas potestades y facultades. Pero cuando el origen inmediato de tales detrimentos jurídicos sea un acto administrativo y no una ley, no sólo deberá ser ésta lo más precisa posible en la configuración de la respectiva potestad, según quedó dicho, sino que, además, deberá imponer a la Administración la limitación temporal de los efectos de su ejercicio, de modo que el detrimento no se incorpore permanentemente al contenido de la propiedad cuando tenga tal origen.

Cabe preguntar si para delimitar la propiedad privada será necesaria la mayoría calificada que exige el artículo 45 párrafo final para limitarla por razones de "interés social", cuestión que abarca, en igual sentido, el problema de las "nacionalizaciones"; ¿deberán éstas operarse sólo por ley reforzada en aquella forma?

Se comprende cuánto más peligrosa para la propiedad es la potestad de definirla en su contenido y función propios que en sus relaciones con la comunidad o con otras instituciones, pues si aquella definición del contenido natural queda mal hecha de nada servirán para vitalizarla, como fuente de riqueza y de bienestar, cualesquiera limitaciones, que sólo pueden subordinarla a intereses más altos en un episodio de conflicto. Legislar sobre la propiedad privada, no sólo limitarla, exige igualmente los dos tercios de votos que la Constitución requiere únicamente para lo último, siempre y cuando haya norma constitucional que lo permita, distinta del artículo 45. Caso opuesto, éste lo prohíbe, al garantizar la inviolabilidad de la propiedad como institución.

Y lo mismo cabe decir, por evidente mayoría de razón, cuando no se trate de limitaciones —de interés social o de las otras— sino de operaciones legislativas distintas y más graves para la propiedad como institución, cual la reducción de su ámbito objetivo de vigencia, por "nacionalización" o "estatización" de categorías de bienes, que así escapen al comercio y al libre mercado. Tales operaciones requieren, por mayoría de razón, la votación calificada en cuestión.

4) Sentido estricto y ubicación constitucionales del giro "función social" de la propiedad.

Con decir todo lo anterior no se ha aclarado mucho, pues a lo que finalmente se arriba es al principio —que nadie niega ni puede negar— de que la propiedad también impone deberes en bien de

la comunidad o de los demás grupos, cuando así lo permita la ley. Llamar a esta inevitable subordinación —ocasional o episódica— del propietario frente a la comunidad y a los demás "función social" o "interés público" carece de importancia, pues en ambos casos la realidad jurídica y económica aludida es la misma. Lo que importa, sin embargo, es que el peso de las cargas y deberes del propietario no superen las ventajas que procuran o puedan procurarle sus potestades y facultades, al punto de hacer inútil o no deseable la propiedad privada. Y al respecto no hay ni es posible una definición jurídica precisa, pues tan excesivo es decir que la propiedad privada estará siempre subordinada al interés público como lo inverso. Todo deber y toda sujeción (a una potestad administrativa) son una forma de sumisión del interés del propietario al favorecido con ellos, y, a la inversa, toda potestad y facultad suponen una prevalencia del interés del dueño sobre el sujeto paciente de sus actos o actividades. Y casi no hay derecho que no venga hoy acompañado de múltiples potestades contrarias, para coordinarlo o subordinarlo al interés público, como tampoco un deber que no deje a salvo un margen apreciable y útil de libertad. El Derecho Público todo, cuando sabe hacer las cosas, es un intento logrado de equilibrio entre la autoridad y la libertad, entre el privilegio administrativo y la igualdad, entre la potestad pública y el derecho subjetivo del ciudadano. Y tal equilibrio solo puede lograrse convirtiendo la libertad y la propiedad en la regla y en excepción su limitación y delimitación por obra de la ley o de la Administración basada en la ley. Esto debe significar no sólo que en la duda las leyes deben interpretarse en favor de la propiedad y de la libertad, sino, lo que es igualmente importante, que las restricciones y los deberes del propietario no deben hacer indeseable ni improductiva la propiedad para el propietario, aunque deban ocasionalmente someterlo a intereses comunitarios o de bien común. Nuevamente aquí parece que lo decisivo e importante —lo decisivamente importante— no es tanto el contenido de ese balanceado régimen, de inevitable fragilidad jurídica y política, cuanto el canal formal para su creación y, específicamente, la adherencia del mismo y del acto lesivo a los principios de legalidad y de reserva de ley. Y, como se dijo, ello logrado, pareciera incoherente no aceptar que la "función social" de la propiedad es constitucionalmente debida, sobre todo cuando existe a nivel legislativo y administra-

