

la conducta correspondiente al presunto derecho del interesado.

La observación decisiva es que en estos casos, dada la inexistencia de la potestad de exigir en el particular, reflejo de la potestad de no acceder de la Administración, la autorización tiene función constitutiva de un derecho que antes de ella no existía, aunque, para existir, requiera —si así se acallan las objeciones clásicas— de otro derecho de base.⁴⁰ El argumento deja de ser determinante sólo cuando la autorización es acto totalmente reglado, correlato de un derecho subjetivo preexistente, que incluye entre sus potestades, la de exigir la autorización. b) La autorización supone normalmente un derecho subjetivo a definir y por configurar. En efecto: se da frecuentemente ante un particular que carece de todo derecho a ella y al acto o actividad que intenta realizar, no sólo porque es normalmente discrecional autorizar, sino porque, en razón de su estructura, el presunto derecho subjetivo muchas veces no puede existir con un contorno definido. A este efecto importa hacer ver que en el derecho actual, ante todo en el económico (agrario, urbanístico, de la planificación, etc.), el ordenamiento interviene sobre la conducta privada (del propietario o del empresario) cercenando facultades o potestades comprendidas en otras, que simultáneamente atribuye a la Administración.

Las mismas no existen con definición y regulación autónomas en el derecho privado, pero el derecho público, dada su importancia social, las “connota” y distingue de otras muchas, amorfas o informes, que también integran latente o germinalmente el contenido de las potestades o derechos privados complejos (como la propiedad o la libertad de empresa). Así, para seguir los ejemplos del

ilustre autor, cualquiera puede comprar y usar lo que no le esté prohibido, pero si quiere comprar y portar armas de fuego, debe obtener autorización administrativa; cualquiera puede construir su predio previa licencia municipal, pero si quiere construir un depósito de materias inflamables o una cámara frigorífica, tiene que obtener autorización del departamento técnico del Ministerio de Salud, adicional y específica para ese fin.⁴¹ Esta es la situación en muchos ordenamientos urbanísticos modernos, donde la potestad de construir ha sido extraída del derecho clásico de la propiedad, para convertirla en materia de licencia municipal. ¿Qué sentido tienen todas estas autorizaciones? Sólo es posible contestar adecuadamente si se para mientes en que, aun si el derecho favorecido con la autorización fuese preexistente a ésta, es muy frecuente que sea la autorización misma la que fija las condiciones y términos para su ejercicio y, como consecuencia, la que activa potestades ulteriores de vigilancia, de ordenación y dirección, para someter el uso de la propiedad privada a fines impuestos por el Estado, que coexisten con los del dueño y que, en caso de conflicto, prevalecen.⁴² En otras palabras: o bien la Administración concede ex novo un derecho antes inexistente; o bien lo concede conformado y/o sujeto a posterior conformación, por actos sucesivos de la Administración en su calidad de titular de potestades de control, de ordenación y de dirección sobre el uso de la propiedad, que garantizan la adecuación funcional del derecho subjetivo correspondiente a un fin público, distinto (aunque no necesariamente opuesto) al del particular propietario. Ocurre en este aspecto algo similar a lo que pasa con la expropiación, que no es negocio traslativo sino constitutivo del dominio, porque el Estado no se limita a suprimir un dere-

(40) Ricardo Villata, op. cit. págs. 64 y 65.

(41) Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, tomo II, pág. 1095, donde dice: “Se puede constatar que los procedimientos de autorización tienen todos una estructura lógica que se compone de tres elementos: un poder del particular, una connotación jurídica del poder hecha por la norma, un acto administrativo que administra tal connotación”. Ejemplos: quiero cortar árboles; para hacerlo necesito autorización, siendo ese aspecto de la explotación forestal el único que esta previsto por la ley expresamente, que así, al aislarlo para darle un tratamiento jurídico, lo “connota” por sí y en sí; luego, la autorización indica donde debo cortar, que tipo de árboles, por cuanto tiempo, con qué intensidad diaria, etc. Esto último que aquí el autor llama “administración” de la facultad o potestad “connotada”, es lo que también llama “conformación de los mismos”.

(42) Véase nota 31. Puede agregarse que lo más típico de las autorizaciones que inciden sobre el mundo económico con función “conformadora” es precisamente la creación de esta relación permanente entre Administración y propietario (o empresario), dentro de la que generalmente la Administración concede favores a cambio de prestaciones y de sujeciones intensas a órdenes; ver al respecto: Flaminio Franchini, *Le Autorizzazioni Amministrative Costitutive di Rapporti Giuridici fra l'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè Milano, págs. 60 y 67; José Luis Villar Palasi, *La Intervención Administrativa en la Industria*, Instituto de Est. Políticos, Madrid, 1964, págs. 311, 312, 319 y 320; Pierre Livet, *L'Autorization Administrative Prealable et Les Libertés Publiques*, L.G.D.J., 1974, págs. 62, 63, 205 y 206, y 267 a 271, especialmente la última; igualmente García de Enterría, op. cit. Curso, tomo II, págs. 124 a 127.

cho del particular y/a sustituirlo en la titularidad del mismo, sino que más bien crea para él un nuevo derecho originario, sustituto y totalmente independiente del que suprimió, y limpio de todo gravamen previo, impuesto por el anterior dueño. Igualmente, la autorización no confirma o habilita el ejercicio de un derecho preexistente, sino que lo crea o, si no lo crea, lo conforma y ordena a fines impuestos por el Estado, por encima del interés del propietario, como si ese derecho subjetivo nunca antes hubiese existido, con ese contenido y esa "función social". Lo que nos lleva a definir ésta en las autorizaciones.

2) *Función.* Es este quizá el aspecto más importante del nuevo enfoque de la autorización. Porque si es discutible (aunque sólo difícilmente) el anterior esquema estructural, no lo es, en cambio, la observación decisiva de que obviamente la función de la autorización nunca es o casi nunca es simplemente remover un obstáculo al ejercicio de un derecho preexistente (efecto imputable —si acaso— al ordenamiento y no a la voluntad del agente público, que busca más bien construir el nuevo derecho y, sobre todo, garantizar un resultado por su utilización), sino claramente determinar el contenido y el fin de su ejercicio, con vistas de objetivos específicos a lograr por la Administración a través de la conducta (acto o actividad) autorizada. Hemos hecho ver ya que existen muchos tipos de autorización, cada uno con efectos más graves e incisivos, sobre la propiedad y libertad. Sin embargo, para lo que nos interesa, basta decir que todos esos tipos pueden reducirse a dos modelos: el de la autorización que se limita a condicionar su otorgamiento y su propia revocación a una serie de condiciones y términos inicialmente establecidos; y el de la autorización que, al conferir una posición jurídica de beneficiario al interesado, en función del interés público, crea una relación durable de supremacía especial entre la Administración y él, quien, a partir de ese instante, queda sujeto a potestades administrativas de darle órdenes, instrucciones y directivas, lo mismo que de adoptar decisiones concernientes al giro de la

propiedad o de la empresa, potestades que se reputan inherentes o concomitantes a la de autorizar. De este modo, dicha potestad, aparentemente ordenada a permitir el ejercicio de los derechos subjetivos del particular (en el errado enfoque que criticamos), se convierte en el instrumento más usual y eficaz para sujetar la propiedad y la empresa privadas a la voluntad ordenadora y directriz de la Administración dentro de una relación continua de supremacía de ésta con paralela sujeción del individuo.

La "limitación" al derecho de propiedad sujeto a "explotación autorizada", no consiste, como se cree, o no consiste principalmente, en la necesidad de recabarla ni en la posibilidad de no obtenerla, sino, lo que es mucho peor, en la necesidad de sujetarse a la voluntad ordenadora, reguladora y directriz de la Administración, si se obtiene. Cuando todos estos actos y potestades de supremacía administrativa se coordinan, lo mismo que las abla-ciones de contenido en los derechos de libertad y de propiedad, para dirigir las todas hacia la realización de ciertos objetivos comunes, surgen los ordenamientos sectoriales y la planificación, cuya diferencia es principalmente cuantitativa, pero también cualitativa, pues acentúan al máximo la "funcionalización" de la propiedad y de la libertad privadas, sobre las que recaen.

3) *Conclusión:* La autorización es un acto constitutivo del derecho que autoriza, sea porque ella lo crea, sea porque, aunque preexista en el interesado, la autorización normalmente conforma y define sus atributos, privándolo de unos, modulando y condicionando el alcance y ejercicio de los que autoriza y, en la hipótesis del derecho económico, "funcionalizando" la propiedad, en mayor o menor grado, para fines sociales, en muchas ocasiones a través de potestades concomitantes, que permiten conformar nuevamente el mismo derecho subjetivo privado, para ajustarlo a las circunstancias cambiantes de su ejercicio y darle la mayor productividad y eficiencia en beneficio de la colectividad, dentro de una relación autoritaria de duración.

LA EVOLUCION RECESIVA DE LAS LIMITACIONES Y EXPANSIVA DE LA EXPROPIACION

Lo dicho revela una crisis del concepto y del alcance de las limitaciones a la propiedad, muy similar, por lo demás, a la que afecta la expropiación, antes descrita, pero de signo inverso. Pues mientras la de la expropiación es una evolución expansiva —como la ha llamado felizmente Alejandro Nieto y como lo veremos de inmediato— la de las limitaciones es una evolución recesiva. La razón es que los mismos cambios históricos y socio-económicos posteriores a las dos guerras mundiales, sobre todo a la segunda, han impuesto esas encontradas rutas de una y otra institución. En efecto: han caído por su base casi todos los supuestos justificantes de las limitaciones y de sus ya anotados rasgos, en su concepto clásico expuesto.

i) Ha caído, en primer término, la óptica que ve al Parlamento o Asamblea Legislativa como únicos auténticos representantes del Pueblo. Tal posición, heredada de las Monarquías Constitucionales y de los sistemas parlamentarios europeos, no condice con el sistema presidencial de Gobierno, propio de C.R. y de muchos países de L.A. En Europa el Parlamento ha tenido siempre la representación máxima del Pueblo, sea como contralor opuesto al Monarca-Gobierno en las Monarquías constitucionales, sea como depositario de todas las ideologías y tendencias políticas del régimen democrático y parlamentario actual. El Gobierno, con ser poderoso (parlamentarismo de Gabinete), es siempre, ello no obstante, parte vicaria del Parlamento, cuyas principales funciones son justamente la orientación y el control políticos del Gobierno, que emana del parlamento. En C.R. —y en casi todos los sistemas presidencialistas de L.A.— tal esquema falla por su base, puesto que el Presidente también representa la voluntad del pueblo y a

nombre de él ejerce su mandato.⁴³ Ello no obstante, nunca ocurrió, antes de las dos guerras mundiales, que irrespetara las reservas de ley o que éstas le fuesen cedidas por la Asamblea Legislativa, no al menos en C.R. A partir de la primera guerra, con fluctuaciones y retrocesos, pero sostenida e irreversiblemente después de la segunda, por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo —sobre todo por razones del volumen y complejidad de la regulación necesaria y por el bajo nivel técnico comparativo de las Asambleas Legislativas— éstas abdicaron en el Gobierno las intervenciones sobre la propiedad y la libertad, que hoy se crean normalmente por reglamento o acto administrativo, fundados en una autorización de ley, frecuentemente incapaz para contener al Poder Ejecutivo en su despliegue normativo. Este, por su parte, ha dictado regulaciones fundamentales para el régimen de aquellos derechos y, sobre todo, se ha recetado, por vía reglamentaria, toda clase de potestades de intervención concreta y preceptiva al respecto.

