

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



13

LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES DE INTERES SOCIAL

Eduardo Ortiz Ortiz
Ex Catedrático Titular de De-
recho Administrativo, Uni-
versidad de Costa Rica.

INDICE

	Pág.
Planteo del tema	15
El artículo 45 de la Constitución Política	15
a) La Garantía y la inviolabilidad de la propiedad privada	15
i) La garantía llamada "Institucional"	15
ii) La garantía llamada "Individual"	16
b) La expropiación	19
i) La esencia de la expropiación	19
ii) No se determina	19
1) Tipo o clase de bienes	19
2) Tipo o clase de acto	19
3) Beneficiario de la expropiación	19
4) Extensión o alcance de la expropiación	19
La expropiación clásica se construye sobre las siguientes cuatro determinaciones	20
i) Recaía únicamente sobre inmuebles	20
ii) En el Derecho Comparado	20
iii) Beneficiario normal de la expropiación	20
iv) La expropiación es normalmente concreta en cuanto al derecho sobre el que recae	20
c) Las limitaciones	21
1) De origen legislativo	22
2) La limitación no es expropiación	22
3) Respeto de los fines públicos o de utilidad social	22
4) Las limitaciones de utilidad social	22
5) Según el artículo 45 de la Carta las limitaciones son reserva de ley	22
6) El cambio de perspectiva	23
6i) La previsión legal de la conducta del propietario	24
6ii) El otorgamiento a la administración pública de potestades	25
6iii) El fenómeno anterior puede darse también por la sujeción	25
6iv) La forma más efectiva de arribar al anterior resultado	25
6v) El esquema anterior culmina cuando la autorización produce una sujeción especial	26
6vi) La correlación entre ideologías políticas y formas de control y dirección de la propiedad y de la actividad	27

LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD	28
1) Tipología de las limitaciones	29
i) Prohibiciones absolutas	29
ii) Prohibiciones relativas	29
iii) Sujeciones	30
iv) Obligaciones y deberes de hacer	30
v) Obligaciones y deberes de dar	30
Autorizaciones	32
1) Estructura	32
2) Función	34
3) Conclusión	34
LA EVOLUCION RECESIVA DE LAS LIMITACIONES Y EXPANSIVA DE LA EXPROPIACION	35
i) El parlamento o asamblea legislativa auténticos representantes del pueblo	35
ii) Las limitaciones son de origen fundamentalmente administrativo	35
iii) Las limitaciones no son siempre generales	36
iv) Las limitaciones a la propiedad son hoy fundamentalmente positivas	37
v) Es imposible distinguir hoy entre limitación y expropiación por razón del origen público de daño	37
vi) El criterio posible de distinción entre expropiación y limitación	37
LA EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA Y SU CONEXION CON LA EXPROPIACION	37
i) Alemania	38
ii) Francia	38
iii) Italia	39
iv) España	39
Síntesis	44
LOS CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES COMUNES	44
1) Francia	44
2) Alemania	46
3) Italia	47
4) España	48
5) Costa Rica	48
EL ANALISIS ESTRUCTURAL Y FORMAL DE LAS LIMITACIONES	49
a) Hay sacrificio cuando hay supresión de un derecho	49
b) La esencialidad del derecho subjetivo de propiedades y de sus partes ha de medirse desde el punto de vista objetivo	49
c) Ha de tenerse como esencial no solo lo que está ya en acto	49
d) El daño ha de tenerse por existente no solo por aparición de un nuevo régimen legal	49
e) Cuando el daño sea normativo	49
f) Cuando el daño consista en una limitación general al contenido del derecho de propiedad	49
g) Cuando la sujeción a órdenes sea total y estas puedan referirse a cualquier aspecto de la administración del bien	49
h) Cuando la limitación consista en una sujeción a una potestad de autorización	49
i) Cuando la sujeción a potestades administrativas de autorización o de ordenación sea parcial	49
ENFOQUE CLASICO SUBSIDIARIO	50

PLANTEO

Nuevas atribuciones del Estado y de los entes públicos, como la planificación agraria, económica y urbanística, la tutela de los recursos naturales renovables (agua, suelo, aire, clima, bosques, etc), la intervención sobre las fuentes energéticas del país, la preservación del patrimonio arqueológico, artístico y panorámico, etc., han puesto sobre la propiedad y en manos de aquellos una serie de limitaciones y potestades de índole públicas, en ocasiones con grave detrimento de su goce y disposición por el dueño. Es, efectivamente, por la sujeción de los bienes y de las empresas o actividades económicas, a regímenes jurídicos diseñados con criterio finalista, para la obtención de resultados específicos o globales, que el Estado de hoy suele gobernar la economía nacional.¹ En relación con los bienes esos regímenes consisten en la demarcación y en la configuración de la propiedad ordenada a fines, primeramente por las llamadas limitaciones y, en segundo término, por la misteriosa "función social" de la propiedad, respectivamente.

Analicemos brevemente ambos conceptos.

El artículo 45 C. Política

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

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

Esta norma contiene tres disposiciones fundamentales, a saber:

i) Reconoce la existencia de la propiedad privada y garantiza su inviolabilidad; ii) Autoriza la expropiación por razones de utilidad pública, vinculándola a la idea de indemnización (que deberá ser previa a la toma de posesión del bien, salvo caso de emergencia nacional, en que podrá ser posterior, dentro de los dos años siguientes al apoderamiento); iii) Autoriza la posibilidad de "limitaciones de interés social" a la propiedad privada y crea una reserva de ley al efecto, reforzada por una mayoría legislativa calificada para imponerla. Es evidente que en esta última disposición, la Carta nada dice respecto de indemnización. No hay jurisprudencia que así lo defina en Costa Rica, pero, como veremos de inmediato, hay doctrina extranjera dominante que encuentra esa la principal consecuencia jurídica de la distinción entre expropiación y limitación, aquella indemnizable y ésta no.

El artículo 45 nos lleva de inmediato a analizar el alcance de las tres instituciones contenidas en su texto.

a) La garantía y la inviolabilidad de la propiedad privada.

Mucho se discute ahora y en varios sistemas que garantizan constitucionalmente la propiedad privada, si ese reconocimiento constitucional supone un contenido mínimo e invariable de la propiedad, que la ley no puede tocar; o si, a la inversa, lo diga o no la Constitución, ese contenido está librado a la ley sin restricciones de ninguna especie o sólo con las exigidas por el interés público en la mejor explotación de la propiedad.²

En la hipótesis de la garantía constitucional de una propiedad a contenido mínimo, se darían, en realidad, dos garantías:

i) la garantía llamada "institucional", que es la del sistema capitalista como forma política y jurídica de ordenación de la economía por el Estado, a partir de la propiedad privada de los medios de producción³;

(1) Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, II Mulino, Bologna, 1977, pág. 76.

(2) La polémica ha sido particularmente encendida en Alemania e Italia, véase por Italia, Guido D'Angelo, *Limitazioni Autoritative della Facoltà di Edificare e Diritto all'Indennizzo*, Morano, Napoli, 197, págs. 50 a 71; y para Alemania Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 455 y 456.

(3) Luciano Parejo Alonso, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, No. 17, págs. 248, 249, 270 y 271; Ricardo Villata, *Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 108 a 111.

ii) la garantía "individual" del derecho de propiedad a contenido mínimo, que permitiría al individuo impugnar cualquier ley o acto público que disminuyera o debilitara seriamente ese contenido, consistente en un haz pétreo e irreductible de poderes atribuidos al dueño en su principal provecho e interés personal.⁴

En la hipótesis, en cambio, en que se entendiera la propiedad como institución constitucionalmente vacía de contenido y sin un mínimo invariable de poderes jurídicos en función privada, la ley, pese a su reconocimiento y garantía constitucionales, podría no sólo eliminar, sustituir o modificar cualesquiera poderes típicos de la propiedad en cualquier momento, sino que podría, incluso, arribar a un sistema colectivista de propiedad de los medios de producción o reducir al dueño a titular de la nuda propiedad, sin violar la Constitución. Esto, precisamente, es lo que, en la hipótesis contraria, prohibiría la llamada garantía institucional, que sería incompatible con un ensanchamiento de la propiedad pública (estatal o social, de grupos u organizaciones) sobre los medios de producción capaz de convertir en residual y excepcional, jurídicamente hablando, la propiedad privada.⁵

No hay acuerdo en la doctrina sobre el tema, que sigue siendo arduamente polémico. Hay, como quiera, un dato que pesa en la elección que se haga, que es el texto constitucional. Cabe decir al respecto que mientras esa polémica puede ser enardecida y rica en sistemas como el italiano o el alemán,⁶ donde la Constitución se limita a reconocer o a garantizar la propiedad privada (como término de una evolución histórica en la que previamente otra Constitución establecía su "inviolabilidad"), no parece tener igual favorable coyuntu-

ra en Costa Rica, donde es precisamente esa inviolabilidad lo que se garantiza. Ello no obstante, nuestra Corte Suprema de Justicia ha optado claramente por la tesis que podríamos llamar partidaria de un concepto constitucional "formal" o vacío de la propiedad privada, cuando ha sostenido reiteradamente que esta última carece de contenido constitucional y de un haz de poderes intangibles para la ley; ha dicho nuestra Corte Suprema:

"El artículo 45 de la Constitución Política reconoce y garantiza el régimen de propiedad individual, pues dispone que ésta es inviolable y que a nadie puede privarse de la suya si no es por un interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Pero ni el artículo 45, ni en ninguna otra regla constitucional, se encuentran establecidos los principios que rigen el derecho de propiedad, ni tampoco se ocupa el citado texto —ni otro de la misma categoría— de señalar las condiciones en que ese derecho puede adquirirse ni la forma de comprobarlo" (sesión extraordinaria de 10hs. del 9 de diciembre de 1971).⁷

La inviolabilidad de la propiedad supone, ello no obstante, el contenido mínimo de ese derecho, con entera independencia de si hay uno o varios tipos de ella, y de si hay, o no, un concepto relativo e histórico, evolutivo, de cada uno. Pues aun admitiendo que haya varios, a determinar por la ley, y que cada uno tenga su lugar en la historia, aunque se mezclen entre sí en un momento dado, habría que admitir que la Constitución no puede querer la inviolabilidad de aquello que no considere sagrado y fundamental y menos la de lo opuesto a esto último, cualquiera que sea la esencia de esto último. La norma constitucional, sobre todo, está directamente encaminada a realizar valo-

(4) Pedro Escribano Collado, *La propiedad privada urbana*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980, págs. 68 a 71.