tivo desde hace decenios, como ocurre en Costa Rica. Todavía más: la única "función social" posible de la propiedad es la que se declara en Constituciones libres, creadoras y reguladoras de una economía mixta, pues es ahí donde tiene sentido atar al propietario a los deberes que conlleva su calidad de tal en relación con una sociedad que sólo de él —y no del Estado— puede obtener los beneficios que derivan de la explotación de un bien. Esta perogrullada es decisiva, sin embargo, para derrotar los esfuerzos de quienes, por amor a la libertad personal, quieren hacer igualmente libre la propiedad, lo que es técnica y jurídicamente imposible. Es el Derecho Económico de los países más desarrollados el que mejor muestra la elasticidad del derecho de propiedad en beneficio de la comunidad, pues es ahí —y no en los países pobres como Costa Rica— donde ese Derecho es más constrictivo y avanzado en contra del interés egoísta del propietario, sin que haya peligro de desaparición de la propiedad como tal. El avance de la planificación y de la restricción en detrimento de la libertad del propietario, fuera de inevitable, puede ser saludable, cuando mantiene condiciones socioeconómicas que permitan una participación en el mercado suficiente para el desarrollo progresivo de la propiedad y de la empresa. Y lo que hay que hacer es aceptar ese hecho histórico constitucionalizándolo, para que no se haga patológico, y dejando reconocimiento y garantía simultáneos de la libertad del propietario como el otro polo del sistema, que debe tomarse en cuenta para crear un equilibrio necesario de intereses. Siempre hemos creído, en síntesis, que la propiedad es una institución que, en cuanto régimen jurídico, debe contemplar un poder exclusivo de goce y disposición sobre un bien, a la par de deberes legales y sujeciones a potestades administrativas especificadas en beneficio de la colectividad, régimen de conjunto que es cambiante a nivel legislativo e inasequible a nivel constitucional. Todo lo que puede y debe hacerse en este último es consagrar esa realidad polar (y, diríamos, dialéctica, si no fuera por la resonancia marxista) e imponer al legislador el deber de coordinar esos polos, con respeto para los principios de legalidad, de reserva de ley y, en general, de todos los que consagra la Carta como fundamentales para la creación y desarrollo de un sistema de libertad, también libre en lo que toca a la economía, regida por el mercado con participación estatal a título excepcional y subsidiario, en beneficio de la

comunidad y del orden público. Es, por esto, por lo que la mejor definición admisible de esa función social, para quien es partidario de la propiedad y de la libertad como fundamentos correlativos de un sistema político-económico, es la lapidaria consagración de la misma por los artículos 153.1 y 3 de la ilustre Constitución de Weimar y 14.1 y 2 de la actual Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, herencia éste de aquél, que dispone:

Artículo 14.

- 1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su contenido y límites serán determinados por las leyes.
- 2) La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común.

No tenemos objeción a que ello se diga en otra forma y, concretamente, con mención del giro "función social" de la propiedad o cosa parecida, pues todo significa lo mismo: la propiedad también obliga al propietario en bien de la sociedad, llámese ello función social o como se quiera.

5) Técnicas de garantía.

Es claro, por todo lo dicho, que la defensa principal del Derecho de propiedad como institución (régimen jurídico) son las reservas de ley reforzada y de ley constitucional antes apuntadas. ¿Son absolutas o relativas? Las hay absolutas cuando sólo la fuente reservada puede intervenir para regular, sin que ésta, a su vez, pueda delegar la regulación en otra autoridad o fuente. Y son relativas cuando la delegación es posible. La absoluta es el tipo de reserva que nuestra Corte Plena ha declarado que existe en favor de la ley sobre la materia monetaria, que sólo la Asamblea Legislativa —con exclusión de todos los demás entes, órganos o fuentes— puede regular (ses. ext. de 11 hrs. del 9 de julio de 1981). Es relativa, en cambio, cuando la delegación es posible, a condición de que se haga con límites precisos o lo más precisos posibles en punto al contenido, motivo y fin de la regulación delegada; es el tipo de reserva que ha perfilado Corte Plena en cuanto a materia tributaria, no obstante tratarse aquí —exactamente como con la monetaria— de atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa, sin que el último fallo antecitado (de 1981) haya reconciliado ni justificado la contraposición de las decisiones, cuando era igual el panorama constitucional fundamento de ambas (ses. ext. de las 8 hrs. del 29 de noviembre de 1973).