ii) Las limitaciones son de origen fundamentalmente administrativo, por todo lo que queda expuesto. No están frecuentemente cobijadas, frente a los derechos e intereses del particular, por la autoridad cuasisoberana de la ley, expresión de la máxima representación popular. No obstante que subsiste la reserva de ley en punto a la libertad (artículo 28 C. Política) y a la propiedad (artículo 45), esas reservas son claramente relativas y claudicantes ante las múltiples delegaciones legislativas, limitadas o en blanco, en favor de la potestad reglamentaria y aun de actos administrativos, de alcance general o concreto, para llevar a cabo las intervenciones sobre ambos bienes constitucionales.⁴⁴ Y las limitaciones legislativas fundamentales, según se explicó, son precisamente las

(43) Art. 130 C. Política: "El Poder Ejecutivo lo ejercen, en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores"; véase Rotondi, op. cit., págs. 85 y 86, que sostienen tesis similar para el régimen parlamentario europeo.

(44) Es evidente, sin embargo, que para ser válida la delegación legislativa tiene que ser acotada y dirigida, sin lo cual puede entenderse como una claudicación prohibida de la Asamblea Legislativa en favor de la Administración Pública, aun si no hay norma constitucional prohibitiva de la delegación y con mayor razón si la hay, como ocurre en Costa Rica con el art. 9 C. Política. Nuestra Corte Suprema ha interpretado que la delegación es posible incluso en materia reservada a la ley —como la tributaria— siempre y cuando la ley delegante fije límites y directrices a la reglamentación administrativa; ver votación de sesión extraordinaria de Corte Plena, de 8 hrs del 29 de noviembre de 1973. Si la ley delegante no fija esos límites, hay violación del art. 9 C. Política; y si los fija y la reglamentación los desborda, hay, además, violación de la ley delegante, pero siempre se vulnera la Constitución. En Costa Rica no

administrativas, porque consisten en potestades de esa índole, justamente para permitir a la Administración mayor posibilidad de decisión, de maniobra y de adaptación de las intervenciones públicas a la cambiante realidad socio-económica a la que van destinadas y, concretamente, a las cambiantes utilidades sociales a derivar en cada coyuntura de la propiedad.

iii) Las limitaciones no siempre son generales. Cuando provienen directamente de la ley, es perfectamente posible, primero, la existencia de leyes concretas, referidas a casos e individuos identificados, con igual alcance subjetivo que el acto administrativo.⁴⁵ Las llamadas leyes —providencia o leyes— decisión se multiplican para resolver multitud de casos irrepetibles, o no previstos, o situaciones de urgencia, con la autoridad de la ley —inmune a la jurisdicción contenciosa de legalidad— y su constitucionalidad está admitida hoy

por casi todos los tribunales constitucionales de Occidente. Pero, por otra parte, el texto general de la ley, por abstracto (respecto del supuesto de hecho previsto para su aplicación) y por indeterminado (respecto del sujeto a quien se aplicará), nada dice de su generalidad real u objetiva. Una ley formulada en abstracto para una serie indefinida de casos puede aplicarse sólo a unos muy pocos sujetos y, eventualmente, sólo a uno; en tanto que un acto administrativo dirigido a sujetos identificados, y todavía más, uno general, puede afectar a grandes cantidades de individuos o empresas.⁴⁶ Así, la ley del decimotercer mes para el trabajador privado en C.R. contempló la obligación de pagarlo completo únicamente en contra de empresas que devengan más de una cierta utilidad neta, la cual, en realidad, sólo devengaba una empresa multinacional, y la norma se hizo a sabiendas de que así era. Es el caso de las leyes fotográficas o, como decía un ilustre político costarricense (Ricardo Ji-

hay delegación legislativa pura o propia, para que el Gobierno dicte leyes delegadas, que la misma votación de C. Plena, antes citada, reconoce como inconstitucionales. En cuanto a los límites necesarios en toda delegación, propia o impropia, véase Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, 1970, Madrid, págs. 123 a 125, donde el autor dice expresivamente: "No puede la ley, según sabemos, referirse en blanco a lo que la Administración decida, porque ello supondría no una delegación legislativa, sino algo sustancialmente distinto, una Ley de plenos poderes, una abdicación de la posición y poderes del órgano legislativo en favor de otro órgano constitucional, lo cual tampoco es posible en nuestro sistema. Esta indicación de contenido de la futura norma administrativa que queda anticipadamente elevada de rango, es lo que constituye, en este supuesto específico de delegación, los llamados "límites de la delegación". En la práctica legislativa, las delegaciones en favor del reglamento se hacen no sólo sin indicación de límites y sustancialmente en blanco o con límites contradictorios o irrelevantes (que no tocan la parte importante de los problemas técnicos o sociales a regular), sino, lo que es mucho peor, en favor de entes autónomos, lo que va contra el art. 9, de la Carta, que sólo menciona al Poder Ejecutivo; si Corte Plena ha optado por entender esta norma en el sentido de que prohíbe únicamente las delegaciones propias, que autorizan leyes dictadas por el Poder Ejecutivo, para permitir sólo los reglamentos delegados, pudo, al menos, limitar la respectiva potestad por razón del beneficiario y tener por constitucional únicamente la que se hace para el Poder Ejecutivo. Este, en Costa Rica, detenta la representación nacional, es órgano constitucional en paridad de rango con la misma Asamblea y tiene a su cargo la dirección política de la función administrativa, la descentralizada inclusive. Es obvio que permitir la delegación legislativa en beneficio de un ente autónomo y de sus reglamentos, es cosa totalmente distinta y mucho más grave que dársele a un órgano con el nivel institucional del Gobierno, mucho más capacitado para reglamentar las materias nobles o decisivas, por rango y función.

(45) Véase el hermoso artículo de Ernst Forsthoff, *Stato di Diritto in Trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 109, 110, 111, 113, 115, 116, donde el autor, no obstante reconocer los peligros que la ley-acto o decisión comporta (como la violación de la separación de funciones), encuentra necesario admitir su existencia por los imperativos de la vida política y social actual, que exigen al legislador, en ocasiones, en la vida colectiva —sobre todo económica— para poner orden en casos concretos. El autor define la "ley-singular" o "ley-acto" en función precisamente de lo que es jurídicamente el acto por contraposición a la norma: "El acto (providimento en la traducción italiana) es "actio" y tiene su antípoda en los actos de soberanía constitutiva. Característica del "acto" es una específica relación entre medio y fin. El acto va dirigido a un determinado fin. A este fin van adaptados y subordinados los medios usados para lograrlo. A todos los actos de soberanía constitutiva (legislativa) es extraña la persecución de un fin, en éste sentido concreto y asequible. (pág. 110). . . "La ley-acto debe tener características tales que garanticen una correspondencia objetiva entre fin y medios. Se trata de un acto que no puede y no debe constituir nada (normativo), sino que contiene reglas que miran y están subordinadas a la realización de un fin. La ley-acto nace, consecuentemente, de una determinada situación y guarda con ella una relación previsible y lógicamente realizable" (págs. 111 y 112). En Costa Rica la ley singular parece admisible, porque la división de poderes no significa una distribución estricta de funciones desde el punto de vista de su contenido —como lo pretende la clásica doctrina material de ellas— aunque estén expresamente autorizados algunos ejemplos de ley singular. Ello no es taxativo, en nuestro concepto, y más bien abre la posibilidad para entender que puede haber otros, siempre que, desde el punto de vista de su contenido, sean compatibles con la Constitución en todas sus normas. La ley singular que no está prohibida, está permitida, posición que corresponde en general a la Asamblea Legislativa dentro del sistema, pues su libertad es más parecida a la autonomía privada que a la discrecionalidad administrativa, siempre dentro del marco de la Constitución. El principio constitucional fundamental que deberá respetar toda ley singular es, naturalmente, el de igualdad.

(46) D'Angelo, op. cit. págs. 197 a 202, especialmente la primera.

ménez Oreamuno), de las leyes con "cara de gente". Por otra parte, una orden administrativa general, por ej.: la clausura de todos los aeropuertos privados del país, dirigida a un número pequeño y determinado de personas, afecta a todos los que tienen ese tipo de propiedad. La generalidad ni es exclusiva de la ley, ni puede condicionarse a ella la existencia de una limitación a la propiedad privada. Hay limitaciones legislativas concretas, y limitaciones generales de índole administrativa, y todas lo son.

iv) Las limitaciones a la propiedad son hoy fundamentalmente positivas y consistentes —mucho más que en meras abstenciones— en una sujeción a obligaciones de dar y hacer y a potestades preceptivas y ordenadoras de la Administración, que inciden profundamente sobre la situación legal del propietario, sea privándolo de atributos del dominio, sea modulando puntualmente el ejercicio de los que titula, eventualmente sin un mínimo de libertad y con un máximo de gastos, en orden a la realización de fines públicos impuestos por la ley o por la Administración.

v) Es imposible distinguir hoy entre limitación y expropiación por razón del origen público del daño, según que sea ley (limitaciones) o acto administrativo (expropiación), ni tampoco por la extensión del acto ablativo o negativo, según que sea daño general y normativo (limitación), o daño concreto e individualizado (expropiación).⁴⁷

vi) El criterio posible de distinción entre expropiación y limitación no indemnizable a la propiedad tiene que ser extraño, en consecuencia,

a los requisitos de tipo formal, y atinente exclusivamente a criterios de tipo material, relativos a la lesión resarcible. Es en el análisis de ésta, correlacionada con el derecho subjetivo lesionado, que radica la posibilidad de determinar cuándo hay limitación similar a la expropiación, porque implica sacrificio verdadero e indemnizable del derecho de propiedad o de cualquiera otro patrimonial; y cuándo hay limitación no indemnizable distinta de la expropiación, porque no inflige daño grave al derecho en cuestión, sino que lo ordena y conforma dentro de límites normales, que deben aceptarse como consecuencia de la vida en sociedad. Es evidente que si puede haber expropiación por ley, puede sobradamente la ley operar otro tipo de sacrificios menos graves, pero intensos y extraordinarios, también indemnizables, aunque no sean precedidos por el procedimiento típico de la expropiación como acto ablativo. Esta última conclusión ha determinado el que, a la inversa de la evolución de las limitaciones a la propiedad privada hacia una convergencia con la expropiación, se haya dado paralelamente un movimiento expansivo y reafirmativo de ésta, como garantía general del patrimonio total del individuo, hasta abarcar figuras tan distintas de la expropiación clásica como la responsabilidad pública y, dentro de ella, tanto la que es por acto legítimo, como la que se da por acto ilegítimo, y esto principalmente después de la Segunda Guerra mundial (sobre todo en Alemania y en Italia). No es cosa de resumir aquí esa trabajosa evolución, que ha sido ya bien descrita en sus etapas y rasgos principales.⁴⁸ Valga únicamente el poner de relieve su punto de arribo: la íntima conexión establecida entre la expropiación y la responsabilidad pública en Occidente.