(5) Aldo María Sandulli *Natura ed Effetti dell' Imposizioni di Vincoli Paesistici*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, 1961, pág. 825. En contra, por una propiedad residual en Italia, Giovanni Rotondi, *Diritto Pubblico dell' Economia*, CEDAM, Padova, 1980, pág. 70, y Domenico Sorace, *Espropriazione della Proprietà e Misura dell' Indennizzo*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 265 a 271 y 293.

(6) Véase también votación de Corte Plena correspondiente a sesión extraordinaria de 10 hrs. del 25 de noviembre de 1971.

(7) El voto de la Corte Suprema, sin razonamiento alguno de respaldo, corresponde a una línea de pensamiento importante, a la que fortuitamente enlaza, cuyo más distinguido representante en Italia es su más distinguido publicista, Massimo Severo Giannini, quien dice en forma muy similar a la decisión constitucional transcrita: "Sobre el art. 42 (de la Constitución Italiana) se han levantado una rara cuestión: sin, con el "reconocimiento" y con "la garantía" prevista en el segundo párrafo (de esa norma), se ha dispuesto que el derecho de propiedad privada tenga "un contenido mínimo garantizado". Es rara la cuestión porque es un vestigio, derivado de la concepción que de la propiedad tenía la pandectística como derecho absoluto de gozar y de disponer, concepción desfasada del derecho positivo desde la época de la primera guerra mundial"; pero véase en sentido opuesto y favorable a la tesis del presente trabajo D'Angelo, op. cit. págs. 16 a 24 y 33, especialmente esta última.

res sociales y, por ahí, a preferir modelos o ideales colectivos.⁸ Es evidente que la inviolabilidad constitucional de un bien social determinado implica rechazo de otros distintos u opuestos y que cuando ese bien es la propiedad privada queda rechazado un sistema político y económico donde no la haya, por ser casi toda pública o social (de grupos organizados y no de individuos). Un sistema de propiedad privada es distinto constitucionalmente —si la regulación es de rango constitucional— de otro de propiedad pública, con lo que se habla de preponderancia, dado que no ha existido nunca ninguno que sea puramente lo uno o lo otro. Caso opuesto sería imposible la inviolabilidad, por ser imposible la violación, que nunca podría darse por ley, por ser la ley, según la Constitución y, no esta misma, la única causa jurídica de creación, atribución y delimitación del derecho de propiedad. Pero es, sobre todo, el fundamento de la inexistencia de un contenido constitucional mínimo, invocado por quienes sostienen la soberanía legislativa plena al respecto, aun en sistemas que consagran la "inviolabilidad" de la propiedad, lo que revela su error y la existencia de ese contenido. Y es que ese fundamento radica siempre en la afirmación del carácter funcional, teleológico y suprapersonal o colectivo, del derecho de propiedad. El contenido constitucional mínimo no existe, se dice, porque deben ser posibles todos los contenidos del derecho de propiedad que imponga —a modo de instrumentos— la realización de necesidades o fines colectivos, extraños y superiores a los del individuo.⁹ Queda totalmente sin explicación cómo la Constitución, sin conocer esos intereses finales ni esos medios posibles, pueda garantizar su inviolabilidad y, sobre todo, cómo pueda garantizar su razonable y racional ensamble funcional, en forma tal que tenga

algún sentido hacerlo, brindando la garantía correspondiente. Si la Constitución los protege y garantiza todos, armónicos u opuestos, y todos, desconocidos y aun inconocibles, ¿cómo puede racionalmente contar con una mínima adecuación de esos medios a esos fines, de esos eventuales e infinitos tipos de propiedad a esas eventuales e infinitas necesidades colectivas, en orden al modelo de sociedad perseguido? ¿Cuál sería éste? ¿Cómo podría garantizar o siquiera esperar la armonía y la eficiencia entre los mismos fines, sin saber cuáles, y aún si son —a sabiendas— inconocibles?

El contenido constitucional mínimo e "invulnerable" del derecho de propiedad no lo da la lógica ni la doctrina jurídica, al vacío, sino la Constitución, considerada en su conjunto, a la luz de la conciencia colectiva. El Juez constitucional, en último término, no hará otra cosa que desentrañar el sentido normativo de esa conciencia, o, en épocas de consolidación política, hará lo inverso y alumbrará la conciencia de la Constitución. En C.R. —y creemos que es el caso de muchos países hermanos— la Constitución hace inviolable lo que podríamos llamar una propiedad privada de "capitalismo avanzado", no por concentración, sino por distribución y convergencia, con el Estado mismo, hacia el desempeño de una función social.¹⁰

La función predominante de la propiedad hasta la Primera Guerra mundial fue la de servir el interés personal e indeterminado del individuo dueño. Fue la propiedad una, entre otras, de las libertades clásicas del individuo, cuyas principales formas de coexistencia social son todavía el respeto a los derechos iguales de los demás, al orden público y a la función individualista del mismo derecho. Deberes de vecindad, de policía administrativa (en tutela de la seguridad, tranquilidad y

(8) George Burdeau, *Traite de Science Politique*, tomo IV, *Le Statut du Pouvoir dans l'Etat*, L.G.D.J., París, 1966, págs. 106 a 112, esp. 106 y 109; Cesar Enrique Romero, *Derecho Constitucional*, Zavalia Editor, Bs. Aires, 1975, tomo I, págs. 54 a 57; Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, págs. 30 a 32, donde se ensaya la definición de sistema político como un conjunto de instituciones dedicadas a la realización de una ideología y de ésta como un sistema de creencias irracionales sobre la forma en que la sociedad debe estar organizada a través del poder, según explicaciones racionales sobre la forma de ejercerlo. Ver también Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Editorial, Madrid, 1980, 2 ed., págs. 114 a 117, especialmente las dos primeras. Es notorio que la identificación del sistema político a través de elecciones de valor social y político proviene de Carl Schmitt, quien centra su teoría de la Constitución en la de las "decisiones políticas fundamentales", seguido de cerca por Hermann Heller, con leves modificaciones de enfoque en cuanto a la definición de las mismas como actos creativos y aplicativos de ideologías políticas.

(9) Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad*, Temis, Bogotá, 1979, págs. 62, 63 y 69; Angel Sustaeta Elustiza, *Propiedad y Urbanismo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 88 y 89.

(10) José Leguina Villa, *Las facultades dominicales de la propiedad privada*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 3, 1974, pág. 450.

salubridad) y deber de no abusar del derecho propio, tales fueron y son esos límites principales de la clásica propiedad privada. La teoría del orden público de la policía administrativa general es de sobra conocida, así como su función preventiva de daños sociales. No lo es tanto la del abuso del derecho que, contra lo que generalmente se cree, prohíbe no sólo los actos de emulación contra los demás (externamente correctos pero subjetivamente dirigidos sólo a dañar al tercero), sino también los actos estériles, en tanto que nocivos o destructivos del interés del mismo dueño o derechohabiente. Ninguno de tales límites ha desaparecido, pero otros se han agregado, necesarios para el cumplimiento de fines públicos. El ámbito de libertad o potestad que dejaban ha sido recortado por el aluvión de nuevas situaciones jurídicas desfavorables impuestas al propietario en función de fines colectivos, extraños y superiores a los del individuo. La propiedad se ha "funcionalizado", al menos parcialmente. Pero nunca ha dejado de ser ni de llamarse tal.

La razón es simple: la propiedad es una, por su contenido y función medulares, sea pública o privada, sea capitalista o colectivista el sistema. Como es evidente, sólo hay dos formas de propiedad, en C.R. como en Rusia: la propiedad de consumo y la de producción. La primera es vital, pero frágil y dirimible, por su propio destino. La propiedad por excelencia es la de los medios de producción y es siempre la misma, aunque cambie su régimen de adquisición y de titularidad, sea cual sea el sistema político y económico. En tanto que todo Estado moderno es —en último término— fenómeno de distribución de bienes y de servicios, la propiedad de producción es la fundamental, no sólo porque sirve para definir el sistema, según quien sea el propietario, sino porque sirve principalmente para producir más bienes y, si el sistema es el "capitalista avanzado", más propiedad. El llamado Estado Social de Derecho no es otra cosa

que un esfuerzo político para lograr la igualdad entre los hombres por la participación en la propiedad privada de consumo y, en lo posible, en la de producción. El ideal es hacerlos a todos propietarios o empresarios.¹¹ Y no hay forma de emplear la propiedad de producción —en C.R. como en Rusia— sin el goce ni la disposición del bien de producción. Esta posibilidad de gozar y de disponer del bien de producción, o de cualquier otro, para utilidad propia o para utilidad social, es el contenido mínimo esencial de la propiedad pública y privada, o es, al menos, el que tiene en la Constitución de C.R.¹²

Esto se induce bien del resto de su articulado.

En efecto: el artículo 46 consagra la libertad de empresa con clara prohibición de cualquier acto público, "aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria". La prohibición está dirigida fundamentalmente al legislador, en cuanto la de los actos opuestos a la libertad de empresa se da aunque estén originados en la ley, que viene a ser, en último término, la verdadera causa de la violación. Aquí ello es más claro que con la garantía de la propiedad privada y de su inviolabilidad, pero en el fondo la técnica es la misma: es la consagración de un núcleo constitucional inviolable e implícito de esa libertad de empresa, cuyo cercenamiento o retaceo legislativos resultarían inconstitucionales. El artículo 50 impone al Estado, acto seguido, procurar "el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza", lo que significa una consagración de la iniciativa privada, a través del estímulo, como fuente de esa riqueza, y de la difusión de la propiedad privada, mediante la distribución de esta última, como la meta del sistema. Organizar la producción y su reparto sólo puede significar aquí, contra lo que es el sentido jurídico estricto del vocablo, el dictar las medidas necesarias para que la producción y su reparto se

(11) Es obviamente un ideal, cuya realización más cercana es la transformación de la libertad del individuo como esfera de señorío propio para su subsistencia en una libertad de participación, para exigir del Estado esa manutención mínima, sustituto del derecho de propiedad sobre los medios económicos necesarios al efecto. Pero, en todo caso, el fenómeno se relaciona también con una simplificación de los modos de adquisición del dominio, que se aproximan cada vez más a la posesión y al trabajo como títulos de legitimación para adquirirlo; véase Antonio Hernández Gil, *La función social de la posesión*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967, pág. 53. En cuanto al Estado de Prestaciones como sucesor del Estado intervencionista, para procurar sucedáneos de la propiedad, como fuente de los medios de subsistencia, a través de los servicios públicos, véase Lorenzo Martín Retortillo, *La configuración Jurídica de la Administración Pública*, RAP, Madrid, No. 38, págs. 43 a 46; y Ernst Forstnoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, págs. 46, 47 y 49.