Resulta evidente, por otra parte, que cuando la reserva de la materia es a favor de una norma constitucional —como ocurre con la relativa a limitaciones de la propiedad por intereses "no sociales" o a nacionalizaciones— la misma siempre es absoluta, por la doble razón de que no hay norma constitucional que autorice delegaciones ni, sobre todo, delegante posible, por no existir una constituyente que —como la Asamblea Legislativa— funcione en forma permanente. Esto se explica porque sólo el titular puede delegar la función que le está atribuida, por lo que, así como la Asamblea Legislativa es la única que puede delegar la regulación de materia reservada a ella, sólo una constituyente o la Asamblea Legislativa como Poder de revisión constitucional podrían delegar la regulación de la materia reservada a normas de rango constitucional. Y ocurre, además, que si bien la Corte Plena ha relativizado la reserva de ley en materia tributaria, haciendo posible su regulación por mero reglamento siempre que tenga bases y límites, lo mismo es muy difícilmente aceptable en punto a una reserva en favor de norma constitucional, por la gravedad e importancia de la reserva misma así creada, necesariamente mayores que cuando se trata de reserva en favor de una ley (ordinaria o especial). En este aspecto es muy probable que jugaría, en contra de una posible intromisión de la Asamblea Legislativa en la materia reservada a la Constitución por ella misma, el principio de la intrasferibilidad de las competencias públicas, que prohíbe delegaciones no autorizadas por una norma de rango igual o superior a la delegada en forma tanto más rígida cuanto más alto sea el rango de esta última. En síntesis: en materia reservada a sí misma por la Constitución, la reserva es absoluta en su favor, salvo revisión constitucional que autorice y, simultáneamente, realice la delegación en la Asamblea Legislativa.

En cuanto a las delegaciones en el reglamento, de la reserva de ley reforzada para limitar y delimitar la propiedad privada, procede afirmar que —no obstante su prohibición por el artículo 9 de la Constitución Política— deben reputarse jurídicamente posibles siempre que sean limitadas, en seguimiento del mismo fallo constitucional precitado sobre materia tributaria, salvo cambio de dicha línea jurisprudencial de decisión que indique lo contrario.

La sanción contra la violación de las reservas de ley reforzada o constitucional, antes indicadas,

es natural y necesariamente la nulidad absoluta de la norma o acto violatorios, según expreso dictado del artículo 9 de la Constitución Política, que así sanciona toda forma de inconstitucionalidad, con todo el régimen doctrinario y jurisprudencial adscrito a tal tipo de nulidad. La vía apropiada para hacerla valer es obviamente el recurso de inconsti-

tucionalidad. Y no ha de confundirse tal remedio jurídico con la indemnización por los daños y perjuicios causados a la propiedad, porque aquí ésta aparece como derecho subjetivo de alguien y no como institución. Lo que nos lleva directamente a explicar la diferencia.

III. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD Y SU GARANTÍA: EXPROPIACIÓN Y LIMITACIONES EXPROPIATORIAS

El Derecho subjetivo de propiedad. No requiere de cabal explicación, pues la diferencia con la institución es obvia, aunque no bien advertida hasta ahora en Costa Rica.

El Derecho subjetivo de propiedad es —en cuanto tal— la situación jurídica de un sujeto identificado, como consecuencia de la aplicación en su favor de un modo determinado de adquisición del mismo. Lo fundamental y decisivo frente a la propiedad como institución, antes explicada, es su naturaleza jurídica, pues mientras aquella es un conjunto de normas armonizadas para hacer posible, con su aplicación, la obtención de un resultado en la vida social (el régimen normativo de la propiedad en todos sus aspectos intenta hacer posible, con su aplicación, la titularidad exclusiva de individuos y grupos sobre las cosas, para su goce y disposición), el Derecho de propiedad es, como se dijo, el resultado de la aplicación de una parte fundamental de ese conjunto normativo, tocante a los modos para adquirirla. La compraventa, la donación, la prescripción positiva, etc., una vez realizadas como hechos de la vida en sociedad, generan la propiedad como su efecto jurídico. Es lógico y natural que la principal garantía pública de éste sea la posibilidad de anular los actos ilegales que lo lesionen y la indemnización por los daños y perjuicios que sufra por acto de la autoridad, principalmente caso de expropiación. Esta, a la inversa del hecho ilícito que produce responsabilidad civil, es acto legítimo y autorizado constitucionalmente, que sacrifica o extingue la propiedad como derecho de alguien en beneficio de la comunidad, y la garantía constitucional al respecto radica en la necesidad de que haya una indemnización plena del valor de lo expropiado y perdido, antes de que el Estado tome posesión de lo mismo. Es bien clara la diferencia entre los mo-