LA EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA Y SU CONEXION CON LA EXPROPIACION

Es importante advertirla, porque se trata de otro sistema legal llamado —como la expropiación— a resarcir lesiones causadas por el Estado. La diferencia fundamental radica en que en tanto

en la expropiación la lesión es el contenido del acto público, al que éste va intencionalmente dirigido, en la responsabilidad la lesión es accidental y no querida, tanto si era previsible (lesión culposa)

(47) D'Angelo, op. cit., págs. 199 y 200; y nadie puede negar la existencia de las limitaciones originadas en planes urbanísticos y de reforma agraria, necesariamente administrativos y no legislativos. Todo el segundo volumen de la importante investigación de Bartolomei, Franco, *L'Espropriazione di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 19 está dedicada a la que opera mediante ley, ope legis.

(48) Se trata de los trabajos de Nieto y de Parejo, así como de la obra de D'Angelo, Capítulo Quinto, Lecciones Segunda y Tercera, ya citadas.

como imprevisible (lesión objetiva). Pero en ambas se presenta el problema de resarcir un daño causado. La similitud se acentúa al máximo cuando se acepta —y para quien lo acepta— la posibilidad de responsabilizar al Estado por actos y actividades legítimos, como la expropiación, nacidos del funcionamiento normal del Estado o de la Administración Pública, sin culpa ni dolo de nadie, para la obtención o cumplimiento de los fines públicos encomendados a ella.

i) Alemania.

Durante un largo proceso —que se inicia en la Edad Media, con la teoría de los jura quaesita, pasando por los artículos 74 y 75 de la Introducción al Código General Prusiano de 1794, siempre con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas, que se entendía vulnerado cada vez que el Estado infligía un sacrificio singular a alguien para la persecución de un fin público— se llevó a cabo en Alemania una extensión progresiva del régimen y del concepto de la expropiación, que culminó con la aplicación de la institución a toda incidencia legítima o ilegítima, legislativa o administrativa, sobre los derechos patrimoniales del individuo. Toda lesión inferida a un patrimonio privado por el Estado resulta indemnizable sobre el fundamento del artículo 14 de la Constitución Federal de Bonn (y antes con base en el artículo 153 de la de Weimar, 1919) y se denomina "ablación similar a la expropiación" o "ablación expropiatoria".⁴⁹ Dentro de esta rica doctrina cabe incluso todo el sistema de responsabilidad pública del Estado, aun aquella que lo es por acto ilegítimo o culpable, pues, en el decir de un notable expositor del sistema:

"Según el tribunal (Federal Contencioso-Administrativo), el hecho de que una intervención sea antijurídica demuestra ya que el sacrificio impuesto al individuo mediante la intervención en su situación jurídica *sobrepasa el límite común de sacrificio y constituye, por eso mismo, un sacrificio particular que obliga al resarcimiento del daño*" (Gunther Jaenicke y Peter Selmer, *La Responsabilità dello Stato* per

la l'Azione Antigiuridica dei Suoi Organi Amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca", en *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, UTET, Torino, 1976, pág. 102).

De este modo, siempre que haya una lesión que "sobrepase el límite común de sacrificio" debe haber indemnización, sea legítimo, o no, el origen del sacrificio extraordinario o especial, y aunque éste haya sido inferido mediante la creación, por norma o acto administrativo, de una limitación de interés social a la propiedad o a cualquier derecho patrimonial del individuo.

ii) Francia.⁵⁰

En Francia la evolución del sistema siguió diversa y más trabajosa orientación, debido precisamente al dogma de la soberanía de la ley como conformadora y creadora del ordenamiento jurídico. De este modo, la lesión inferida por una ley, cualquiera que fuese aquella, no era indemnizable, salvo expresa o presunta —pero, en este caso, clara e inequívoca— voluntad en contrario del legislador. Si éste nada decía o expresamente negaba la indemnización, la misma era jurídicamente imposible.

El 4 de enero de 1938, en "arret" La Fleurette, el Consejo de Estado, siguiendo ideas pioneras de León Duguit y a su Comisario de Gobierno, Roujou, aceptó y declaró la responsabilidad del Estado por daño inferido por una ley (que, al prohibir la fabricación de un producto alimenticio, principal giro de la empresa, obligó a su clausura). Pero expresamente el fallo fundó su declaración, dada en el silencio de la ley, en la voluntad presunta favorable del legislador. Muchos años más tarde, y no antes, por "arret" Bovero del 23 de enero de 1963, el Consejo de Estado volvió a reconocer responsabilidad estatal por acto legislativo e invocó el principio de igualdad ante las cargas públicas, emanación del general principio de igualdad de todos ante la ley, y no mencionó ni invocó la voluntad presunta del legislador.

El Decano Vedel llega, con base en tal fallo, a

(49) Gunther Jaenicke y Peter Selmer, *La Responsabilità dello Stato per l'Azione Antigiuridica dei suoi Organi Amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, en *Studi di Diritto Comparato*, UTET, Torino, 1976, págs. 100 a 102 y 135 a 137.

(50) La obra más importante en la doctrina francesa sigue siendo la ya clásica de René Chapus, *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée*, L.G.D.J., París, 1957, pero la misma da poca cuenta de la responsabilidad por ley y acto legítimo, tema sobre el cual la doctrina francesa a nuestro alcance es omisa. La obra que estudia mejor el tema es la de Pierre Devolve, *La Principe d'Egalité devant Les Charges Publiques*, L.G.D.J., 1969, París.

enunciar un principio general del derecho público francés en materia de responsabilidad por acto legislativo o legítimo, como sigue:

"en todas las hipótesis en las que la regularidad del comportamiento del poder público no puede ser atacada ante el Juez de la constitucionalidad o de la legalidad strictu sensu (ley, acto de gobierno, decisión jurisdiccional definitiva) el principio de igualdad ante las cargas públicas debe permitir la reparación de los perjuicios especiales que superen cierto grado de seriedad, si el acto causante no prohíbe expresamente dicha reparación" (Droit Administratif, 1975, Presses Universitaire de France, 1975, págs. 415, 416 y 418).

Esta regla tiene hoy consolidada jurisprudencia a su favor en Francia. No puede negarse la similitud entre tal afirmación del ilustre jurista para el sistema de la responsabilidad pública y la que, por iguales razones e invocando los mismos principios, debería hacerse para el sistema de las limitaciones de la propiedad privada que infieren un daño especial al propietario, en perfecto acuerdo y conformidad con el derecho vigente, por superar ese daño "cierto grado de gravedad" o, como dicen los tribunales alemanes, por "sobrepasar el límite común de sacrificio".

iii) Italia.

Es sobre bases parecidas que se ha regulado en Italia el problema de la responsabilidad del Estado. Suministran allá base constitucional suficiente los artículos 3 y 42 de la Carta, que consagran las garantías individuales de la igualdad ante la ley y de la propiedad privada. El principio de igualdad es el pivote del sistema, muy probablemente por las influencias alemana y francesa, que corresponden a ordenamientos más evolucionados institucionalmente. Pero, en realidad, la garantía de la propiedad privada juega independientemente, como la doctrina lo ha puesto de relieve, pues una derogación constitucional de una sola cualquiera de las dos garantías permitiría siempre mantener vivo el principio de que todo daño causado por el Estado en su funcionamiento normal para la obtención de un fin público debe ser plenamente indemnizado, porque lo contrario resultaría violatorio sea de la igualdad ante la ley, sea de la intangibilidad de la propiedad privada. De este modo, sostiene la doctrina italiana, aunque un daño sea general, es opuesto a la garantía de la propiedad y tiene que ser indemnizado, y con mayor razón si es especial

y confinado. Ese daño es un costo de la actividad pública y como tal tiene que pagarse. Es Renato Alessi quien quizá mejor lo ha formulado, diciendo que existe:

"un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la producción de una utilidad colectiva viene proporcionalmente distribuida entre todos los miembros de la colectividad y no debe pesar sobre uno sólo, en razón de lo cual todo sacrificio sufrido por un ciudadano en su patrimonio más allá de lo que contribuye a la sociedad en virtud de ley tributaria debe ser compensada por el Erario Público" (L'Illecito e La Responsabilità Civile degli Enti Pubblici, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 130 y 131).

Lo que resulta ratificado por Giovanni Duni, en una excepcional monografía sobre Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale, cuando dice: "De la igualdad desprendemos que el costo de una acción o de una situación no puede ser a cargo de personas que no actúen y que ni siquiera se aprovechan directamente de la acción o de la situación. Se trata de costos objetivos de una acción tanto si hay necesidad de apoderarse de bienes ajenos, cuanto si la hay de disminuir su valor. Y son costos objetivos también los daños accidentales derivados del riesgo inherente a la actividad. No sería conforme al principio de igualdad un sistema de responsabilidad que excluyese o limitase excesivamente la responsabilidad por actos lícitos o aquella objetiva, y esto no sólo entre particulares sino también cuando el causante es el Estado" (op. cit. pág. 214).

Veremos cómo este enfoque ha tenido ya repercusiones en derecho urbanístico a nivel de interpretación del artículo 42 de la Constitución respectiva por la Corte Costituzionale.

iv) España.

España se ha incorporado a esta importante corriente de pensamiento jurídico, básicamente por la voz de su gran publicista Eduardo García de Enterría, diciendo:

"Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo". "La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la

actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trata". (Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1977, 1era. Edición, págs. 319 y 320).

Al impulso de estas ideas, la Ley de Expropiación Forzosa, de España, de 16 de diciembre de 1954, dispuso en su artículo 121.1:

"Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contencioso administrativa, sin perjuicio de responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

La Ley General de Administración Pública de C.R. (No. 6227 de 2 de mayo de 1978), a tono con esta tendencia objetivista en el enfoque del problema de las obligaciones resarcitorias a cargo del Estado, que centra la fuente de las mismas en la existencia de una lesión *especial*, con independencia de la calificación de la conducta de su autor, dispuso en su artículo 194.1:

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".