(12) D'Angelo, op. cit. págs. 216 a 219.

hagan en la forma mejor posible, y representa, obviamente, una alusión a la función social de la producción y de la propiedad y de la libertad privadas. Los artículos 9 y 41 reconocen al Estado costarricense como responsable y el último declara específicamente que todos tienen derecho a obtener plena reparación no sólo de las injurias o entuertos contra derecho, sino también de los simples daños que sufran en su persona, propiedad o intereses morales, lo que alude a las lesiones causadas sin recurso a lo ilegítimo, por acto legal o por funcionamiento normal del Estado y de sus servicios.

El artículo 49 crea la jurisdicción contenciosa y ordena:

"La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos".

De este modo, nuestra Carta, que impone al Estado la mejor distribución de la riqueza, garantiza a cada beneficiario y propietario, por virtud de ella, una esfera global de protección que abarca no sólo toda clase de bienes, por su naturaleza y función, sino, además, todo tipo de situación jurídica favorable, —incluyendo— pero sin limitarse a los intereses legítimos.¹³ La protección se da a través de la tutela contra los actos públicos y por el sistema amplio de la expropiación y de la responsabilidad públicas, como base del conjunto de prestaciones resarcitorias del Estado.

La inviolabilidad de la propiedad significa, en síntesis, una forma de garantía de la libertad, en virtud de la cual al individuo le está permitido

todo lo que no le está prohibido en el goce y disposición de su propiedad, y resulta repudiable todo lo que la disminuye o cercena sin base en una ley que lo permita. Pero no se trata, en absoluto, de una libertad ilimitada ni de una libertad egoísta.

b) La expropiación.

Dos son los límites que impone el artículo 45 de la Carta a la propiedad privada: la expropiación y las limitaciones de interés social.

No es el caso de extendernos aquí en la teoría de la expropiación. Basta al efecto observar que su consagración constitucional presenta los siguientes rasgos:

i) la esencia de la expropiación no está en una transferencia forzosa de derecho real, sino en la privación de un bien, aunque ni el Estado ni otro sujeto resulten beneficiarios, como nuevos dueños del mismo, pues se trata fundamentalmente de proteger al propietario, y no sólo de evitar un enriquecimiento sin causa;¹⁴

ii) no se determina ninguno de los siguientes extremos: 1) tipo o clase de los bienes expropiables; 2) tipo o clase del acto expropiatorio, si legislativo, administrativo, o si cualquiera de los dos;

3) beneficiario de la expropiación, si ente público, privado o comunidad genérica;

4) extensión o alcance de la expropiación, si general, singular, o si cualquiera de los dos efectos.

Significa ello que tales elementos han de ser los que determine la ley y se da, al respecto, una marcada evolución.

(13) En C.R. se dan varias disposiciones que suponen la resarcibilidad del interés legítimo, que carecerían de vigencia si no se diese ese respaldo constitucional decisivo; así, por ej.: el art. 91.2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (de 12 de marzo de 1966), admite la suspensión del acto impugnado sólo si su ejecución puede causar al actor daños de imposible o difícil reparación, sin exceptuar la hipótesis de acciones meramente anulatorias, que implican lesión de intereses legítimos, no de derechos subjetivos.

(14) Alejandro Nieto, *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, RAP, No. 38, 1962, pág. 95; Franco Bartolomei, *Contributo Ad'Una Teoría del Procedimiento Ablatorio*, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 43, 158 y 159. Sandulli acentúa este carácter negativo y extintivo de la expropiación, por encima del transmisivo, *Natura ed Effetti* . . . , op. cit. pág. 830. Pero Giannini, el máximo estudioso de la figura de las que él ha llamado "ablaciones reales", sostiene que lo típico de ellas es que significan simultáneamente una privación y una apropiación de un derecho real o de una utilidad de la cosa, en beneficio de la Administración, y que esa función adquisitiva es la principal y determinante del fenómeno, dentro del cual obviamente la principal figura es la expropiación ver: *Diritto Amministrativo*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 1198 y 1199. Es claro, sin embargo, que la supresión de la potestad de edificar o transformar, en un fundo panorámico, si es absoluta, e incluso si no lo es (porque puede removerla una licencia ad hoc), es la extinción de un derecho que no corresponde al nacimiento de uno nuevo en la Administración, salvo que ésta puede no sólo dar o negar la autorización, sino, como es común, ordenar y definir la forma de su aprovechamiento. En la primera hipótesis, en efecto, cuando simplemente se prohíbe edificar o transformar, o se da a la Administración una simple potestad de impedir —si niega la licencia— que se transforme, sin concederle la de indicar cómo se debe hacer, muere un derecho del propietario, pero no nace ninguno de la Administración. Sea: que no toda expropiación ni toda ablación o sacrificio de un derecho o utilidad patrimoniales de un bien suponen simultánea transferencia o constitución en la Administración del derecho o de la potestad correspondiente. Pero Giannini reconoce, en todo caso, que toda "ablación real" es indemnizable por principio, op. cit. tomo II, págs. 1248 a 1251.

En efecto: la expropiación clásica se construía sobre las siguientes cuatro determinaciones:

i) Recaía únicamente sobre inmuebles; quedaba excluida la expropiación de muebles y, sobre todo, de derechos inmateriales, como la propiedad industrial, atributos privados del dominio, utilidades y usos del bien para fines determinados, sin transferencia de la titularidad en favor de otro sujeto. Nuestra vieja Ley General de Expropiación Forzosa (No. 36 del 26 de junio de 1880) contempla, ante todo, la expropiación para la realización de obras públicas, que sigue siendo el principal objetivo de la institución en C.R., y su articulado está todo referido a inmuebles (artículos 4, 6, 7, 8, 12, 13, etc.). Pero se han dado ya múltiples casos de expropiación de muebles, sobre todo durante la Segunda Guerra Mundial y en contra de nacionales del Eje, sin que, por ello, se tuviese ni tramitase el acto como una sanción; se trató de expropiación común, pero de muebles. Y no han escapado últimamente a la expropiación los bienes incorpóreos, como los derechos indivisos en fincas afectadas a fines viales, y, sobre todo, derechos subjetivos incorpóreos, principalmente créditos y patentes.¹⁵

ii) En el derecho comparado la ley cumplía normalmente su función en materia de expropiación sentando su régimen general y eventualmente definiendo los títulos de utilidad pública que podían justificarla en casos concretos. No era usual y se reputaba peligrosa que la expropiación fuese "ope legis", operada por la ley formal, por temor a la inmunidad contenciosa de la ley y al abuso que la misma puede propiciar. Pero hoy, el artículo 14 de la Constitución Federal de Alemania impone, a la inversa, que la expropiación sea únicamente legal, con determinación de las bases y criterios de cálculo de la respectiva indemnización (Junktim Klausel). En C.R. nunca hubo problema al respecto y la jurisprudencia constitucional siempre entendió que la ley era perfectamente constitu-

cional y suficiente como acto expropiatorio y ello tanto dentro de la actual como de la vieja Constitución de 1871 (que rigió hasta la promulgación de la vigente, el 12 de noviembre de 1949). Tal situación ha hecho siempre lábil en C.R. la distinción entre expropiación y limitaciones a la propiedad, por razón del origen, que puede ser el mismo en ambas.¹⁶

iii) Beneficiario normal de la expropiación es y sigue siendo el Estado o ente público interesado, sobre todo en una obra pública, pero también ha llegado a serlo el particular, a título precisamente de realización del interés público envuelto, que puede consistir en la transformación y/o distribución de lo expropiado entre individuos necesitados, como ocurre con la construcción y venta de alojamientos populares, con la entrega de títulos de propiedad en la reforma agraria, etc. Característica notable de la expropiación en su evolución última es, sin embargo, que puede justificarse en necesidades públicas objetivas y no correspondientes a nadie en particular, sin que tampoco medie obra ni trabajo público de ninguna especie, por ej.: expropiaciones para la preservación de monumentos o paisajes, para evitar la contaminación del aire o con otros fines ecológicos, etc. Se trata de expropiaciones sin beneficiario o cuyo único beneficiario es el público indeterminado o la masa de los administrados.¹⁷

iv) La expropiación es normalmente concreta en cuanto al derecho sobre el que recae, que ha de ser perfectamente individualizado, y singular en cuanto al dueño o poseedor afectado, que ha de ser perfectamente identificado. Pero son cada día más frecuentes las expropiaciones globales de bienes con fines de conformación de la realidad social (para salvamentos zonales y traslado de poblaciones por causa de desastres, para urbanizaciones destinadas a ensanchamientos extensos de la ciudad, para creación de zonas ecológicas y forestales, etc.), o, con igual función, de enteras catego-

(15) Enrique Van Brown, *La expropiación*, Tesis de grado, inédita, Universidad de Costa Rica, 1970, págs. 117 a 121. Sobre expropiación de derechos de propiedad intelectual véase: votación de Corte Plena de sesión extraordinaria No. 54, de 11 de Octubre de 1956.

(16) Votación C. Plena, ses. ext. No. 23 de 13 de mayo de 1955.