dos de tutela de la propiedad como institución y de la propiedad como derecho, y no deben confundirse ni intercambiarse. Pues aquella sufre cuando se recortan su contenido y esfera de aplicación objetiva, aun si se observan las reservas de ley reforzada y constitucional que la protegen, pero como el daño que viene producido es normativo y para todas las aplicaciones posibles de la propiedad como régimen jurídico, porque es éste el que cambia, no hay indemnización, aunque haya propietarios perjudicados; el daño no es a los propietarios, sino a la institución como régimen legal y constitucional. Cuando se trata del Derecho subjetivo, en cambio, la lesión legítima por expropiación es siempre indemnizable, porque es de un derecho de alguien, no de la institución. ¿Pero qué decir de aquellos cambios normativos, en el régimen de la propiedad o en la propiedad institución, que, aplicados a propietarios actuales, desnaturalizan y dejan sin función económica el bien poco antes explotable con intenso lucro y, eventualmente, con igual beneficio social? Surge, entonces, el delicado tema de las limitaciones expropiatorias, que son aquellas que, al lesionar en forma general toda una categoría de propietarios o a todos los propietarios, lo hacen en forma "anormal", por excesivamente intensa en contra de todos y de cada uno (ej.: una nacionalización); o, a la inversa, lo hacen sólo en contra de unos pocos, lo que suele llamarse el sacrificio "especial". ¿Son indemnizables en Costa Rica los daños legislativos —o causados por una ley— que se presentan como "especiales" o "anormales"?

Los artículos 190 y 194 de la Ley General de Administración Pública han creado una responsabilidad por acto legítimo y funcionamiento normal de la Administración que representa un principio general del Derecho Público más actual. Disponen:

"Artículo 190.

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero".
2. . .

"Artículo 194.

1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.
2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.
3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Normas parecidas deberían incorporarse a la Constitución. Ello daría por resuelto el problema planteado en punto a la demarcación entre limitación y expropiación. Si bien la doctrina más generalizada al respecto es la fincada en el carácter Administrativo y concreto, o lo contrario, del acto causante del daño, que se reputara expropiación en el primer caso y limitación en el segundo, el enfoque no es en absoluto satisfactorio, pues no se entiende por qué la ley no puede generar responsabilidad, aunque cause daño. Y lo mismo cabe decir cuando se acude, en subsidio, al criterio de la igualdad ante la ley, para reputar expropiación todo aquello que coloque a uno o a un grupo de pocos en una situación de desigualdad en orden al fin público perseguido con el sacrificio, pues *si no se indemnizara* los demás no lo sufrirían sino que pagarían solamente los impuestos para ese efecto; la regla no es satisfactoria, sobre todo si de garantizar el Derecho de propiedad se trata, dado que éste quedaría desprotegido si el daño fuera universal o general y afectara a todos o a grandes grupos por igual (sobre lo que puede verse a Luciano Parejo Alonso, *La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1978, págs. 260 a 270, donde el autor da cuenta de la riqueza de enfoques y soluciones esbozados en Alemania alrededor del problema planteado, aparentemente sin gran resultado práctico). En Alemania, donde más se ha discutido el tema, el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Federal de lo Civil, según cita del mismo autor español han esbozado la distinción entre

limitación y expropiación con base en el criterio de la "proporcionalidad", principio del Derecho Público ciertamente general, pero que allá tiene reconocido rango constitucional. Según este criterio hay limitación cuando tal principio exige meramente conformar potestades y facultades del propietario, sin privar de utilidad el derecho en cuestión; y hay expropiación cuando el mismo principio exija el cambio de titularidad o la privación sustancial de utilidad de su derecho en contra del propietario. Este criterio ha sido desarrollado por Ernst Forsthoff diciendo:

"Si la ley se refiere a la propiedad según la función de ésta, si obliga al propietario únicamente al aprovechamiento conforme a la función de su objeto sobre el que recae el Derecho de propiedad, se está limitando la facultad de disposición del propietario en el marco de la "función social". . . Por el contrario, si se impone al propietario una obligación que aparta al objeto de su fin, entonces, no puede, como regla general, hablarse ya de "vinculación social" (Parejo Alonso, *op. cit.*, pág. 267).