Agrega al artículo 194.3: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Ahora bien: la regla puede reputarse seguramente como un principio general de toda prestación resarcitoria del Estado, sea por acto jurídico (expropiación strictu sensu o limitaciones de la propiedad privada), sea por hecho jurídico (responsabilidad extracontractual). Y puede decirse, con base en el mismo, que también valdrá y deberá aplicarse igual principio en C.R. cuando se trate de determinar si son, o no, indemnizables, los daños producidos por una ley, un reglamento o un acto administrativo (por ej.: si son indemnizables, o no, las disminuciones, cercenamientos o modulaciones onerosas impuestas a la existencia o al ejercicio del derecho de propiedad, por uno cualquiera de esos tipos de actos públicos). La regla es que lo serán si son "especiales", por la "pequeña proporción de afectados" o "la intensidad excepcional de la lesión", aunque, en este caso, se trate de muchos damnificados. Si todos han sido seriamente lesionados, todos tendrán igual derecho a la indemnización.

Es evidente que estas reglas no tienen por qué variar cuando hablamos de limitaciones a la propiedad privada, legislativas, reglamentarias o administrativas, pues la única diferencia posible entre estas hipótesis y la responsabilidad pública, es, como se vio, la del elemento intencional del acto público que genera aquellas limitaciones, el cual es irrelevante para imponer tratos o soluciones diferentes, si se enfoca el asunto desde el punto de vista de la víctima afectada (el propietario), que es el único ángulo válido y admisible dentro de esta problemática, y no desde el ángulo equivocado de la culpa o dolo del autor del acto causante, lo que sólo puede conducir a una sanción, estéril como tal para la víctima que busca reparación plena de su daño.⁵¹ Aceptar lo contrario y repudiar este nuevo enfoque, para volver a la calificación de la conducta causante desde puntos de vista diversos, como su naturaleza intencional o culposa, negocial o material, e individual o general, de contenido objetivo o subjetivo (Duguit), es, como bien lo ha

(51) D'Angelo, op. cit., págs. 13 y 138: "No hay razón lógica alguna... que, desde el punto de vista que aquí interesa, pueda mover a incluir entre los "límites" de la propiedad (y entre las medidas que disciplinan el goce), y no en el concepto de "Expropiación", las disposiciones legislativas (o dictadas con base en una ley) que sustraen (sustancialmente) del todo al propietario la posibilidad de gozar del propio bien. No se entiende, por cuál razón debe ser indemnizado el propietario de un bien expropiado con vista de una determinada finalidad pública y no también aquel que, para la misma finalidad, sufra un sacrificio mayor que el inferido al primero, en el caso, quiere decirse, en el que le venga impuesta la privación, sin indemnización, de la posibilidad de utilizar el propio bien, aunque conservando la titularidad".

dicho Vedel en bella frase, "hacer de la víctima el responsable" y exponerlo a una derrota segura de su pretensión.

Las situaciones jurídicas objetivas y los derechos adquiridos.

La supremacía de la ley como expresión máxima —aunque ya no única— de la soberanía popular y de la Asamblea como su máximo —aunque no único— representante, lleva a la aceptación de la doctrina de la autoridad formal de la ley como suprema e irresistible potencia activa, capaz de derogar cualquier otra ley o acto inferior en la jerarquía de las fuentes, sin que nadie pueda alegar derechos adquiridos en contrario. En forma más sencilla, nadie —se afirma— tiene derecho adquirido a la inmutabilidad de la ley. Si una situación jurídica de un individuo es —como la propiedad privada— estatutaria y de origen directamente legal, la ley tiene poder ilimitado para alterarla en cualquier sentido, dando o quitando poderes, imponiendo o liberando de deberes, sin que el propietario pueda alegar derecho adquirido alguno con base en el anterior status. La situación de contenido legal y objetivo, según Duguit (padre de la criatura), cambia con la ley o la norma que define y llena su contenido, sin posibilidad ninguna de invocar derechos adquiridos con base en el status legal derogado o reformado.⁵²

Diversa, es, sostiene esta teoría, la situación jurídica subjetiva, dictada para un individuo, sea autónomamente, por acto de éste (uni o bilateral); o heterónomamente, por acto de la autoridad, normalmente administrativo. Situaciones tales están formadas por derechos u obligaciones íntimamente adaptados a los intereses y objetivos del sujeto autor del acto generador, fuera de toda interferencia de la ley o de otro acto normativo, que, como tal y por ello mismo, es incapaz para alterar o cambiar ese juego equilibrado de ventajas. Sólo el autor o los autores (si se trata de uno que es

plurilateral) del acto generador, son capaces de alterar o suprimir la situación subjetiva así generada y conformada. Si lo hiciera un acto imperativo de diverso origen habría violación de derechos adquiridos con base en el acto y la disposición incidente sería nula; si se tratara de una ley, se trataría de aplicación retroactiva de la ley, también ilegítima y jurisdiccionalmente censurable.

En virtud de tal distinción fundamental, se crea la regla, no menos importante, de que las situaciones objetivas, de origen normativo, pueden ser cambiadas y suprimidas como se crearon, al cambiar la norma que la regula y determina, sin límites ni responsabilidades de ninguna especie.

El poder de la ley a este respecto es ilimitado y total la inexistencia de los derechos adquiridos.

Creo que toda la evolución descrita de la expropiación, de las limitaciones a la propiedad y de la responsabilidad pública, indican que el estado actual del Derecho es distinto y contradictorio con el que esbozan los tres grandes corifeos de esta seductora doctrina, Duguit, Jeze y Josserand.

En efecto: ambos dogmas —el de la inmutabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas y el de la mutabilidad de las situaciones jurídicas objetivas— han quedado ampliamente desmentidos por la realidad positiva del Derecho contemporáneo especialmente después de la primera guerra y hasta la fecha, a rastras de la cual va la doctrina privatista y aun la publicista, que no ha sido aquí igualmente ágil y pretoriana que en otros temas e instituciones.

La primera clara afirmación es la de que el llamado "orden público" del derecho privado es capaz para alterar situaciones subjetivas, como las contractuales, típicamente comprensibles dentro del género: así, con las nuevas legislaciones de arrendamientos urbanos en punto a rentas y a su congelación, de moratoria en el pago de obligaciones categorizadas, del tipo de moneda para el pago de las obligaciones, de tasas de interés y de

(52) León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Segunda Edición, 1924, Ancienne Librairie Contemoing & Gte Editeurs, tomo I, págs. 256 y sigtes. y 559 y sigtes. y, sobre todo, tomo V, págs. 308 y sigtes.; Gastón Jeze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bs. Aires, 1949, Editorial Depalma, tomo 1, págs. 119, 189, 191, 205 y 206; véase también en igual sentido aunque con discrepancias sólo aparentes Paul Robier, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, Sirey, 1929, tomo I, págs. 54 y 559 y tomo II, págs. 564 a 569: en página 559 del tomo I, el Decano de Lyon transcribe párrafo de Planiol, que muy bien resume la tesis de la precariedad o modificabilidad de las situaciones jurídicas objetivas o normativas, tanto si se origina en una norma de aplicación automática y directa como si nacen del aco-condición que la aplica a un individuo, diciendo: "El legislador no nos garantiza en ninguna forma el ejercicio indefinido en el futuro de nuestros derechos actuales: éstos existen y perviven en la medida de la ley que los rige y los permite; deben sufrir el efecto de todo cambio de la legislación".

precios oficiales, etc. Pero no interesa aquí este fenómeno, que queda reservado para los privatistas.⁵³

Puede afirmarse lo mismo, pero con signo inverso, respecto a los derechos contenidos en una situación jurídica objetiva, nacida de un acto condición (que condiciona la aplicación de una ley imperativa a un caso concreto) o atribuida y definida directamente por una ley (situaciones relativas a la capacidad, estado, nacionalidad, etc.). ¿Podrá una ley alterar esos derechos legales o estatutarios sin límite ni indemnización alguna?⁵⁴

Pese a la general difusión de la doctrina en examen, todo el movimiento favorable a la responsabilidad del Estado por acto legislativo descansa precisamente en un matiz de tal principio, que reconoce la legitimidad de la ley, pero impone responsabilidad por sus consecuencias lesivas. El legislador tiene potestad sin límites, fuera del constitucional que ya sentamos al comienzo de este trabajo y que desarrollaremos con toda brevedad de inmediato, para cambiar las situaciones jurídicas objetivas, generadas o reguladas por la ley; pero si, al hacerlo, lesiona intencional o residualmente, por

accidente, un derecho de otro sujeto, en forma "especial", el Estado debe reconocer los daños y perjuicios así generados.⁵⁵

Y damos un ejemplo persuasivo: ¿Tendrá o no derecho a indemnización el ahorrante que vea reducidos a nada sus ahorros, por obra de una devaluación? O el profesional que resulte incapacitado para ejercer su profesión, cuando ya estaba en legítimo ejercicio de ella, en virtud de nuevos requisitos al efecto, adicionales al título y a la colegiatura? ¿Quedará inerte el empleado público que vea rebajado su salario en un 75% ó 95% por obra de una nueva ley?⁵⁶

Creemos que, realmente, el impedimento a la indemnización aquí lo da la cantidad, la fuerza bruta de los números. Se trata de medidas que afectan a todos y que, de ser indemnizables en forma ilimitada, por aplicación al infinito de un mismo principio legal, podrían arruinar al Estado. Son los pesos, no los principios, lo que impide aquí el nacimiento de la obligación resarcitoria.

Los ejemplos revelan que todo depende aquí de la cuantía y extensión del daño, como, eventualmente, puede depender también de su impor-

(53) Magdi Sobhy Khalil, *Le Dirigisme Economique et Les Contrats*, L.G.D.J., 1967, págs. 341 a 344. El autor acepta la aplicación inmediata de la ley a materia contractual ya regulada por pacto anterior a aquella, cuando, a su vez, la materia afectada estaba ya regulada por ley o, como dice el Decano Paul Roubier, a quien el autor se remite, cuando dicha materia ha dejado de ser contractual desde antes de la nueva ley y era ya "estatutaria" cuando esta se dictó. En síntesis: esto no es otra cosa que una versión de la teoría de Duguit con diferente nombre, pues aquí se llama situación "estatutaria" la que Duguit llama "objetiva". Pero queda sin explicar las hipótesis de materia no "estatutaria", regulada exclusivamente por contrato, que se ve súbitamente modificada y regulada hacia el futuro por ley nueva, sin que su aplicación se reputa retroactiva ni inconstitucional siempre y cuando se pueda establecer que se trata de ley de orden público. El orden público juega como causa de corrección automática del pacto privado, en el sentido de que los efectos pendientes del mismo se acomodan automáticamente a la nueva ley, no obstante ser ésta, además, la primera sobre la materia contractual en cuestión. De este modo, queda sin explicar la aplicación inmediata (pero hacia el futuro) de la Ley de Inquilinato, que congeló alquileres, puesto que antes de ella no hubo regulación legal alguna de los mismos. Como éste, son múltiples los casos de leyes que regulan materia contractual antes no regulada y que se aplican a los contratos en curso, sin que ello suponga violación de derechos adquiridos (hipótesis de leyes de moratoria, que prolongan el plazo de los contratos; de leyes de cambio de la tasa contractual de interés, fijándole un máximo; o, incluso, rescindiendo un contrato en curso, al hacer imposible su ejecución, como cuando surge un mandato legal de entregar todas las divisas provenientes de exportaciones al Banco Central, respecto de un contrato que preveía el pago en dólares, etc.).