(17) Votación C. Plena, ses. ext. No. 5 de 25 de enero de 1956, sobre particulares beneficiarios; véase: Jean Marie Aubry et Robert Ducos-Ader, *Droit Administratif (fonction-biens-travaux)*, Dalloz, 3ra. Edición, 1973, págs. 573 y 574. Sobre la ley concreta o general que opera expropiaciones individuales o masivas, ver Giovanni Duni, *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*, Milano, 1968, págs. 177 a 180.

rías de derechos (por ej.: de todas las acciones de capital de sociedades bancarias, de todas las empresas comerciales de seguros, de todos los expendios de gasolina, etc.). En estas hipótesis, por no tratarse de normas, la expropiación continúa siendo un acto (administrativo o legislativo), pero de efecto general y relativo a un grupo de componentes indeterminados (aunque determinables), lo que acerca su figura, cada vez más, al de la ley normativa.¹⁸

En síntesis: hay dos tipos de expropiación, con múltiples impurezas de matiz, por mezcla de los rasgos de una con los de la otra: la expropiación clásica heredada del pasado siglo y la expropiación multiforme que diariamente interviene sobre la vida del ciudadano de hoy.

La expropiación clásica era sobre bienes inmuebles corporales, singularizados, se daba por acto administrativo y tenía por efecto la transferencia del dominio o la constitución de uno nuevo en beneficio de alguien identificado. La expropiación de hoy se refiere a cualesquiera derechos de contenido patrimonial (aunque sean muebles inmateriales); frecuentemente se opera por acto legislativo; su efecto esencial es privar de un derecho o disminuir su contenido concreto, aunque no haya transferencia ni constitución de dominio en favor de nadie; y también frecuentemente es de alcance general, por referirse a un número indeterminado de sujetos pasivos, sin beneficiario subjetivo identificado.

El texto constitucional abarca ambos tipos, por lo que puede hablarse de un concepto estricto y de otro lato de expropiación, de los cuales sólo el último tiene rango de principio general de derecho público y el primero cada día menos vigencia efectiva. La evolución de la institución, tal y como queda someramente descrita, es claramente expansiva. El centro de la noción expropriatoria no es ya ningún tecnicismo legal sino un dato decisivo: es la noción de sacrificio internacionalmente provocado en el patrimonio del propietario

o afectado. Han pasado a plano secundario los demás rasgos y notas del instituto. El fenómeno decisivo para definir la institución es la noción de sacrificio y el punto de vista fundamental para regularla es el de la víctima.

El sacrificio del derecho patrimonial o, como lo llama nuestra Constitución, su "privación", es el correlato del contenido constitucional garantizado de ese derecho: es toda intervención pública, legislativa o administrativa, general o singular, que suprima o disminuya equivalentemente, sin suprimirlas de nombre, las potestades de gozo y de disposición del bien, en forma tal que el propietario, aunque no deje de serlo y aunque no se transfiera a nadie su derecho, quede imposibilitado, jurídica o materialmente, para obtener del bien una utilidad suficiente que justifique tener y mantener su titularidad y/o su posesión. Sería absurdo, en efecto, que una ley o un acto administrativo pudiesen privar a su dueño, *en forma pura y simple*, de cualesquiera o de todos los atributos jurídicos o reales de la propiedad, cuando la misma está constitucionalmente garantizada o declarada inviolable, no obstante ser importantes, esenciales o decisivos, para el uso de la propiedad, los elementos o partes suprimidos. Sacrificio de tal tipo amerita, como la expropiación clásica, indemnización adecuada y no meramente simbólica del daño causado.

Llegados a este punto de la evolución, queda por explicar lo que nuestra Constitución llama "limitaciones de interés social" sobre la propiedad, obviamente como cosa distinta de la expropiación que el mismo artículo 45 consagra. ¿Cuáles son hoy los rasgos distintivos entre ambas instituciones?

c) Las limitaciones de interés social y la función social de la propiedad.

Las limitaciones.

Paralelamente a la expropiación clásica había límites de la propiedad distintos de aquella y con

(18) Normalmente, la transferencia de la titularidad sobre empresas privadas al sector público se hace mediante nacionalización, cuya principal característica respecto de la expropiación es que siempre tiene efecto transmissivo —lo que no sucede con toda privación de derechos en el sentido constitucional ya visto— y se realiza siempre sobre actividades y, por ende, sobre empresas, nunca sobre cosas o bienes nudos. Es obvio, por otra parte, que mientras la expropiación suele tener régimen legal general, las nacionalizaciones tienen el que casuísticamente les atribuya la ley que las opera. Por lo demás, las diferencias son irrelevantes cuando se trata de expropiación transmissiva, desde el punto de vista del efecto lesivo y del resarcimiento, que siempre se da, salvo cuando se trata de nacionalizaciones-sanción. En Costa Rica sin embargo, la expropiación o la nacionalización sin indemnización serían confiscación, pena constitucionalmente prohibida, por lo cual nunca se han dado y, desde este ángulo, son equivalentes (art. 40 C. Política). Ver al respecto Aubry et Ducos-Ader, op. cit. págs. 553 y 554; y Alberto Predieri, *Voz Collettivizzazione*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Milano, No. 7, párrafo B) del texto correspondiente.

la decisiva consecuencia de que, por ser distintos, no eran indemnizables. Era éste, y sigue siéndolo, el principal rasgo del régimen jurídico-constitucional de esos otros límites, comúnmente llamados "limitaciones" o "restricciones".¹⁹

Las notas esenciales de esas limitaciones o restricciones clásicas al dominio aparecen todas en el artículo 45 de la Carta o las da la doctrina prodigada en su examen; esos rasgos son:

1) Las limitaciones a la propiedad son de origen legislativo y de la máxima importancia institucional y, por ello, su creación requiere normalmente mayoría legislativa reforzada (en C.R., de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa);²⁰

2) La limitación no es expropiación ni, por ello mismo, implica sacrificio singular ni concreto de la propiedad. Su nota fundamental al respecto es ser una prohibición, que crea un deber jurídico, en el sentido técnico estricto del vocablo, de no hacer o, a lo sumo, de soportar la inmisión del Estado en la propiedad para fines públicos, deber negativo que se agrega a los poderes o facultades del propietario, sin desnaturalizarlos ni destruirlos;²¹

3) Respecto de los fines públicos o de utilidad social en cuestión el propietario es pasivo y nada tiene que hacer para lograrlos, sino meramente abstenerse, o dejar que el Estado los persiga, en la medida en que para ello requiera usar u ocupar su propiedad. Desde este punto de vista el fin público interfiere con, pero no justifica, la pro-

piedad privada, que se funda en el interés exclusivo o, al menos, preponderante de su dueño; ni define tampoco el contenido de la propiedad, cuyos poderes son inmutables y siempre los mismos, sin importar el tipo de bien ni su función mejor dentro del mercado.²² Obviamente, dentro de este enfoque, no hay deber alguno para con los demás de ejercer los derechos contenidos en la propiedad, excepto si el no hacerlo dañara seriamente al propietario. Se dice de los fines de utilidad social propios de las limitaciones que, por ello, son "externos", como las limitaciones mismas, al derecho de propiedad, cuyo núcleo está formado por los poderes de goce y de disposición. Estos, como tales, no desaparecen. "Externo" significa, en este contexto, "extraño" y prevalente en relación con los fines de la propiedad como institución al servicio del propietario.

4) Las limitaciones de utilidad social son, además de legislativas, generales y no pueden ser concretas ni singulares. Si lo fueran su incidencia podría equipararse eventualmente a una expropiación, de la que son netamente distintas. La generalidad no corresponde, por otra parte, solamente al destinatario de la norma, sino también al supuesto de hecho de aplicación de la misma, que debe ser repetible en el tiempo y, más simplemente, denotativo de la normatividad.²³ Conviene insistir en la naturaleza legislativa y abstracta que caracteriza las "limitaciones", en este enfoque claramente ideológico.

5) Según el artículo 45 de la Carta las limita-

(19) Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, págs. 105 y 106, Editorial Civitas, 1977 y, sobre todo, 207 a 212, especialmente 209. En igual sentido Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1973, tomo IV, pág. 60.

(20) La reserva de ley al respecto es herencia de uno de los dogmas fundamentales del Estado de Derecho decimonónico, en el que la ley representaba la voluntad general del pueblo, dentro de un ordenamiento en el que el pueblo era, a su vez, dominado por la burguesía propietaria. Ver por todos la espléndida monografía de Jesch, Dietrich, *Ley y Administración*, Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1978, págs. 27, 28, 32 a 35 y 38 y 39. La reserva en Costa Rica es claramente relativa y penetrable por "reglamentos delegados" de la Administración en materia de propiedad privada, de lo cual hay abundantísimos ejemplos: reglamentos municipales en materia urbanística por delegación de la Ley de Construcciones, en materia de agricultura de zonas forestales protectoras por delegación de la Ley Forestal, en materia de explotaciones turísticas de zonas colindantes con zona-marítima terrestre por delegación de la Ley de la misma, etc.

(21) Escribano Collado, op. cit. págs. 68 a 74, especialmente 69, 71 y 74.

(22) Sustaeta, op. cit. págs. 49 y 50; Escribano Collado, op. cit. págs. 81 y 82; Leguina Villa, op. cit. pág. 450. La resistencia a un cambio de concepción, en virtud del cual pueda tenerse por jurídicamente subordinado el interés del dueño al de la comunidad y adecuados al interés público prevalente los poderes y facultades de la propiedad, así como la orientación de su ejercicio, es revelada por Rotondi, op. cit. pág. 73, y todavía con más claridad por Charles Carbonnier, *Derecho Flexible*, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 216, 223, 224 y 227.