Sobre tal idea está construido el artículo 194.1 y 3, transcrito, de la Ley General.

Las citas que hemos hecho son obligadas por la coincidencia de tales normas, de las que forman el fundamento. El pivote del sistema así establecido está en la calificación de la lesión como especial, por confinada a unos pocos; o como anormal, por excepcionalmente intensa, por lo que se quiere decir incompatible con la función objetiva del derecho en cuestión y destructiva de la potestad o facultad que, dentro de esa objetividad, define jurídicamente el uso mejor posible del bien y del mismo Derecho subjetivo. Por objetividad se entiende aquí no, como en el caso de la institución, la consistencia normativa de la propiedad —puesto que estamos hablando del derecho— sino el condicionamiento y la determinación de ese mejor uso posible del Derecho subjetivo dentro del mercado, no sólo por el Derecho que lo define, sino por la utilidad que dentro de ese mercado tiene —para el propietario y para la comunidad— de acuerdo con el momento histórico, social y, en general, económico de la incidencia legislativa o administrativa. Si ésta priva de tal mejor uso posible al bien y, sobre todo, si lo afecta a otro fin público, que esteriliza el derecho para el propietario, convirtiéndolo en inútil para lo que antes era óptimo, hay expropiación; si, en cambio, se introduce un desmedro jurídico —con repercusión económica

negativa— en el Derecho subjetivo en cuestión —sea por vía normativa o concreta— que es compatible con aquel mejor uso o que, al menos, no lo hace sustancialmente imposible en la circunstancia, según la situación real del Derecho subjetivo después de la incidencia, entonces hay mera limitación. (Véase a este efecto Eduardo Ortiz, Expro-

piación, Limitación de Interés Social y Sacrificio Indemnizable de la Propiedad Privada, en la obra colectiva *La Propiedad*, Editorial Juricentro, San José, 1983, págs. 414 y sgtes., esp. 416 a 418).

Tal criterio, introducido ya a nivel legislativo por la Ley General antecitada, es el que debería constitucionalizarse.

IV. LAS REFORMAS, PROPUESTAS Y PROPONIBLES

La reforma propuesta.

A la vista tenemos una última versión de la última reforma constitucional propuesta en contra del artículo 45 de la Constitución Política, proyecto que reza:

Artículo 45: "Se reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada. La ley establecerá su contenido, garantías, función y límites, en bienes productivos y no productivos.

Tratándose de los bienes productivos el propietario deberá cumplir con la función social consistente en satisfacer con el trabajo el destino económico de esos bienes. Además el Estado promoverá el acceso a dichos bienes a personas idóneas para su explotación que carezcan de ellos o los tengan en forma insuficiente.

La ley podrá imponer límites a la propiedad para el efectivo cumplimiento de su función social o del interés público.

A nadie podrá privarse de su propiedad si no es por causa de necesidad para utilidad pública o por interés social, previo pago de indemnización conforme con la ley. Sin embargo, no será indispensable que la indemnización se conceda previamente a las expropiaciones efectuadas en razón de necesidades de defensa nacional, por conmoción interior o en los programas para obtener una mejor distribución de la riqueza en bienes que no cumplan con su función social; en estos casos, el pago correspondiente habrá de hacerse a más tardar tres años después de terminado el estado de emergencia o, en caso de decretada la expropiación".