(54) Autores hay, como García de Enterría, el campeón de la responsabilidad por lesión antijurídica (pero por conducta legítima) en el mundo de habla hispánica, que opinan negativamente, diciendo: "Pongamos un ejemplo característico: Una devaluación de moneda, un cambio de regulación de una profesión, una rebaja en la remuneración de los funcionarios. En todas estas hipótesis no es la nota de generalidad la que evita la calificación de lesión o daño indemnizable, sino precisamente la circunstancia de no cumplirse el carácter esencial de la antijuridicidad de la lesión, en el sentido en que los hemos precisado más atrás; pues, en efecto, al poseer el Estado la disponibilidad sobre estas materias, que es el caso más señalado de reforma de status objetivos derivados de su misma potestad legislativa y de la esencial libertad de su ejercicio, ocurre que, frente a tales decisiones, no pueden ser opuestos por los interesados "derechos adquiridos" a la permanencia en la situación anterior, es decir, no puede esgrimirse frente al Estado el derecho a su integridad patrimonial tal como resulta del status anterior. No se trata, pues, de medidas de limitación de derechos, sino de cambios de status legislativos, de medidas de organización social cuya adopción corresponde libremente al Estado" (los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 184).

(55) El principio más importante es el opuesto y algo paradójico, porque va contra la regla del "contrarius actu": situaciones de contenido "estatutario" o "legal", cuya modificación por ley origina indemnización no tanto en consideración al derecho adquirido (que puede reputarse inexistente), cuanto en consideración al carácter especial de la lesión, por su confinamiento subjetivo o por su intensidad excepcional.

(56) Giovanni Duni, *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1978, págs. 219 y 220, esp. esta última,

tancia y calidad. Puede pensarse al efecto en el propietario de zona residencial o comercial que se ve reducido de la noche a la mañana, por obra de una nueva ley o de un nuevo plan de zonificación, a dueño de terrenos para calle pública, cuando el suyo era ya desde hacía varios años perfectamente urbanizable por ubicación, acceso vial, servicios públicos, etc. En este caso, la reparación suele darse por múltiple vía y a través de diversos mecanismos compensatorios, que no son necesariamente un pago dinerario: la reparcelación o distribución niveladora de tierras urbanas afectadas, donde la haya; el pago dinerario de un precio promedio de la tierra urbanizada, tomando en cuenta la de menor valor, según el plan vigente; la compensación de lo debido con la plusvalía no creada por el dueño, etc. Lo que es cierto es que todas son medidas que reconocen la necesidad de la indemnización y, por ello mismo, la existencia de la lesión resarcible, no obstante tratarse de una inferida a un derecho preexistente de índole netamente estatutario y objetivo, como la propiedad urbana. Eventualmente, el propietario podría verse obligado a pagar él, por una plusvalía que excede notoriamente el valor de su fundo inculto. Pero, superado como debe ser el problema, cabe advertir que si hay compensación es porque hay crédito compensable y, en consecuencia, responsabilidad resarcitoria de la Administración.

La solución sugerida no desconoce la difusión de la regla opuesta a la indemnización de vinculaciones y limitaciones urbanísticas en el derecho comparado.⁵⁷ Simplemente se limita a hacer ver que aun ese dogma, sano en principio y en la mayoría de las ocasiones, puede ser injusto y expropiatorio en otras en las cuales sea obvia la pérdida ruinosa de bienes o valores del propietario, frente a un nuevo plan de urbanismo o frente a las modificaciones del vigente.

En ambos casos de la jurisprudencia francesa —La Fleurette y Bovero— se trataba de indemnizar daños causados por el cambio de ley respecto de un status objetivo preexistente, de origen legal. En el caso La Fleurette, porque el comercio de la crema artificial de leche, que prósperamente desa-

rollaba la empresa afectada y que resultó prohibido por la nueva ley, era parte del status legal y constitucional de la libertad de empresa, que daba derecho pleno a cualquier giro industrial no prohibido, como el puesto en explotación; y en el caso Bovero más claramente todavía, porque se trataba de una prohibición de lanzamiento en ejecución de sentencia judicial de desahucio, cuando el accionado evicto era un soldado en servicio en Argelia o uno de sus parientes en alguno de los grados enunciados en la ley.

El régimen de ejecución de sentencias, como es obvio, es materia de ley y es derecho público inderogable por las partes en juicio, precisamente por su carácter objetivo y heterónomo respecto de ellas. Bien es sabida la regla de la aplicación inmediata de la ley procesal, como regidora de materia especialmente grave para la paz y el progreso sociales, en tanto que vital para la satisfacción de la justicia y del derecho. Ello no obstante, cuando la ley suprime el deber procesal del juez y de la Administración de ejecutar el fallo, el Consejo de Estado condena a pagar una indemnización del daño así causado, se supone que al derecho legal y estatutario (objetivo) del propietario al lanzamiento del inquilino, ya amparado en el fallo judicial. La realidad es que, precisamente, el fallo de desahucio produce el derecho al lanzamiento, de contenido enteramente legal y objetivo, por lo que el reconocimiento de la indemnización por su enervamiento legislativo y por el daño consiguiente tiene que interpretarse en el sentido de que, cuando se trata de derechos delimitados por ley y nacidos de una sentencia (con o sin cosa juzgada material), el cambio de las leyes que puede afectar desfavorablemente su existencia o contenido genera derecho a indemnización, no obstante la índole objetiva y el régimen estrictamente legal del derecho en cuestión. En todo caso, si pudiera aducirse en pro del fallo Bovero el carácter subjetivo del derecho al desahucio y lanzamiento, en cuanto antecedido por un contrato de arrendamiento urbano y un fallo favorable (aunque sin carácter de cosa juzgada material), como si se tratase de la expropiación del derecho procesal y judi-

(57) Es la posición aceptada por el art. 22 de nuestra Ley de Planificación Urbana y por el art. 70.1 de la Ley del Suelo de España. En Alemania es amplísima la lista de limitaciones o actos urbanísticos que generan indemnización (como puede verse de Parejo, REDA, No. 20, 1979, nota 139, págs. 35 y 36); y veremos cómo en Italia la Corte Costituzionale ha admitido la inconstitucionalidad de disposiciones de las leyes urbanísticas que negaban la indemnización, no obstante imponer ablaciones del derecho de edificar por tiempo indefinido o incierto.

cial al lanzamiento del inquilino moroso, habría que hacer ver que no es la existencia de ese presunto derecho subjetivo lesionado lo que fundamenta el fallo, sino la violación del principio y del derecho (típicamente objetivo y constitucional) de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas. El fallo La Fleurette no lo dice, pero lo trasunta claramente, y lo invocó Roujou, el Comisario de Gobierno cuyas conclusiones acogió el alto Tribunal. De modo que no es la violación de un derecho subjetivo típico y adquirido, sino precisamente la de uno de contenido y régimen legales y constitucionales, lo que genera la obligación de indemnizar al propietario frustrado.

En síntesis: la evolución del derecho comparado en favor de la indemnización de las lesiones "especiales" inferidas a derechos de contenido legal y/o estatutario, por cualquier acto o actividad públicos, sean de naturaleza legislativa o administrativa, permite concluir en la indemnizabilidad de todos los derechos (subjetivos o estatutarios) que sufran menoscabo grave con motivo de reformas o derogaciones legislativas (o del instrumento normativo que define el status correspondiente), a condición de que el daño sea realmente "especial" (por las notas caracterizantes de la "especialidad" y "anormalidad" antes aludidas).

LOS CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES COMUNES

Ante tan confuso panorama la doctrina especialmente de Alemania, Italia y Francia, ha concentrado su esfuerzo en la búsqueda y desarrollo de un criterio distintivo entre limitación expropiatoria o equiparable a la expropiación, con derecho a indemnización; y limitación común o propiamente tal, sin indemnización.

Desechados los criterios formales, por la naturaleza (legislativa o administrativa) del acto causante, o por el alcance del contenido y efectos del acto (según que éstos sean generales o concretos), parecieran restar dos grandes criterios materiales, a saber: i) la igualdad ante la ley y, específicamente, ante las cargas públicas; ii) la sustancialidad o gravedad del sacrificio en sus varias versiones.

Ambos principios han sido desarrollados en Alemania y Francia, sobre todo en la primera, y se discuten ardua, aunque tardíamente, en Italia y en España. El tema es casi desconocido en L.A. Llegamos a un campo doctrinal abonado y cultivado ya por la Europa continental, lo que hace casi imposible una visión criolla del problema y de sus posibles soluciones. Examinemos el problema en algunos de esos ordenamientos, con toda brevedad.

1) *Francia.* En Alemania, la falta oportuna de un texto constitucional que reconociese la responsabilidad del Estado (hasta la Constitución de Weimar) hizo que la teoría de la expropiación se empleara para darle acogimiento y cobertura, por afinidad y analogía; en Francia, la falta de una

justicia constitucional plena (pues la jurisdicción del Conseil Constitutionnel es sólo preventiva, frente a leyes no promulgadas), hizo que la doctrina de la responsabilidad absorbiera la de las expropiaciones por acto legislativo, para remediar por la vía de la reparación lo que no era ni es posible saldar por la vía de la anulación. El resultado ha sido el empleo a fondo, con tal propósito, del principio de igualdad ante las cargas públicas. Tanto una como otra institución se explican allá como contrapeso a hipótesis de desigualdad calificada, en virtud de actos o actividades del Estado. Contra lo que suele creerse, no hay norma constitucional alguna que en Francia garantice el genérico derecho de igualdad ante la ley, sino sólo un artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que garantiza la igualdad ante las cargas públicas. Estas se entienden como las desventajas impuestas deliberadamente por la autoridad al ciudadano para el logro de un fin público. Por igual fundamento y razón debe repararse todo daño causado con violación de esa misma igualdad en la consecución de un tal fin, aunque no intencionalmente. Todo radica en saber cuándo hay un daño desigual inferido a alguien, para determinar si se lo indemniza, o no, sea intencional, o no, el daño causado. La doctrina francesa entiende que lo hay cuando el daño causado por un acto público, aunque sea legítimo, es especial y anormal.