(23) Escribano Collado, op. cit. págs. 79 y 80; Luciano Parejo, REDA, No. 17, pág. 259. Este rasgo de la generalidad de las limitaciones se ha consolidado con el tiempo y ha llegado a ser preceptivo en Alemania de conformidad con el art. 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que dice: "Cuando conforme a esta Constitución un derecho fundamental pueda ser limitado por Ley o con base en una Ley, ésta debe tener vigencia general y no sólo para un caso concreto".

ciones son una reserva de la ley, relativa y perforable por la delegación en reglamentos autorizados, bajo la guía y dentro del marco que la ley indique, para que el Poder Ejecutivo regule la materia. Esta reserva de ley, lo mismo que la generalidad y normatividad antes indicadas, son esenciales al concepto, por entenderse que la propiedad debe protegerse contra regulaciones dictadas casuísticamente, sin el consentimiento del pueblo, expresado para todos en la ley, enfoque que se dio desde la aparición del Estado (constitucional) de Derecho, en la segunda mitad del siglo pasado, hasta la Primera Guerra mundial.²⁴ En este contexto la ley fue y sigue siendo la expresión verdadera y plena de la voluntad popular. Y la limitación legislativa una autolimitación, aceptada por el propietario a través de los diputados, sus representantes en la elaboración del régimen de la propiedad privada. Se trata de una burda ficción jurídica que, sin embargo, no ha podido ser sustituida por una doctrina racional de la representación política, que lo explique en términos más satisfactorios. El dogma de la reserva legislativa como forma de consentimiento popular automático sobre las materias "nobles", "nacionales" o "inviolables" (como la tributaria, la penal, la procesal, la contractual o, en general, como las libertades públicas) está todavía vigente en las partes más vitales del derecho constitucional moderno. Esta superioridad representativa de la Asamblea sobre cualesquiera otros poderes del Estado y de la ley como fuente del ordenamiento, es tributaria de las concepciones filosóficas de Locke y Rousseau sobre la esencia popular del poder político, en las que la Asamblea o Parlamento aparecen no sólo como representantes del pueblo sino como infalibles en la búsqueda del

bien común, en cuanto la voluntad de ese cuerpo electoral, por ser la única forma democrática de ejercicio del poder, o por ser el único poder gubernamental pluralista y comprensivo de todas las principales clases o estamentos de una Nación, siempre constituye la voluntad de todos y la voluntad racional y buena, conforme con las leyes universales de justicia y de bien común. La fe dogmática en esta bondad y supremacía de la ley sobre cualquier otro acto del Gobierno y, naturalmente, sobre cualquier derecho o poder opuesto del ciudadano, es lo que determinó también la inadmisibilidad de la responsabilidad pública por acto legislativo durante todo el siglo pasado y gran parte de éste. Nada menos que Laferriere afirmaba, a principios de siglo, que lo típico de la ley es ofender sin responder.²⁵ Y es lo que ha determinado mayormente, dado que siempre se ha ligado la mera limitación o restricción de la propiedad a la ley formal y material, el que todavía hoy no se reconozca unánimemente la indemnización por daños a la propiedad originados en "limitaciones" o "restricciones" que se suponen "bien impuestas" e inobjetables, por ser legislativas. La soberanía legislativa excluye la responsabilidad estatal y la indemnización consecuente.²⁶

6) El cambio de perspectiva.

El sistema descrito de las limitaciones "externas" a la propiedad privada obedece a una imagen de la sociedad y de la justicia distributiva dentro de ella. Son admisibles los señoríos económicos individuales, fundados en la propiedad, en la medida en que potencien el supremo valor de ese mismo orden, la libertad individual. Dos guerras mundiales desatadas por grandes propietarios y

(24) La evolución de este dogma del Estado de Derecho en Alemania puede verse en la citada obra de Jesch, desde la Monarquía Constitucional hasta la actual República Federal, y la evolución básica consiste, según el autor, en que en esta última el Gobierno ha perdido legitimación para titular un poder político y normativo originario frente al Pueblo, fuente única de representación en el Estado Social de Derecho actual. Consecuentemente, no hay zonas reservadas al Gobierno ni a la Administración y toda intervención sobre la propiedad y la libertad, incluso la que se da dentro de las relaciones de supremacía especial, así como la totalidad de la actuación estatal, incluyendo sus actos administrativos favorables y las prestaciones públicas, quedan sujetas al principio de legalidad y al de reserva de ley. Sólo por ésta o, con base en ésta, se puede regular o intervenir la propiedad privada, para todo lo cual léase en general op cit. págs. 150 a 154 y 219 a 224. La reserva legal en favor de los derechos de propiedad y de libertad es general en Occidente y se reputa un pilar del Estado de Derecho, como consta para Italia del art. 42.1 de su Carta, para Francia por el art. 34 de la suya, y hoy, para España, por virtud del art. 51.1 de su nueva Constitución. Se mantiene viva la doctrina de la ley como acto del máximo rango dentro del sistema constitucional creado.

(25) Juan Santamaría Pastor, *La responsabilidad del Estado por acto legislativo*, RAP, No. 68, Madrid, 1972, págs. 70, 71 y 72; Long Weil et Braibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, 1974, pág. 242.

(26) Eduardo García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Inst. Est. Políticos, Madrid, 1956, págs. 184 y 191, especialmente esta última, donde el autor dice: "Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo, jamás puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son cargas legales y no daños". El autor ha rectificado este concepto, en cuanto admite hoy la responsabilidad por acto legislativo, sin invocar en contra el carácter precisamente legislativo y general de este último.

empresarios y las inevitables crisis económicas que les siguieron a igual escala (especialmente la de 1929), enseñaron los errores y las frustraciones de esa concepción y a entender que la exclusiva clave del mal estaba —para quien no es marxista— no en la propiedad privada sino en su función preponderante a favor de la libertad individual, porque se prestaba poco o nada para el servicio al público. El interés individual librado a sí mismo es egoísta y peligroso para el bien común y sólo puede admitirse —como tiene que ser— atemperado y aun doblegado por los imperativos de la solidaridad y de la igualdad, sin los cuales la libertad de unos es necesariamente la esclavitud de otros. El 11 de agosto de 1919 Alemania promulgó la llamada Constitución de Weimar, cuyo artículo 153.1 y 2, contiene la más sobria y durable definición de la propiedad como servicio o función; dijo:

Artículo 153.1: "*La Constitución garantiza la propiedad. El contenido y límites de ésta resultan de las leyes*".

Artículo 153.2: "*La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común*".

La norma fue casi repetida por la llamada Constitución de Bonn (23 de mayo de 1949), cuyo artículo 14 declara y ordena:

1) "*La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes*".

2) "*La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general*".

Es decir: la propiedad privada es deber y no sólo derecho, no puede ser privilegio ni monopolio de nadie, y esos deberes son para con el público o el pueblo.

El primer párrafo de cada una de las normas citadas consagra una reserva de ley en la definición y atribución del derecho de propiedad y de su contenido; los párrafos segundos de ambas consagran la obligación del propietario, nacido de la titularidad de su derecho como tal, de servir el bien

público con la propiedad, también por determinación de la ley. La reserva de ley no tiene aquí ya el sentido unilateralmente tutelar y defensivo de un interés y de una libertad del propietario, indeterminados en cuanto a fines y medios, como en el sistema clásico ya descrito. Se parte del supuesto inverso: puesto que la propiedad o, mejor dicho, los bienes sujetos a propiedad privada están natural e inevitablemente llamados a realizar fines sociales, la reserva de ley también tutela éstos y lo hace no sólo reprimiendo y conteniendo la actividad del propietario o su haz de derechos, sino, más bien, imponiendo al propietario la prestación, en la medida en que lo es, de un servicio de hacer o de dar en bien de la colectividad.²⁷ Esto se logra por uno de los varios modos o medios alternativos o complementarios, siguientes:

6—i) La previsión legal de la conducta del propietario, en orden a los fines públicos perseguidos por la ley. En este supuesto la ley (o su reglamento delegado) determina las prohibiciones (absolutas, no sujetas a dispensa) y establece también los deberes de hacer, dar o soportar, del propietario, sin remisión a la Administración para determinar su alcance y contenido. Es la misma ley la que lo hace y la Administración cumple, a lo sumo, una función de inspección, imparte órdenes con fines preventivos de la infracción, y, finalmente, impone sanciones, en el uso de potestades de policía que se consideran necesarias para cumplir el genérico deber de la Administración de hacer cumplir la ley (sanciones que son necesariamente típicas y basadas en texto expreso, legal o reglamentario, dentro de límites dados por la ley). Una de tales limitaciones legales, consistente en obligación de hacer, es la de cultivar el fondo inmueble y ejercer efectivamente, no en cualquier forma, sino en la mejor posible y de más rendimiento económico-social, los atributos del dominio, casi siempre so pena de expropiación sancionatoria.²⁸

(27) Parejo Alonso, op. cit. REDA, No. 17, págs. 257 y 258; Escribano Collado, op. cit. págs. 117 a 121, 125 a 127, y 132; D'Angelo, op. cit. págs. 64 a 67; Sorace, op. cit. págs. 265, 266, 271 a 274 y 279 a 282. En general, el reconocimiento de la función social de la propiedad como determinación de su contenido para fines específicos de utilidad social, genera la fragmentación del derecho único de propiedad de corte clásico en muchos otros tipos de propiedades, según diversos criterios de mayor rendimiento social, principalmente por la naturaleza objetiva del bien objetivo del dominio; ver Sorace, op. cit. pág. 284; Leguina Villa, op. cit. págs. 451—454; Giannini, *Diritto Pubblico dell'*, op. cit. págs. 102 a 104.

(28) Escribano Collado, op. cit. pág. 121.

6—ii) El otorgamiento a la Administración Pública de potestades que, de no darse la limitación, formarían parte del derecho de propiedad, pero respecto de usos o utilidades específicos de ésta. De este modo la Administración puede disponer, en lugar del propietario y sin que éste pueda legalmente evitarlo, sobre lo concerniente al goce y explotación de la propiedad en determinados aspectos, como si fuera su dueño, pero abandonando a éste los productos económicos de la gestión. El propietario tiene la obligación no sólo de no impedir sino también de ejecutar en lo que le corresponda las decisiones de la autoridad, para lo cual ésta mantiene inspección de su conducta y puede eventualmente hacer imposible la del propietario y hasta sustituirse a éste (si viola los mandatos o normas administrativas, lo que también faculta a la Administración para imponerle sanciones).²⁹

6—iii) El fenómeno anterior puede darse también por la sujeción del propietario a una potestad de regulación y de ordenación de la Administración, la cual, en lugar de disponer y decidir en su lugar, lo obliga a actuar según órdenes e instrucciones. No se trata de una ley que atribuya tales o cuales potestades o facultades reales a la Administración en relación con un bien determinado, sino de una Administración que tiene legalmente la potestad de dar órdenes al propietario y de decidir, caso por caso, las que tendrá y ejercerá éste, obligado a actuar por las órdenes administrativas positivas, de hacer, o negativas, de no hacer o de soportar. En éste y en el anterior caso hay una sujeción

a una potestad administrativa de contenido indeterminado, puesto que la ley la confiere para garantizar la sucesiva y puntual adaptación de la conducta del propietario al interés público legal, lo que no podría hacer por sí misma dado su carácter normativo. El contenido del derecho de propiedad y su modo de ejercicio, serán, entonces, los que indique la Administración, con vista de las diversas incidencias del interés público sobre la propiedad en cuestión.³⁰

6—iv) La forma más efectiva de arribar al anterior resultado, es haciéndolo aparecer como un bien para el propietario, lo que se logra condicionando el ejercicio del derecho de propiedad a una autorización de motivo y contenido discrecionales, que juega como hecho permisivo, cuya denegación es impeditiva de ese mismo ejercicio. Normalmente, la autorización crea una relación de sujeción o supremacía especiales entre la autoridad y el propietario, en virtud de la cual aquella puede también dictar a éste órdenes conformativas de todo tipo, que determinan casuísticamente lo que debe hacer, no hacer, soportar o dar en su calidad de titular del derecho. Las órdenes pueden afectar toda la conducta del propietario, que se "funcionaliza". Se trata de lo que Giannini ha llamado "autorizaciones preceptivas" y "conformativas", por las que entiende aquellas que tienen como contenido la definición concreta de los poderes y deberes que corresponden al propietario, así como las condiciones y modos de ejercicio y cumplimiento de los mismos.³¹

Esta función conformadora del derecho de

(29) Giannini, *Diritto Pubblico* . . . págs. 107 y 181.