Contra tal texto tenemos pocas críticas, pero de peso. Las formulamos brevemente, sin perjuicio de un más amplio desarrollo de las mismas que publicaremos próximamente, como sigue:

a) La proposición —ingenua o deliberadamente— omite el reconocimiento y la garantía de la propiedad como institución, lo que es cosa muy distinta —según todo lo que queda explicado— de la propiedad como Derecho subjetivo, al cual únicamente extiende su protección. Si mañana se nacionalizan, estatizan o socializan los bienes clave objeto de propiedad privada, previa indemnización, se respetará íntegramente la propiedad como derecho, pero se destruirá la propiedad como institución. La inviolabilidad de la propiedad —que es lo mismo que su garantía y reconocimiento como institución— impone al legislador respetar la posibilidad normativa e institucional, en nuestro orden político y económico, de que la propiedad se extienda a todos los bienes de cualquier naturaleza, siempre en armonía con el bien común, salvo aquellos casos de excepción en que este último exija eliminarla en beneficio de la propiedad pública, por las razones históricas que así lo impongan. Esto sólo puede lograrse si se reconoce y garantiza —fuera del Derecho subjetivo— la propiedad privada como institución.

b) Es necesario, de seguido, advertir que el proyecto no habla de la propiedad pública. Es evidente que debe hacerse mención de ésta, para significar y garantizar el carácter mixto de nuestra economía, en la cual tan necesaria como la propiedad privada es la pública que razones de excepción impongan. Y por ello deben enunciarse las hipótesis principales de bienes públicos, así como exigirse expresamente para la creación o declaración de la propiedad pública sobre categorías o clases de objetos, mediante nacionalización, colectivización o estatización de las mismas, la garantía de una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa, que debe ser, cuando menos, igual a la necesaria para regular y limitar la propiedad privada. Esta es una omisión grave.

c) El proyecto comete su error máximo cuando define la "función social" de la propiedad, que hace consistir en "satisfacer con el trabajo el destino económico de esos bienes" (productivos). El concepto se presta a varias objeciones fundamentales:

i) Impone el trabajo personal como sustancia de la función social de la propiedad, con lo que priva de ésta a todas las hipótesis de producción capitalista de gran escala, agente principal del desarrollo en una economía mixta de mercado, como la nuestra, hipótesis en las que el propietario es un accionista que no trabaja sino que invierte, y el empresario y el trabajador no son normalmente propietarios. Es la famosa disociación —hoy lugar común— entre propiedad y control de la empresa, en virtud de la cual es posible hablar de la propiedad sin control y del control sin propiedad, aquella de los accionistas, ésta de los cuerpos directivos de la empresa. El trabajo personal de la propiedad es concepto relegado a la pequeña propiedad rural, donde es digno de estímulo, pero extraño totalmente a las nuevas formas de propiedad industrial y comercial, sobre todo social o por sociedades mercantiles, que forman el eje de la economía de cualquier país contemporáneo, por atrasado que sea. Evidentemente, el proyecto trata de garantizar a la comunidad contra la propiedad desocupada y en oposición a su mejor uso económico dentro del mercado. Pero este hecho no hace nacer por sí el deber de explotación, que —como cualquiera otro— ha de estar fundado en ley que lo declare. El deber de explotar la propiedad en un sentido o con una función determinados sólo puede estar dado por ley o con base en ella y constituye parte del régimen de la propiedad, que únicamente debe crearse por una mayoría calificada, dada su importancia económica y política. De donde, lo que cabría decir es que, cuando haya un régimen especial de la propiedad que le asigne un uso o explotación típicos, habrá el deber de llevar a cabo ese uso, en los términos de la ley que lo imponga, y siempre sin perjuicio del derecho a una expropiación plena, si la misma se consumare. Todo lo cual trae a cuento el tema, antes esbozado, de las limitaciones o delimitaciones de la propiedad que constituyan una forma embozada de expropiación: ¿la propiedad planificada, incluso en cuanto al deber de explotarla con un determinado giro o función, es propiedad privada?

ii) La función social no es el destino económico de los bienes y menos aún el de los que