El daño es especial, en un primer sentido,

cuando afecta a uno o a un grupo restringido; esto excluye que pueda serlo cuando afecta a todos, a muchos o a grupos extensos, como por ej.: los integrantes de una profesión, los patronos de una región entera, los empleados públicos, etc. Pero, en un segundo sentido, el número no importa o pasa a segundo plano ante el carácter intrínsecamente desigual del daño, con lo que nuevamente se plantea la interrogante inicial: ¿Puede ser especial un daño que afecte a muchos, lo es siempre el que afecta a uno sólo o a muy pocos? La duda se introduce porque se ha reconocido indemnización de daños causados a muchos, como en el ya citado caso Bovero (C.E. 25 de enero de 1963), en el que fueron afectados decenas, si no cientos de miles de propietarios, a quienes una ley suprimió el derecho legal de lanzar a su inquilino en mora, si éste era un soldado movilizado en el Norte de Africa o un pariente de éste en un grado determinado. La explicación, se dice, radica en que en un caso como éste, según el mismo fallo del C.E. lo expresa, el daño inferido "no afecta a todos los propietarios de locales para habitación ocupados por terceros, ni aún siquiera a una categoría determinada de ellos, sino solamente a aquellos cuyos locales se hallan ocupados por un militar movilizado en Africa del Norte" . . . "este daño constituye así, para quienes lo sufren, una carga especial, en relación con las cargas que afectan el conjunto de los propietarios de locales de habitación ocupados por terceros" (cita de Devolve, Pierre, *Le Principe d'Egalite avant les Charges Publiques*, París, L.G.D.J., 1969, pág. 266). En otras palabras: se ha afectado únicamente a un grupo dentro de una categoría, que no forma ni siquiera otra subcategoría. Esto ocurre cuando la diferencia distintiva del grupo afectado, se hace derivar de un hecho que no tiene relación con el que define la categoría. De este modo, la categoría completa puede ser la de los propietarios de locales arrendados y, dentro de ella, la subcategoría justa puede ser la de los propietarios de apartamentos de lujo, o insalubres, o de multifamiliares, etc., porque el criterio común a todas atañe al objeto del giro también común. Pero no puede ser la de los arrendatarios de locales a soldados movilizados, porque ello es un hecho fortuito y extraño a la actividad y control del propietario de viviendas arrendables y al respectivo giro. Como dice el autor en que nos basamos: "es una circunstancia fortuita para los propietarios, que en nada define su actividad y que no puede servir para determinar una categoría

homogénea de administrados . . ." "las diferencias de situación no autorizan discriminaciones sino cuando son relativas al objeto de la carga instituida" (op. cit. pág. 268).

Pero, con ello, hemos abandonado el campo de lo legítimo, que es el que nos interesa (porque es el único en que queremos ubicar el problema de las limitaciones legislativas a la propiedad privada y su resarcibilidad, dado que es el único similar, por ello, a la expropiación). En efecto: lo que se acusa aquí como fundamento de la reparación es simplemente una injusta discriminación introducida por ley, suficiente en nuestro sistema para anularla por violación constitucional, eventualmente irrelevante en Francia, no sólo por el incompleto sistema de contralor jurisdiccional de las leyes meramente preventivo allá existente, sino, sobre todo, por la reconocida supremacía de la Ley como expresión de la voluntad popular, que es parte de la Constitución material de Francia y que es, en el fondo, la fuente de la resistencia a una justicia constitucional plena contra la Ley. Para no estimular la violación reconocida, que, pese a serlo, no puede ser anulada, se impone resarcir los daños que causa. Queda sin resolver el problema de la ley constitucional que imponga parejo daño. Todo se complica si se observa que, simultáneamente, no toda desigualdad injusta —como la del *Arret Bovero*— causa responsabilidad, pues ello no ocurre normalmente ni en el campo de la administración pública de la economía (comercio exterior, fijación de precios, devaluaciones monetarias, etc.) ni en otros en los que el interés público que justifica la indebida discriminación legislativa es importante y apremiante. Algún autor ha llegado a sostener que no procede indemnizar cuando "se dicta la ley únicamente en el interés general del conjunto de la población", para terminar diciendo que la ameritan únicamente "aquellas leyes que se dictan con vistas del interés de individuos o grupos pequeños", como los industriales de la leche favorecidos con la ley en el caso *La Fleurette*. El requisito de que sean pocos termina exigiéndose no sólo de los afectados, sino también de los favorecidos con la ley.

Todo esto revela que el criterio de la igualdad ante la ley, para establecer la existencia de la responsabilidad por medidas legislativas lesivas de la propiedad, es necesariamente formal, pues, para posibilitar su aplicación, tiene que recurrir al pobre criterio del número, que por su propia naturaleza contingente es no susceptible de formulación nor-

mativa. Si es indemnizable el daño especial, por ser contra o en favor de muy pocos, ¿cuántos hacen un montón? Pero si la respuesta es imposible, también lo es la otra alternativa. El argumento decisivo en contra del criterio queda formulado: ni toda desigualdad, por serlo, es fuente de responsabilidad pública, ni puede serlo la que es legítima y no inconstitucionalmente discriminatoria. Desde el punto de vista explicado por el jurista francés en comentario —autor del más completo estudio sobre el tema que conocemos— no sería indemnizable el daño producido a una subcategoría dentro de otra categoría, si la creación de la primera obedece a criterios que explican también la de esta última. En consecuencia: toda desigualdad justificada, por serlo, no sería indemnizable, no importa la gravedad del daño que cause, ni aun siquiera su más total confinamiento a una sola persona. Esta inaceptable posición es la conclusión final del autor sobre el tema de la especialidad de la lesión: “no basta constatar que una sola persona ha sufrido un daño para concluir en que el principio de igualdad frente a las cargas públicas ha sido violado en su detrimento: se requiere adicionalmente que ella sea la única en sufrirlo entre todas las otras situadas en igual posición de hecho” (op. cit. pág. 269).

A contrario sensu: no sería indemnizable, en ningún caso, una lesión legislativa justa y legítima, aunque fuese grave y única, precisamente por serlo. Es decir: si no es ilegítima ni discriminatoria. Nuevamente, es la adoración de la ley por ser ley: “The Parliament can do no wrong”.

2) *Alemania*. Resulta inútil entretenernos en explicar teorías que sólo conocemos por fuentes secundarias, que es casi como traducir la traducción, seguramente para traicionar a ambos, autor y traductor. Remitimos a los magníficos esquemas informativos e interpretativos de Nieto y de Parejo. Enumerar esas tesis, sin explicarlas, será necesario sólo para la conclusión a la vista.

Una parte de las tesis, hoy superada, pertenecía a enfoque igual que el de los franceses, aunque no tomado de ellos, sino sobre la base de desarrollos históricos propios y estaba centrado en la idea de la especialidad, entendida como confinamiento del daño indemnizable a unos pocos o a uno sólo. Esta idea se formuló históricamente diciendo que tal tipo de daño singular (a objeto y sujeto identificados) había de ser producido por acto administrativo y no por ley (teoría del acto

individual); o que, aun si producido por ley, debía referirse siempre a un caso concreto de uno o de pocos individuos (teoría del sacrificio singular). La crítica a tal enfoque es la que queda hecha contra la doctrina y jurisprudencia francesas.

La parte más importante de la doctrina alemana sobre el tema da un enfoque material y anti-formalista al problema, sin haber logrado explicarlo claramente.

Un primer intento establece la diferencia entre limitación indemnizable y no indemnizable diciendo que será la gravedad de la lesión el criterio determinante, sin indicar reglas concretas que permitan determinarla (teoría de la gravedad de la lesión), por lo que no sirve su propósito. Sólo la repercusión ruinosa sobre el patrimonio privado podría considerarse segura causa de responsabilidad pública en este enfoque, lo que no deja de ser una primera cota ganada.

Sobre línea parecida se da la teoría de la dignidad de la protección. Según este enfoque cada derecho tiene un cierto grado de tensión con la sociedad, en favor de su titular. La propiedad es uno particularmente débil frente a ella y a la ley que recoge las necesidades sociales, por lo que hay en ella una gran parte fácilmente cercenable en beneficio social y otra irreductible, que es lo digno de protección. Cuál es esta porción digna de ser protegida, se determina con ayuda de una serie de criterios no estrictamente jurídicos, como la historia de la institución y su sentido frente a ella, los valores sociales establecidos, las expresiones legales, todos los cuales se integran en una escala que va de la inexistencia de la propiedad (0) a la propiedad ilimitada (100). Obviamente, será indemnizable todo daño que pase de 50. Pero el enfoque requiere el manejo de una escala matemática correspondiente a factores de evaluación de imposible traducción numérica. El criterio es, en otras palabras, subjetivo e inaplicable. Y lo mismo puede decirse de otra doctrina similar (teoría de la exigibilidad) que cifra la distinción buscada en la que se da entre tolerancia exigible y exigencia no justificada de la colectividad frente al propietario: todo derecho tiene un margen de penetración de lo social, que es socialmente exigible, pero también una zona de poder impenetrable, respecto de cuya existencia o ejercicio la sociedad nada puede ni debe exigir. La indemnización surge cuando se exige lo inexigible, pero tampoco aquí se dice qué es lo inexigible ni se dan criterios para determinarlo con facilidad.

La doctrina de la sustancia del derecho tiende a esbozar un criterio más objetivo. Cada derecho subjetivo tiene una función económica esencial dada simultáneamente por el ordenamiento y por el mercado económico; el de la propiedad es servir a su dueño, como titular del goce y de la disposición de la cosa, según la mejor función asignada a su bien por el mercado. Se da expropiación o debe darse indemnización siempre que cualquier acto público —no importa su origen ni su naturaleza— impida esa función económica esencial del bien, afectando los poderes del derecho respectivo en forma tal que, por ejemplo, el propietario, sin dejar de ser tal, quede reducido a nudo propietario. Así, se lesiona el núcleo o sustancia esenciales del derecho de propiedad agraria cuando se prohíbe cultivar la finca respectiva; el de la propiedad urbanizable cuando se prohíbe urbanizar; el de la propiedad societaria cuando al accionista se le prohíbe votar o se limita en tal forma su derecho que resulta imposible o sin interés el ejercerlo, etc.

Semejante a la anterior es la doctrina que centra la distinción por la alusión al núcleo privado de la propiedad privada, intocable por razones de interés público, salvo indemnización. Según la Constitución alemana, (artículos 2 y 14) la iniciativa privada es el motor de la economía, movido, a su vez, por la utilidad privada. La propiedad está sujeta a imperativos de orden público, coexistentes y aun prevalentes sobre los de la utilidad privada, pero ésta tiene también los suyos, que no pueden ignorarse más allá de cierto límite sin violar el texto constitucional. Hay expropiación cuando se sobrepasa ese límite. Pero, como antes, no se ha ofrecido un criterio claro para determinarlo.