(30) Esta hipótesis tiene en común con la anterior el que en ambas la Administración tiene una potestad de dar órdenes al propietario, pero en el primero para fines o en relación con usos específicos determinados por ley, en tanto que en el segundo la explotación de la finca en su totalidad cae bajo la autoridad de la Administración (también para el cumplimiento de fines públicos legalmente determinados), en términos tales que el propietario sólo puede actuar autónomamente en lo que expresamente se lo permita la ley o el plan de explotación dictado por la autoridad pública. Se trata de lo que Giannini ha llamado la propiedad "funcionalizada", porque en ella lo que es relevante es la propiedad como tal en orden a fines públicos y no determinadas utilidades de ella. Véase Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, pág. 108, y *Diritto Amministrativo* tomo I, pág. 440. Como se verá, toda función social de la propiedad incluye esta potestad de dar órdenes, en mayor o menor grado, y sin ella tal función no existe (como también lo apunta el autor, *Diritto Pubblico* . . . , pág. 119). Las órdenes son llamadas "conformativas" en la medida en que definen el contenido del derecho de propiedad y pueden hacerlo instantánea o sucesivamente, según lo disponga la ley.

(31) El objetivo anterior puede lograrse igualmente sujetando a autorización, licencia o permiso una actividad del propietario, para usar de una potestad de dar órdenes, inherente o concomitante a la de autorizar, o, simplemente, para condicionar la aplicación al caso (figura clásica del acto condición) de un régimen objetivo, legal o reglamentario, o hecho a base de actos administrativos generales, proveniente de la misma o de otra autoridad. El caso más notorio al respecto es, en Costa Rica, el de la licencia de construcción y lo es también en el derecho comparado en general, donde, sin embargo, cobra cada día mayor fuerza la figura de la "autorización constitutiva" —en tanto que creadora del derecho de construir— y no la de la meramente "permisiva" —en tanto que habilitante del ejercicio de un derecho subjetivo preexistente— por entenderse separada del dominio la facultad de construir, que se convierte en servicio público o en potestad autónoma únicamente derivable de acto estatal. En esta concepción el derecho a construir

propiedad puede ser ejercida inicialmente, en la medida en que sea discrecional el otorgamiento de la autorización, pues bien puede el mismo condicionarse a la observancia de un pliego de términos y condiciones (de ejercicio del derecho o potestad que se autoriza), sin reserva ninguna de potestades ulteriores de ordenación. Pero cabe lo contrario y que, como en el anterior caso, la autorización cree una sujeción continua a órdenes de la Administración. Todo depende de la ley, dado que las sujeciones a potestades administrativas varias que queda descrito son incidencias imperativas sobre la propiedad privada cubiertas por una reserva de ley, a más de las exigencias propias del principio de legalidad, que exige coordinadamente una norma de base que las cree.

6—v) El esquema anterior culmina cuando la autorización produce una sujeción especial a una autoridad administrativa con potestades abiertas de regulación sobre una forma de propiedad, según el tipo de bien o de fin que se persiga con ella o a través de ella. La autoridad dicta actos generales y/o reglamentos comunes a todos los propietarios ubicados dentro de la categoría, que vienen así a

soportar más bien una posición jurídica, entendida como calificación subjetiva que condiciona la aplicación de un status objetivo o que crea la sujeción a una potestad normativa, base de un orden jurídico parcial. A ese orden, centrado en la existencia de un determinado tipo de propiedad o de actividad, que se erige en supuesto de existencia de una calificación personal "propter rem", del propietario en tanto que dueño de una propiedad de ese tipo, se ha llamado orden u ordenamiento sectorial. Dentro del mismo se da también una sujeción a una potestad de ordenación o de mando, que se expresa en órdenes positivas o negativas, emanadas de la autoridad de cúspide para uno, para varios o para todos los miembros del sector, pues las órdenes pueden y suelen ser generales. La garantía de cumplimiento de las órdenes y reglamentos viene dada por potestades concomitantes o inherentes de vigilancia, de sanción administrativa y hasta de sustitución de conducta, a costa del omiso. Pero esto último puede no darse y es, en todo caso, discutible.³²

Hay una tendencia a minimizar las exigencias de la reserva de ley y del principio de legalidad, en proporción directa a la importancia del fin público

—como el derecho de propiedad urbana en su totalidad— depende enteramente de la ley o de los actos reguladores de su contenido y función con arreglo a ella, principalmente del plan urbanístico. Este fenómeno se ha extendido también a otros tipos de propiedad, como la forestal, arqueológica, monumental, panorámica, etc., y suele llamarse "propiedad vinculada", en el sentido de que resulta prohibido transformarla, sino en las condiciones dictadas por la Administración y bajo su vigilancia y control; y en el sentido de que también ha de ejercerse para los fines que la Administración indique y bajo sus órdenes al respecto. Véase Ramón Martín Mateo, *La Penetración Pública en la Propiedad Privada* RAP, No. 67, 1972, págs. 23 a 27, especialmente 24 y 27; García de Enterría, Curso, op. cit. tomo II, págs. 132, 133, 140 y 141, así como García de Enterría, Eduardo y Parejo Alonso Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 404, 405, 410 a 415; en relación con la propiedad forestal véase Fernando López Ramón, *Problemas de los Parques Nacionales en Italia*, RAP, No. 81, 1976, págs. 359 y 360; Leguina Villa, op. cit. págs. 451 a 453; Enrique Rivero Isern y Angel Sánchez Blanco, *El Estatuto Jurídico de la Propiedad Forestal Privada*, RAP, No. 78, 1975, págs. 35 y stes; y Ramón Martín Mateo, *La propiedad Monumental*, RAP, No. 49, 1966, págs. 74, 81 y 85. En toda esta materia suele hablarse de vínculos, a la par de limitaciones y deberes. Sandulli ha aislado pulcramente la noción de vínculo, insertándola en el género de las prohibiciones, dentro de las cuales se distingue por su función de conservación de la integridad física, del destino y de la disponibilidad jurídica del bien vinculado, lo que significa que el dueño no puede transformarlo, desafectarlo ni enajenarlo, o que sólo puede hacerlo en las condiciones de ley, normalmente mediante permiso o dispensa: véase Sandulli, *Natura ed Effetti* ... pág. 811.

- (32) Giannini, Massino Severo, *Sull'Azione dei Pubblici Poteri nel Campo dell'Economia*, Rivista del Diritto Commerciale, 1959, pág. 321; García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, págs. 143 y 144; Gustavo Vignochi, *Aspetti Pubblici del Servizio del Credito*, Studi in Memoria di Guido Zanobini, tomo II, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 605 a 607 y ahora *Il Servizio del Credito nell'Ordinamento Pubblicistico Italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 52 a 57. Los dos autores que más han adelantado el examen de los ordenamientos sectoriales —después de su formulación por Giannini— son Leopoldo Mazzarioli, *I Piani Regolatori Urbanistici*, CEDAM, Padova, 1962, págs. 66, 73 a 77, 114 a 125, especialmente la primera; y Potoschnig, *I Pubblici Servizi*, CEDAM, Padova, 1963. La idea del orden sectorial corresponde a la de servicio público objetivo, por contraposición a subjetivo u orgánico, en cuanto éste último exige que el titular sea un ente público; aquel puede estar en mano de ente privado. Francia ha sido el origen de la idea, que ha tenido recientemente importancia bajo el nombre de "servicio público virtual", a partir de una jurisprudencia desarrollada en tres famosos casos (*Etablissement Vezia*, C.E., 20 de diciembre de 1935; *Caisse Primaire Aide et Protection*, C.E., 13 de mayo de 1938; y *Cie Maritime de l'Afrique du Nord*, C.E., 5 de mayo de 1944, ésta principalmente). Parte importante de la doctrina combate la idea como peligrosa para las libertades económicas, pero parte importante la apoya; véase en contra Jean Rivero, *Droit Administratif*, 1973, pág. 411, y a favor André Demichel, *Les Contrôles dell'Etat sur les Organismes Privés*, L.G.D.J., París, 1960, tomo II, págs. 431, 432 y 676, así como J.M. Auby et R. Ducos Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1969, tomo I, pág. 35.

que la Administración persigue —o la ley a través de ella— con las potestades de autorización antes indicadas, en todas sus variedades, excepto la primera. Cuando la inherencia del interés público a la situación jurídica subjetiva autorizada es intensa, por esa su misma importancia social, doctrina y jurisprudencia del derecho comparado tienden a admitir la existencia, por principio general de derecho, de potestades concomitantes o inherentes a la de autorizar, básicamente la de dar al propietario órdenes conformadoras de la propiedad y directrices de su actividad, para asegurar el cumplimiento del fin público connatural a la propiedad privada, en forma bastante parecida a como la Administración lo hace con los llamados servicios públicos objetivos o virtuales, en mano de particulares.³³ La situación o posición de supremacía especial, en particular, tiende a ser concebida como una esfera interna de poder administrativo, dentro de la cual la Administración puede adoptar medidas incidentes sobre la propiedad o libertad privada sin requerir —fuera de la que crea la potestad de autorizar— de una ley que expresamente las contemple.³⁴ Dentro de esa relación se respeta la ley como límite, cuando existe (principio de supremacía de la ley), pero no se exige como fundamento ni guía de la conducta administrativa (negación de los principios de reserva y de legalidad). La teoría es desechable en la medida en que un ordenamiento interno debe respetar el de base (en este caso el del Estado) con todos sus principios, entre ellos los de reserva de ley y de legalidad, ya dichos, pero es un hecho que tal tendencia antilegalista existe y ha recibido consagración en varios ordenamientos que, como tales, respetan los principios referidos.