son productivos, como si tal destino fuera inherente al bien y no un régimen jurídico o parte del mismo. La función social es precisamente el destino dado por la ley, a través de los deberes y sujeciones correlativos o conexos (también llamados concomitantes) con las potestades y facultades del propietario, deberes que pueden ser de no hacer, soportar, hacer o dar. Es evidente —en refuerzo de lo dicho en punto al trabajo personal como sustancia de la función social— que cuando el deber es de no hacer o soportar, la función social es lo contrario del trabajo y que tampoco tiene nada que ver con éste cuando el deber es de dar. Y es igualmente importante hacer notar que igualmente ocurre incluso cuando se trata de un deber de hacer, salvo que se trate —lo que sería insólito— de un deber de trabajar para otro. La función social no es algo extraño sino incorporado al régimen de la propiedad como institución y, por ello, consiste en el conjunto de situaciones jurídicas pasivas o negativas —básicamente deberes legales y sujeciones a potestades administrativas— a cargo del propietario en tanto que tal, para beneficiar al interés público, y no sólo a sí mismo, en ejercicio de su derecho de propiedad o con ocasión del mismo. Se trata, por ello, no tanto de un destino económico natural, sino simple y sencillamente del conjunto de deberes y sujeciones del propietario, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en un momento determinado, para servir los intereses públicos inherentes a la propiedad privada en ese momento, a modo de su fin normal, correlativos o conexos con el interés del propietario.

iii) Dijimos que la función social no tiene que ver necesariamente con bienes productivos. En efecto: ¿qué decir de la propiedad arqueológica, urbana y forestal, sin ningún fin productivo o reproductivo? En propiedades como la forestal —piénsese en las "zonas protectoras" privadas— la función del propietario puede consistir en mantener el bien improductivo, en bien de la ecología. Y la propiedad urbana, sobre todo, es de consumo y para el uso que le asigna el plan o la ley urbanísticos, sin finalidad necesariamente reproductiva ni económica en la mayoría de las ocasiones. Es obvio que la propiedad inmueble y el suelo tienen, además, naturaleza y destino ambiguos en los países —como el nuestro, pese a la Ley de Planificación Urbana— donde no existe zonificación. ¿Cuál es el carácter "productivo" o "reproductivo" de una finca en barrio residencial de

densa población, donde también es posible su uso para fines de comercio? La propiedad urbana y la forestal, en otras palabras, tiene función social pero no tienen destino económico y no se dan sobre bienes "productivos" ni "reproductivos". Es grueso error del proyecto adscribir la función social de la propiedad únicamente a estos últimos, con paladina ignorancia de las otras múltiples formas nuevas de propiedad —como las mencionadas— que, sin ser "productivas", son aptas para una "función social".

iv) Todo lo anterior demuestra que el error más grave del proyecto es incluir en su articulado un concepto o definición determinados de la "función social" de la propiedad privada, cuya determinación no es posible a nivel constitucional. Sólo la ley y la jurisprudencia pueden desentrañar y desarrollar su contenido y alcance, sino por otra razón porque todavía es encendida, cuando no enconada, la polémica de los doctrinistas al respecto, principalmente en función de su ideología. La "función social" de la propiedad no puede ser otra cosa, jurídicamente hablando, que el aspecto jurídicamente pasivo de ésta frente al interés del propietario, y, por ello, el conjunto de deberes y sujeciones (a potestades) que integran la situación del propietario en un momento determinado, según el ordenamiento constitucional, legal y jurisprudencial vigente. Es, por eso mismo, un concepto jurídico indeterminado y, lo que es muy importante advertir, indeterminable a nivel constitucional, aunque tenga tal rango, razón por la cual puede servir para definir constitucionalmente la propiedad privada, pero no puede ser definida al mismo nivel. Hay acuerdo casi unánime sobre la necesaria presencia de la "función social" siempre que hay propiedad privada, e igualmente sobre el hecho de que, a la altura histórica de hoy y después de la Segunda Guerra, está incorporada a la propiedad misma como institución, en cuanto el régimen constitucional de ésta tiene que asimilar en su estructura —y no meramente ubicar en su entorno— la idea de deber del propietario en beneficio de la colectividad o del interés público, a la par del poder en beneficio del suyo personal, libre y eventualmente egoísta. No hay derechos ilimitados y tampoco la propiedad privada, que, además, es más débil que los otros a la inoculación de deberes y sujeciones en beneficio de la comunidad, por su escasez y su decisiva importancia como medio de la actividad o sede de la convivencia humanas.