La doctrina alemana parece haber llegado, según sus difusores en lengua española, a la conclusión de que sólo hay una alternativa: o volver al concepto clásico de expropiación, en cuanto implica transferencia de bienes o, al menos, la extinción de un derecho real (dominical o desmembrado), con la simultánea constitución de

otro igual en otro sujeto; o simplemente combinar los criterios dados para su mejor ajuste caso por caso, ante todo en búsqueda de la justicia y de la equidad. Veremos que parecida solución es la sugerida por la doctrina española más autorizada.

3) *Italia*. No se ha discutido aquí el tema con igual extensión que en Alemania. Se dan, sin embargo, los mismos enfrentamientos doctrinales. Hay, por un lado, quienes opinan no existir ningún contenido constitucional de la propiedad privada —no obstante estar garantizada como derecho constitucional— y, de consiguiente, opinan no haber derecho subjetivo alguno adquirido o consolidado frente a la nueva ley que cercene o disminuya, sin límite, el haz de poderes que perfila la cara positiva de ese derecho. Se critica como jurnaturalista la tesis contraria, en cuanto sólo es sostenible recurriendo a la idea de propiedad del C. Civil como natural y eterna, única forma en que puede pretenderse supralegislativa y consolidada en su contenido mínimo ante la nueva ley.⁵⁸

Consideran otros que la garantía constitucional de la propiedad significa algo, en punto al contenido de ese derecho que, como nosotros, hacen consistir en las potestades de gozo y disposición del bien. Ese contenido mínimo no es histórico ni eterno, sino móvil y lábil a la obra del tiempo y de la sociedad, por manera que cambia sin que cambie necesariamente el texto constitucional de base. Pero no puede llegar nunca, a partir de una Constitución que la reconoce y garantiza, a convertirse en propiedad pública ni en ninguna otra forma de tenencia y gozo de la cosa que no sea la subjetiva, en cuanto es de un sujeto y exclusivamente de él (dado que aún en la copropiedad cada uno es exclusivo dueño de su derecho individual).⁵⁹ El parámetro de medida e identificación del sacrificio o privación singulares, típicos de la expropiación o de la limitación indemnizables está en la conciencia colectiva e histórica de cada momento, que es la que indica cuáles son las po-

(58) Giannini, *Diritto Amministrativo*, op. cit., tomo II, págs. 1213 y 1214, así como *Diritto Pubblico*, op. cit., pág. 103; el autor ha producido otro artículo sobre las bases constitucionales de la propiedad, donde desarrollaba igual tema mayor extensión, que no conocemos. Y lo mismo cabe decir de la referencia al artículo, que parece recapitulación y culminación de la posición formalista en el enfoque del derecho constitucional de propiedad y de su contenido, y, por ahí, opuesto a la existencia de limitaciones expropiatorias, de Motzo e Piras sobre *Espropriazione e Pubblica Utilità*, que no hemos podido leer. Ver también Sorace, op. cit., especialmente págs. ya citadas, con una cita de inteligente trozo de Cesarini-Sforza, que describe como jurnaturalistas a los partidarios de un concepto pétreo y mínimo de la propiedad a nivel constitucional. D'Angelo ofrece una visión panorámica de las dos doctrinas "formalistas" en Capítulo Segundo de su obra.

(59) Citas de la obra de D'Angelo ya hechas, que también ofrece una lista bastante completa de las tesis favorables a la tesis "sustancialista" respecto de la propiedad privada derecho constitucional.

testades y utilidades de la propiedad sobre diversos tipos de bienes que, en la circunstancia socio-económica en que se ubican, resultan esenciales para el goce del bien en cuestión⁶⁰. Si un acto público cualquiera suprime o disminuye una de esas potestades o utilidades esenciales, o lo hace en forma prevalente, porque deja de la propiedad casi sólo lo que es inútil o no viable económicamente, todo según los valores sociales del momento, reflejados en la conciencia del Juez, hay expropiación e indemnización, aunque el propietario mantenga la titularidad; y no las hay, a la inversa.⁶¹

La anterior doctrina está dividida entre quienes reputan posible el sacrificio por ley y en vía general, como causa de indemnización; y quienes, al contrario, combinan su enfoque con la extensión de la lesión, para sostener que el resarcimiento sólo es exigible cuando se produce un sacrificio (de poderes o utilidades esenciales del bien) por acto administrativo y en caso concreto.⁶²

En síntesis: la doctrina italiana desemboca en enfoque muy similar a varias de las teorías germánicas arriba aludidas y, concretamente, a las doctrinas de "lo digno de protección" y de la "exigibilidad de protección" (en cuanto se indemniza cuando se cercena o mutila algo que, según la conciencia social, debe respetarse como connatural con la propiedad) y, sobre todo, a la teoría de la "sustancia" o "esencia" del derecho sacrificado (en cuanto la indemnización se predica sólo de hipótesis en las que el contenido esencial de la propiedad es atacado).

No significa la doctrina italiana ningún cambio radical de enfoque respecto de la alemana, que más bien pareciera ser su fuente inmediata.

La Corte Costituzionale ha acogido plenamente —hasta donde sabemos— el enfoque mixto de que se habla (*por combinación de la teoría del acto administrativo y del sacrificio singular con la de la sustancialidad o esencialidad de la lesión*), quizá por obra de su entonces Presidente, el ilustre publicista Aldo Sandulli, padre de tal posición en Italia. En efecto: en una primera sentencia, que abrió brecha, la Corte Costituzionale dijo:

"debe considerarse como de naturaleza expropiatoria también el acto que, sin disponer una transferencia total o parcial de derechos, impone limitaciones tales que vacían de contenido el derecho de propiedad, incidiendo sobre el goce del bien tan profundamente como para hacerlo inutilizable en relación con el destino inherente a la naturaleza del bien mismo, o determinando el venir a menos o disminuir drásticamente su valor venal" (sentencia No. 6 del 20 de enero de 1966, en la que se declara nulas varias disposiciones de la ley que imponían, sin indemnizar, servidumbres consistentes en zonas de respeto de fundos militares e instalaciones similares).

Previamente el mismo fallo había dejado claro que cuando el sacrificio es general o por categoría, no es indemnizable.

Poco tiempo después la misma Corte se reafirmó, una vez reconocido el poder del legislador para dictar por vía general el régimen de la propiedad, sin indemnización, diciendo:

"en la creación de ese régimen el legislador puede, incluso, excluir la propiedad privada de ciertas categorías de bienes, como puede imponer, siempre por categorías, algunas limitaciones generales, o autorizar imposiciones de alcance particular, en diverso grado y con mayor o menor acentuada restricción de las facultades de goce y de disposición. Pero tales imposiciones a título particular no pueden exceder nunca, sin indemnización, aquella magnitud más allá de la cual el sacrificio impuesto viene a incidir sobre el bien, por encima de lo que es connatural al derecho dominical, tal y como está reconocido en el actual momento histórico. Más allá de ese confín, (la limitación) asume carácter expropiatorio" (sentencia No. 55 de 1968, que declaró nulas las disposiciones de la ley urbanística italiana de 17 de agosto de 1942, No. 1150, que, sin indemnizar, sustrae la potestad de edificar de terrenos edificables, que el plan urbanístico, basado en la ley impugnada, destinaría a espacios públicos diversos por destino, como plazas, templos, vías públicas, etc.).

La doctrina y jurisprudencia italianas que aceptan la posibilidad de indemnizaciones por daños causados por ley a la propiedad privada, lo

(60) Sandulli, op. cit., págs. 830 y 831.

(61) D'Angelo, op. cit., págs. 226 y 227.

(62) Sandulli acepta —como la jurisprudencia italiana, no sin ciertos rasgos contradictorios, como se verá de inmediato— la teoría del acto administrativo y del daño singular, pero no D'Angelo.

hacen invocando argumentos y principios muy parecidos, según se dijo, a las doctrinas sustancialistas alemanas antes indicadas.

4) *España*. Hemos dado ya noticia del artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, en materia de responsabilidad (similar pero distinta), reconoce la posibilidad de resarcimientos con ese título cuando el daño es causado por una ley, incluso si ésta es legítima. Pero el reconocimiento de la posibilidad de indemnizaciones por limitaciones legislativas a la propiedad privada, radica en la propia cláusula general contenido en el artículo 1 de la Ley respectiva, que define el efecto expropiatorio como una "privación singular". Nuevamente es patente aquí la influencia —como en Italia— de la doctrina alemana del acto administrativo causante y del sacrificio singular. El más autorizado expositor del sistema, Eduardo García de Enterría, pone el acento, sin embargo, mucho más en el efecto ablativo o privativo de la institución, que en el aspecto numérico o cuantitativo aludido con la exigencia de la singularidad de la privación. Es esta privación y, no aquella singularidad (por muy sintomática y normal que la misma sea en las hipótesis dignas de resarcimiento), lo que caracteriza la expropiación y, por ahí, las limitaciones expropiadoras.⁶³

El autor claramente acoge las doctrinas sustancialistas de la lesión resarcible excogitadas por los alemanes, principalmente las de la exigibilidad de protección, de la gravedad de la lesión y del ataque a la sustancia o núcleo esenciales del contenido del derecho, para concluir en que *"el grado y la índole de la privación, de modo que ésta implique no ya una regulación, sino un despojo de la sustancia —total o parcial— del derecho, han de considerarse con preferencia incluso a su extensión, para determinar si el ataque o el sacrificio merecen o no la calificación de expropiatorios"*. (Curso, op. cit. tomo XXII, pág. 211).

5) *Costa Rica*. Costa Rica, como España, tiene en el artículo 194.1 y 3 de la Ley General de

Administración Pública, una norma escrita que permite fácil y generosamente el reconocimiento de indemnización plena cuando el daño ha sido causado por una ley, sea directamente traslativa del dominio por vía forzosa, sea meramente privativa de una parte o utilidad del mismo, a título de "limitación de interés social" de la propiedad. Cuando una ley, con esa función o denominación, incide sobre el dominio privado y lo despoja de parte esencial de su contenido material o jurídico, hay expropiación y debe haber indemnización.

Artículo 194.3: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Según el párrafo 1ro. de dicha norma el daño se da "en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión".

Nuestra ley ha acogido, según se ve, la posición española y, con ella, tanto la teoría del sacrificio singular como la de la gravedad del sacrificio y todas sus variantes germánicas compatibles (como las otras ya enumeradas).