Giannini encuentra que sólo hay verdadera función social de la propiedad, como veremos, cuando hay una potestad administrativa, incidente sobre la propiedad privada, de índole normativa

y/o directriz, capaz también de permitir órdenes dirigidas al propietario, que lo obliguen a usar y explotar su propiedad en la forma y con las técnicas, procedimientos y fines que la Administración indique. Caso opuesto, habría limitación, pero no función social de la propiedad. Giannini presentó esta idea desde hace ya varios años, cuando habló de los bienes privados de "uso controlado", precisamente en cuanto su utilización viene sujeta a órdenes o a potestades administrativas de índole real, correspondientes a usos o formas específicas de goce de la propiedad privada, que sirven para garantizar la adecuación de ese uso a intereses o fines públicos fijados por la ley, eventualmente por encima del interés económico-lucrativo del propietario.³⁵

6—vi) La correlación entre ideologías políticas y formas de control y dirección de la propiedad y de la actividad. Hay una íntima conexión, explicable por la mayor amplitud e incisividad de los controles y de las potestades directrices y ordenatorias últimamente descritas, entre éstas y el Estado intervencionista o de bienestar, también llamado (Forsthoff) Estado de Prestaciones, por un lado; y entre el Estado liberal y abstencionista decimonómico, y las formas atenuadas y pasivas, por no decir negativas, de intervención pública sobre la propiedad privada, por otro. Es decir: hemos visto como se dieron primero las limitaciones negativas, que no sólo no exigían del propietario conducta alguna, sino que más bien le prohibían hacer algo o le imponían soportar pasivamente que el Estado hiciera algo en su propiedad; y hemos visto cómo después, al empuje de los cambios sobrevenidos por obra de las dos guerras mundiales, ha sido necesario recurrir frecuente y hasta masivamente a otro tipo de intervención pública sobre la propiedad, tendente a movilizar al propietario en uso de su propiedad

(33) Ver nota anterior.

(34) La idea de relación de sujeción permanente entre Administración y Estado —que corresponde a la de supremacía especial— se ha desarrollado después hasta alcanzar la de orden jurídico parcial o a fin especial, pero siempre ha incluido la idea de una liberación de los principios tutelares de la libertad y de la propiedad típicos del Estado de Derecho, para lo cual ver Jesch, op. cit. págs. 263 y 264; Otto Mayer semino la idea, Derecho Administrativo Alemán, Ediciones Arayú, Bs. Aires, 1954, tomo IV, págs. 201 a 207, que todavía tiene eco en Alemania, para lo cual véase Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 185, 187, 190, 644 a 647.

(35) Giannini, *I Beni Pubblici*, Mario Bulzoni, Editore, Roma, 1963, págs. 128, 138 y 139, así como los párrafos destinados a la propiedad urbanística y agraria. El autor distingue entre los bienes de uso controlado de disciplina negativa (vínculos de conservación y afectación de la cosa, como propiedad cultural) y de disciplina positivas (vínculos llamados a extraer una utilidad social de la propiedad agraria y urbanística). El autor no ha vuelto a emplear su feliz hallazgo semántico e institucional en obras ulteriores.

como agente del bien común, a través no sólo de obligaciones de dar o de hacer directamente impuestas por la ley, sino de órdenes y regulaciones, generales o para casos concretos, nacidas de la Administración, apoderada a ese efecto por la ley. Este último tipo de intervención pública revela

claramente una ideología y postula la funcionalización de la propiedad hacia metas sociales, que se pueden resumir todas en el mandato consagrado en el artículo 50 de la Constitución, cuando ordena al Estado, organizar y estimular la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Bien se sabe que del principio de legalidad, por contraposición al de libertad, hay dos versiones o grados: hay la legalidad formal y hay la legalidad sustancial del acto autoritario. La primera exige que estén determinados legalmente los elementos que no revelan el sentido del acto, su disposición; es una "relación de compatibilidad" entre el acto y la ley. Están fijados el sujeto y órgano, el procedimiento, la forma y el fin del acto, pero no su motivo ni contenido. El segundo tipo de legalidad es el que exige que el contenido y motivo del acto estén también regulados, aunque sólo sea imprecisa y parcialmente; es la hipótesis de la legalidad sustancial o por "conformidad" del acto con la ley, en la que se da una verdadera conformación del acto por esta última.

Igualmente puede decirse de la función social en relación con la propiedad. Un primer enfoque formal, que es el clásico antes descrito, busca modestamente que la propiedad y su uso no violen ni los derechos ajenos ni el orden público; basta la "compatibilidad" entre éste y la propiedad. Pero hay otra concepción material de esa misma relación, que exige conformación del contenido de la propiedad, a nivel legislativo o administrativo, por intereses y fines colectivos, extraños y superiores a los del dueño y necesariamente configuradores del haz de poderes y de deberes que forman el contenido de ese derecho, en estrecha relación con la naturaleza del bien y su mejor uso productivo para la sociedad, en el momento en que sobreviene el choque. Hay tantos tipos de propiedad como tipos de bienes haya, o puede haberlos, desde el momento en que la consecución de ciertos objetivos públicos de producción o de reparto económico así lo exijan, con preterición, si es necesario, del interés del propietario. La llamada función social de la propiedad sirve, entonces, para hacer presente el interés público en la propiedad como algo inheren-

te a ella, y para determinar el contenido de la propiedad en orden a la realización de un fin público extraño al propietario, por los siguientes medios:

1) Denegación de una, o de algunas potestades clásicas del derecho de propiedad, en cuanto incompatibles absolutamente con el bien público perseguido; 2) imposición de deberes (en el supuesto de prohibiciones o mandatos legales de aplicación directa) y de sujeciones a potestades administrativas (en el supuesto de órdenes o instrucciones de igual origen para un propietario, dentro de una relación pública de supremacía especial), conexos a la *existencia* de los poderes reconocidos; 3) fijación de deberes o sujeciones, por iguales conceptos, conexos *al ejercicio* de esos poderes; y todo ello en función de intereses públicos.

En síntesis: la función social de la propiedad privada es su simultánea ordenación a fines e intereses públicos, mediante la subordinación a éstos del interés del dueño, a través de limitaciones varias, consistentes principalmente en potestades administrativas de control y de dirección, que permiten a la Administración, con base en la ley, conformar el contenido y el ejercicio del derecho, mediante prohibiciones y mandatos, bajo la forma de normas y de actos, sobre los usos y utilidades del derecho o de la cosa. Si este grado de subordinación a la Administración no se da, aunque se den loables fines sociales en la ley que regula la propiedad, no habrá función social de ésta, en el sentido en que lo entiende la doctrina que hace de tal noción el eje de su sistema. La función social sólo existe cuando, sobrepasados los límites legislativos y negativos, surgen los administrativos y conformadores de la propiedad, que pueden llamarse positivos.

Los ejemplos mejores en C.R. están en la

propiedad urbana y en la forestal, sobre todo en ésta, y únicamente cuando, como ocurre con las zonas forestales protectoras en propiedad privada, la respectiva finca tiene que sujetarse a un orden jurídico total o parcialmente creado por la Administración, como el llamado Régimen Forestal, constituido, según el artículo 6 de la Ley Forestal, no sólo por leyes y reglamentos, sino también por decretos y resoluciones de aplicación, que regulan la "conservación, protección y racional aprovechamiento de los bosques y terrenos forestales". El propietario queda sometido a todo ello y, además, a la grave prohibición que le impone el artículo 87, obviamente comprensiva de una potestad ordenadora y directriz de la Administración, cuando se dice:

"En las zonas declaradas protectoras, por disposición de ley o por decreto ejecutivo, queda prohibido efectuar labores agrícolas o destrucción de vegetales, salvo en los casos previstos por vía reglamentaria y con sujeción a las normas técnicas que determine la Dirección Forestal".

En el caso, el daño se agrava al extremo porque el Reglamento que habrá de contemplar las excepciones sujetas a autorización, según la Ley, no se ha dictado y es de aquellos que resultan totalmente necesarios y sin los cuales la ley a ellos supeditada no puede aplicarse, por ausencia de los elementos de juicio apropiados.^{35bis}

Es claro, en efecto, que si el reglamento exigido por el artículo 87 antecitado no existe, nadie podrá autorizar ninguna explotación agrícola de la zona protectora, pues la autorización carecería de la base técnica y general que, según la ley, tiene que tener. En tal circunstancia, la omisión oficial ha dejado inerte al propietario de zona protectora y le ha imposibilitado legalmente cualquier uso de su propiedad para fines agrícolas, lo que equivale, mientras tal situación se mantenga, a la pérdida total de su valor o, al menos, de parte importante del mismo.

1) Tipología de las limitaciones.

Son múltiples los puntos de vista que pueden adoptarse para clasificar las llamadas limitaciones a la propiedad privada. Debe tomarse en cuenta que la utilidad de las distinciones al respecto, en este contexto, es la de saber, con vista de su contenido típico, cuáles pueden, o no, originar indemnización en favor del propietario o afectado. Puede anticiparse que, como se verá, el tipo por sí no garantiza invariablemente una ni otra cosa y que puede ser legalmente indemnizable, o no serlo, una limitación de un tipo, no obstante que ocurra lo contrario con otra del mismo tipo.

Son múltiples las clasificaciones de las limitaciones administrativas, pero me referiré únicamente a dos fundamentales, la de los publicistas Aldo María Sandulli —quien la esbozó inicialmente— y Guido D'Angelo, y la que intenta, con su habitual lucidez, Massimo Severo Giannini.