Pero no es posible afirmar mucho más al respecto en una Constitución, sobre todo si se quiere que ésta sea —como debe— no un programa de un partido, sino un compromiso de todos en cuanto a los fundamentos y a la imagen de la Patria común.

d) El proyecto abandona a la ley, en blanco, la medida de la indemnización por expropiación, defecto que contiene ya el artículo 45, pero que ha sido sobradamente subsanado por la jurisprudencia constitucional, Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, en el sentido de que la indemnización debe ser justa. La rectificación debe hacerse a nivel constitucional, de conformidad con tal sólida jurisprudencia.

e) El proyecto sienta que la indemnización debe ser previa pero se queda corta en las posibles excepciones, por un lado, y es muy amplia, por otro. En efecto: permite que el pago de la indemnización pueda darse, en casos de excepción, hasta dentro de los tres años posteriores a la expropiación, lo que es de rechazado. El plazo de dos años nunca ha sido suficiente en Costa Rica para contener la morosidad culpable del Estado y demás entes públicos en el pago de las indemnizaciones por expropiación, lo que se vería estimulado si aquél es alargado a los tres años que ahora se proponen. Por otra parte, la lista de excepciones al pago previo es restringida y empírica, al omitir la mención de todos los casos en que el Estado actúe en estado de necesidad pública.

f) El proyecto sanciona con la privación de la propiedad, mediante expropiación, al propietario que no cumpla con la función social de la misma "en los programas para obtener una mejor distribución de la riqueza". Debíó haberse hablado directamente, como debe ser, de los programas de reforma agraria cuando haya desocupación de la propiedad o incumplimiento grave, por el daño causado, a alguno de los deberes del propietario por virtud del ordenamiento.

g) La otra crítica de importancia capital por hacer —a la par de la dirigida contra el definir constitucionalmente la "función social"— radica en un hecho notorio después de lo expuesto, a saber: el proyecto no intenta siquiera —y más parece designio que omisión— proteger la propiedad privada contra las leyes o potestades administrativas indeterminadas por su contenido, que la amenacen con violación de los principios de reserva de ley y de legalidad. Esto debe regularse expresamente en la Carta para evitar la inseguridad jurídica del propietario y eventualmente, la arbitrariedad de la Administración en sus relaciones con él.

V. NUESTRA REFORMA

Está movida por la sólida convicción de que son la propiedad y la empresa privadas, fomentadas y limitadas por el Estado en bien de la colectividad, las principales fuentes de riqueza y de su reparto en Costa Rica. Tiende a poner la Constitución al día para que, admitiendo la evolución legislativa y jurisprudencial habida desde la promulgación de la actual Carta, pueda contestar satisfactoriamente las objeciones de los marxistas, y socialistas en relación con el régimen constitucional de los medios de producción, y más bien ofrezca base a sus defensores para mostrarla como el marco jurídico mejor posible para el desarrollo económico y social del país de acuerdo con nuestra altura histórica, sin temor, y más bien con capacidad y seguridad ante los retos de la ignorancia y de la pobreza actuales.

El proyecto que presento es una síntesis de ideas y tendencias, no antimarxista, sino auténticamente democrática y costarricense. Dice así:

"Artículo 45. La propiedad es privada y, por excepción, pública. Se reconocen y garantizan la propiedad privada y el derecho del propietario.

La propiedad obliga. La ley reconocerá los deberes que impone, en forma específica y proporcional al fin público perseguido, sin dejar de reconocer, garantizar y fomentar la libertad y el interés del propietario. Queda prohibida la sujeción de la

propiedad privada a potestades administrativas indeterminadas.

El régimen de la propiedad privada, sus limitaciones y excepciones se dictarán mediante ley votada por dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El derecho del propietario podrá ser expropiado, por ley o acto administrativo, en virtud de motivos comprobados de real interés público y mediante pago de una justa indemnización previa a la desposesión de quien fuera propietario. La indemnización podrá pagarse dentro de los dos años posteriores a dicha desposesión en casos que afectaren la seguridad del Estado, o en estados de necesidad pública, o en situaciones temporales de urgencia y emergencia nacionales".

Como alternativa aceptable, resta la posibilidad de otra redacción para el párrafo segundo del anterior proyecto, a efecto de que el mismo incorpore a su texto el giro "función social", que tanto embruja. Pero debe entenderse claramente que se trata de proposición subsidiaria y únicamente aceptable en la hipótesis de que sean igualmente aceptables y fundadas, las objeciones que se levanten contra la redacción anterior. La reforma consistiría en sustituir la frase:

"La propiedad obliga", por esta otra:

"La propiedad privada tiene función social".

El resto del articulado quedaría igual.