Es decir: en C.R. hay derecho subjetivo legislado a la reparación plena del daño sufrido por una ley o acto que limite la propiedad privada por motivos de interés social, si al hacerlo por vía general o singular, la ley causa directa, o derivada y accidentalmente, un daño que signifique una detracción del contenido esencial del derecho, entendida esa detracción como la que suprime o inutiliza componentes, jurídicos o materiales, de un derecho subjetivo de propiedad, sin los cuales resulta, jurídica o económicamente, imposible o no rentable el uso, disfrute o disposición mejores de ese derecho, preexistentes o posibles al momento del cambio, sea éste de origen legal o administrativo. Más breve: hay derecho a indemnización si la ley o el acto administrativo, con alcance general o individual, privan a una propiedad de su mejor uso, por detracción de componentes materiales o jurídicos para hacerlo efectivo, por ley o por razones de mercado.

EL ANALISIS ESTRUCTURAL Y FORMAL DE LAS LIMITACIONES

Pese a todo lo cual, no puede negarse el casuismo y vaguedad del criterio asumido. Queda sin respuesta la ruda pregunta de Giannini: "Se habla de sacrificio, pero ¿qué es jurídicamente un sacrificio?" Podría contestarse que sacrificio es lo que causa una expropiación común y que toda expropiación, aunque se llame limitación de interés social, debe pagarse como tal, como lo que realmente es. Un intento de mayor precisión puede montarse sobre las siguientes bases:

a) Hay sacrificio cuando hay la supresión de un derecho, total o parcialmente, en cuanto a todas o sólo algunas de sus utilidades, y sólo si, en el caso del daño parcial, la parte eliminada es esencial para el ejercicio del derecho y el logro de su fin, legal y/o de mercado.

b) La esencialidad del derecho subjetivo de propiedad y de sus partes ha de medirse desde doble punto de vista objetivo: i) el ordinamental, según el cual todo derecho subjetivo tiene estructura y función típicas en el ordenamiento, por lo que, para determinar cuáles son, el ordenamiento puede dar la respuesta en el plano normativo; ii) el factual, según el cual la función del derecho subjetivo y de sus componentes, así como la importancia de sus elementos estructurales respecto de ella, es no sólo institucional sino circunstancial y condicionada en cada tipo de bien y hasta en cada bien sujeto a propiedad, por lo que, para determinarlos a cabalidad, es preciso tomar en cuenta su mejor uso y valor en el mercado concreto en que se haga la valoración, en todos los elementos económicos ahí presentes.

c) Ha de tenerse como esencial no sólo lo que está ya en acto, por ejercicio actual o consumado del derecho de propiedad, sino lo que está en potencia y es prácticamente posible como mejor uso de ella, jurídica y materialmente.

d) El daño ha de tenerse por existente no sólo por aparición de un nuevo régimen legal que suprima poderes esenciales o imponga deberes incompatibles con el derecho de propiedad, sino también cuando se trate de un cambio en el régimen ya existente, que sobreviva parcialmente, sea ante la nueva ley, sea ante el nuevo reglamento,

plan o acto administrativo delegados por ella; es decir: que es lesivo y resarcible todo daño por cambio del "status" en aspectos esenciales de la estructura o de la función del derecho subjetivo, no importa la extensión del cambio.

e) Cuando el daño es normativo, en tanto que impuesto directamente por la ley o por reglamento, se dará por supresión de atributos esenciales o por disminución drástica de su posibilidad de ejercicio, aunque no cambie la titularidad y todos sigan perteneciendo a su dueño.

f) Cuando el daño consista en una limitación general al contenido del derecho de propiedad, por sujeción no a un deber definido en la ley, sino a una potestad administrativa como las antes descritas, sobre todo si se trata de la de dar órdenes sucesivas, deberá entenderse que hay privación del uso y goce de la propiedad en medida igual a la que jurídicamente puedan abarcar esas órdenes por razón de materia y fin, y que, simultáneamente, la Administración detenta, respecto del bien, las potestades de uso y goce que normalmente son del propietario, en esa medida.

g) Cuando la sujeción a órdenes sea total y éstas puedan referirse a cualquier aspecto de la administración y disposición del bien, aunque no haya traspaso formal de la titularidad, habrá de entenderse que hay total traspaso jurídico implícito de las potestades de uso y goce del bien en toda su extensión.

h) Cuando la limitación consista en una sujeción a una potestad de autorización, en todas sus gamas explicadas, podrá entenderse que no hay privación indemnizable si la autorización es reglada o si, aunque sea discrecional, es de contenido reglado; caso opuesto, si es de contenido discrecional o si es autorización creadora de relaciones durables de supremacía especial, condición de ingreso a un ordenamiento de sector o máscara de una potestad preceptiva y ordenadora, debe regirse por las reglas de los apartados g) y h) anteriores;

i) Cuando la sujeción a potestades administrativas de autorización o de ordenación sea parcial, porque la norma de apoderamiento fije

precisa y claramente la materia y el fin de la respectiva potestad en punto al uso y goce del bien, la privación correlativa del dominio podrá ser indemnizable, o no, según que sea esencial, o no, en los términos antes indicados, el poder dominical afectado y sustraído. Si la potestad administrativa, oponible y opuesta, es indeterminada por materia y fin, la propiedad deberá reputarse "funcionalizada" en su totalidad y será necesaria la indemnización total.

Lo dicho en cuanto a las limitaciones-sujecciones (a potestades administrativas) discrepa claramente de parte de la doctrina que sostiene que, en hipótesis tales, el daño no madura con la ley que las crea, sino con el ejercicio de la respectiva potestad y sólo si del mismo nacen lesiones fundamentales. De este modo, si una autorización es necesaria para cualquier explotación agrícola de una finca sujeta obligatoriamente a régimen forestal, el daño resarcible surgiría —según esta tesis negativa— sólo si se denegase la autorización frente a una petición de cultivo y sólo si éste es el mejor uso, y no uno colateral o accesorio, del inmueble rural en cuestión.⁶⁴ El error del enfoque es evidente: el daño económico en estas hipótesis, que afectan seriamente el valor venal de la finca y que pueden reducirlo a cero, no es la pérdida del cultivo, sino la pérdida de la libertad para el cultivo y, por ahí, del libre goce del bien.

Es un daño patrimonial por directa incidencia sobre la libertad de explotación y de empresa, y, por ahí, contra la seguridad jurídica en el goce y disposición del bien, mucho más que sobre su materialidad o configuración física. No se puede disfrutar del bien si la Administración no lo autoriza y, si la potestad de autorizar enmascara una de dar órdenes, habrá que explotarlo, por añadidura, como la Administración lo ordena. Luego, nadie compra la finca, ni acepta gravámenes sobre ella, ni

financia su explotación, pues no se sabe cuál será ésta. El bien sale del comercio, de hecho, siempre que esto se compruebe.

El derecho no puede permanecer indiferente ante tan grave ofensa patrimonial, si garantiza por otra parte, como lo hace el artículo 51 de nuestra Carta, la reparación de todos los daños que se causen, acudiendo ante los Tribunales de la República. El derecho administrativo de la propiedad privada tiene que garantizar esa reparación, porque se lo exige el derecho constitucional, que garantiza su "inviolabilidad". El propietario urbano que se queda sin construir lo que era ya construible, por virtud de un nuevo plan urbanístico; el propietario a quien se impone la necesidad de construir algo mucho menos lucrativo o, incluso, deficitario, cuando se califica su finca como belleza panorámica o turística; el agricultor que se ve sujeto a órdenes de todo tipo en la explotación de su tierra, y aún aquel que sin recibir negativa a lo que propone —que le es aceptado— se ve sujeto a autorización para todo acto de explotación de su finca, no ven ir sus potestades dominicales de las suyas a otras manos, pues conservan aparentemente la titularidad de todas. Pero es absurdo negar que pierden su autonomía empresarial, sufren la imposición de un socio de voto prevalente (pues puede no sólo vetar sino también decidir y mandar en contra del dueño) y, sobre todo, ven drásticamente disminuido el valor venal de su propiedad por la inseguridad jurídica consiguiente al nacimiento de la limitación legal que, aunque no traslativa de dominio, crea el azar, pues condiciona a la autorización la adopción, ejecución y, eventualmente, el contenido de todas o de las más importantes decisiones y políticas empresariales, en tanto que referidas al uso mejor o más importante del bien afectado.

EL ENFOQUE CLASICO SUBSIDIARIO

En último término, la anterior discusión puede ser bizantina, pues aún en las hipótesis de limitaciones a la propiedad sin aparente traspaso de riqueza, como las turísticas, urbanísticas, agra-

rias o forestales, arqueológicas o históricas, etc., antes mencionadas, hay un espejismo: traspaso lo hay, pero no para una obra pública, sino simplemente para un fin o interés públicos, que no la

(64) Sandulli, op. cit. págs. 833, con cita de leyes inglesa y suiza en apoyo de su posición y en contra de la aquí sostenida.

exigen, y que eventualmente pueden exigir lo contrario de una nueva construcción, que es el mantenimiento de la que ya existe (vínculo monumental o histórico). En hipótesis tales la Administración no se hace nueva titular del bien como tal, sino de potestades desmembradas y parciales para determinar el uso, goce y disposición de partes o de funciones especiales de éste, pero de potestades que, como quiera, pertenecerían de otro modo al titular del mismo. La limitación opera invisiblemente el traspaso de titularidades parciales y así la expropiación se perfecciona.

Y es Giannini quien mejor lo ha puesto a foco, al referirse al mismo tema desde otro ángulo, el de las (por él) llamadas "ablaciones reales" por acto administrativo, consistentes en la atribución activa de bienes privados, o de utilidades parciales sobre bienes privados, en favor de poderes o entidades públicos, como ocurre típica y paradigmáticamente con la expropiación clásica. La atribución coactiva en cuestión puede hacerse por ley general y bajo el título de limitación real de interés público, sin dejar de ser lo que es, pues, como apunta

Giannini, lo típico en estos actos ablatorios reside en que siempre son simultáneamente extintos y adquisitivos de un derecho real, con prevalencia del fin adquisitivo, pues "no interesa privar a alguien de algo obligándolo a una cierta conducta en bien de un interés público", . . . "sino que interesa adquirir una "utilidad" de la cosa o la cosa misma. Funcionalmente el aspecto adquisitivo prevalece, sea cual sea el modo en que se estructura el procedimiento" (Diritto Amministrativo, Vol. 11, pág. 1199. op. cit.).

Y en todo caso, si estas expropiaciones mediante limitaciones legales de la propiedad, destructivas de ella, no suponen traspaso de derechos, suponen necesariamente un beneficiario real, determinado o indeterminado, que es lo que, en último término, la más nueva doctrina encuentra peculiar y constitutivo de la expropiación.⁶⁵ Como ésta, tales limitaciones tienen que ser indemnizadas. La negación de la ley a hacerlo, la haría inconstitucional, aunque, por lo dicho, normal y legítima para nuestra Corte Suprema de Justicia.