Los dos primeros clasifican en cinco rubros las limitaciones, según que consistan en deberes o en sujeciones, y según la modalidad específica de estas últimas, como sigue:

i) Prohibiciones absolutas. Son absolutas las que tienen origen legislativo, sin excepción posible contemplada por la ley. En C.R. podrían ser ejemplos los siguientes: prohibición de destruir bosques nacionales sitios en pendientes, orillas de carreteras o si son explotables sin necesidad de cortarlos (como el caucho, el café, los cítricos, etc., artículo 146 Ley de Aguas); prohibición de edificación vecina a un aeropuerto a distancia menor de un décimo de la que hay entre ambos puntos (artículo 29 Ley de Aviación Civil); prohibición de demoler monumentos históricos de propiedad privada, excepto por razones de seguridad (artículo 4 Ley de Propiedad Artística e Histórica).

ii) Prohibiciones relativas y sujetas a autorización, licencia o dispensa: prohibición de agricul-

(35bis) Jean Calude Douence, *Recherches sur le Pouvoir Réglementaire de l'Administration*, L.G.D.J., París, 1968, pág. 492; Marcel Waline *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, págs. 125 y 126; André de Laubadere, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., tomo 1, 1957, pág. 190; Federico Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova, 1960, al cuidado de Giovanni Miele, pág. 77; e ibídem, nota de Miele, en misma página; Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 197, tomo II, pág. 660. Los autores son claros en admitir la suspensión de vigencia de una ley por obra de su propio texto cuando éste condiciona esa vigencia a la aparición de un reglamento ejecutivo o delegado que la desarrolle (este último cuando alguna parte de la ley de base es meramente programática o directriz). Pero de todos ellos se desprende claramente que lo que importa —por encima de cualquier expresa condición en tal sentido— es la aplicabilidad inmediata de la ley, en razón del carácter cabal y claro de su texto, que no exige reglamento y que hace de éste una condición prescindible por el Juez, aun contra el texto expresado de la ley; o, a la inversa, su carácter fragmentario y supeditado, por su propio contenido, al reglamento futuro, lo diga o no lo diga la ley. En síntesis: lo que importa es el sentido de las cosas y del texto, que quedará suspendido hasta aparición del reglamento ejecutivo si realmente lo necesita, o a la inversa, con independencia de lo que expresamente disponga la ley.

tura en zonas forestales protectoras, salvo autorización de la Dirección Forestal (artículo 87 Ley Forestal); prohibición de demoler o realizar cualquier construcción sin licencia municipal (artículo 51 Ley de Construcciones); prohibición de cerrar fundo propio colindante con camino o vía públicos sin autorización de la Dirección Vial del Ministerio de Transportes (artículo 34 Ley de Caminos); prohibición de usar en cualquier forma finca colindante con zona marítima terrestre sin autorización del Instituto de Turismo, del Instituto de Tierras y de la respectiva Municipalidad (artículo 25 Ley de la Zona Marítima Terrestre).

iii) Sujeciones (a la conducta material pública): deber de soportar visitas y estadía de personal del Ministerio de Agricultura para combatir plagas vegetales (artículo 19 Ley de Sanidad Vegetal); de permitir labores de personal municipal para la prevención de accidentes viales por inestabilidad de terrenos contiguos a calles (artículo 11 Ley de Construcciones); de recibir aguas de terrenos superiores (artículo 94 ídem) y de tolerar el tránsito por el borde de ríos, canales, acueductos, etc., por parte de concesionarios de aguas de terrenos inferiores (artículo 73 Ley de Aguas); obligación de permitir conexión individual de líneas de suministro de energía eléctrica a cargo de empresarios dueños de red de distribución (artículo 21 Ley del Servicio Nacional de Electricidad).

iv) Obligaciones y deberes de hacer: obligación de desecar pantanos insalubres (artículo 91 Ley de Aguas); obligación de producir la cuota anual de azúcar asignada a cada ingenio para la zafra (artículos 42b, 43b, 47 y 78 Ley de la Liga de la Caña); obligación de denunciar plagas vegetales al Ministerio de Agricultura y de combatir a costa propia las que son llamadas plagas de combate particular obligatorio (artículo 16 Ley de Sanidad Vegetal); obligación de recortar ramas sobre caminos públicos, de mantener rondas, paredones y caminos fronterizos limpios de vegetación (artículo 20 Ley de Caminos); obligación de lecherías contiguas a caminos públicos de empedrar la zona para el paso del ganado, si el camino no es pavimentado (artículo 19 ídem); obligación de observar la planificación dictada por el ICT, el INVU o la Municipalidad en el uso y construcción de fincas colindantes con zona marítima terrestre (artículo 15 Ley de Zona Marítima Terrestre).

v) Obligaciones y deberes de dar: obligación de ceder gratuitamente terrenos necesarios para vías públicas nuevas, si tienen ancho menor de 20 m. en urbanizaciones aprobadas (artículo 7 Ley de Planificación Urbana); obligación del urbanizador de ceder gratuitamente hasta 30 m² por cada familia para áreas verdes y facilidades comunales (artículo 40 ídem); obligación de ceder una porción de terreno boscoso para reforestación, no excedente de un 5% del área total (artículo 73 Ley Forestal).

La única discrepancia que guardamos frente a tal clasificación es que no destaca los casos más interesantes y graves de limitaciones, aunque no los ignore, consistentes en sujeciones a potestades administrativas. En efecto: si bien dicha clasificación alude expresamente a las "sujeciones" (en la obra de D'Angelo y en el artículo de Sandulli), entiende por tales únicamente las que se dan frente a facultades (para comportamientos) de la Administración y frente a autorizaciones de ésta (en sus varias especies, tipificadas por Sandulli, de autorizaciones permisivas, licencias y dispensas). No hace alusión la anterior clasificación a las formas graves de limitación de la propiedad privada frente a la Administración Pública consistentes en la sujeción a potestades administrativas para dictar actos ejecutorios y, concretamente, para dar órdenes, imponer directrices y programar el uso de la propiedad privada. Es cierto y evidente que las autorizaciones, en su empleo actual, son el instrumento más usual y eficaz, porque enmascarado bajo la apariencia de actos favorables al administrado, para imponer conductas, fines y modos de explotación al propietario; pero, inexplicablemente, la anterior clasificación no lo pone de relieve.

Puede decirse, en síntesis, que las limitaciones a la propiedad privada, desde un ángulo mucho más relevante que el escogido por los dos distinguidos autores antes citados, son de dos tipos fundamentales: las impuestas por ley (que define precisa o imprecisamente, pero sin envío ulterior a una autoridad administrativa, el contenido y alcance de la limitación, prohibición, mandato, sujeción, etc.); y las impuestas por acto administrativo, en virtud naturalmente de una delegación legislativa. Las limitaciones legislativas tienen normalmente la permanencia propia de la ley formal y general, y se refieren a situaciones de evidente conveniencia en el sentido de la regulación hecha, válidas como tales con entera indepen-

dencia de ideologías, intereses de grupo (de presión), programas de gobierno, etc., y son herencia, en su mayor parte, de problemáticas superadas desde varios decenios.

Distintas son las sujeciones de la propiedad a potestades administrativas varias. Como con la potestad reglamentaria, ocurre con éstas que existen porque no podrían estar en mano de la Asamblea Legislativa sin provocar su estancamiento e ineficacia automáticos. Es por el carácter cambiante, acelerado y complejo, a más de frecuente y voluminoso, de los problemas de convivencia actuales, sobre todo en punto a propiedad y libertad de empresa, que la ley, clásicamente dueña de esa esfera de regulación, la delega, apoderando a la Administración para dictar reglamentos sustitutos (delegados o autorizados, en la jerga doctrinal) y actos concretos, capaces de conformar la propiedad y su contenido para garantizar resultados y programas sociales, urgidos por planes de gobierno o por la evolución económico-social. De este modo, la técnica moderna de regulación de la propiedad privada y de la empresa es conferir potestades a la Administración para que ésta, en ascendente gradación controle, ordene y programe la propiedad privada, sujetándola a las políticas y técnicas impuestas por la realidad y la naturaleza de los problemas, vistos a la luz de programas de gobierno y de administración. Es precisamente este ángulo el adoptado en la clasificación propuesta por Giannini, que encontramos claramente más penetrante y útil. Lo que sigue es simplemente resumen de su pensamiento, pero referido en lo posible al orden jurídico costarricense.

Giannini acepta la existencia de limitaciones legislativas a la propiedad, con toda la gama de deberes —positivos o negativos— antes descrita por Sandulli y D'Angelo, como no podía menos; y se refiere a las servidumbres públicas reales (que contienen un deber de respeto y abstención a cargo del propietario frente a su ejercicio), con la fundamental advertencia de que, mientras la jurisprudencia italiana reconoce indemnización por éstas últimas (aun si son de origen contractual o

paccionado), generalmente no lo hace respecto a las otras limitaciones.³⁶ Acto seguido Giannini elenca las "otras" limitaciones en sujeciones del propietario a potestades administrativas de control, de conformación o de dirección. Dada la reconocida capacidad del ilustre jurista italiano para acuñar su vocabulario jurídico ha de hacerse una advertencia previa al respecto. Por potestad de control entiende aquí fundamentalmente la de dictar las autorizaciones administrativas, en el sentido amplio de actos que crean o permiten el ejercicio de un derecho extraño a los entes públicos, que sólo el particular puede tener, pero sólo mediante autorización, como bien lo ha expuesto en su Curso; por potestad conformadora del derecho de propiedad entiende la de imponer los modos en que el bien deberá ser utilizado, si lo es y sin obligación de que lo sea; y por control directivo o programador entiende "la sustracción al propietario de los poderes de decisión acerca de la utilización y el goce del bien, porque una parte de esos mismos poderes se confiere a la autoridad pública: así, el propietario del bosque "vinculado" puede decidir utilizar el bosque para extraer leña, pero no puede decidir dónde y cómo cortar los árboles; esto lo decide la autoridad pública" (*Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, pág. 107). Igual noción aplica el autor a la potestad de dirección o programación de la empresa privada, cuando dice: "se trata de una relación orgánica de tipo general en el derecho administrativo, en la cual a un sujeto público se atribuye una potestad de disponer parcialmente de las decisiones (scelte) de otro sujeto, en posición de sujeción, quien puede ser tanto público como privado" (op. cit. ídem, pág. 181).

En el caso de la limitación referida a una potestad de dirección o programación aparece lo que el autor ha llamado la "propiedad funcionalizada", de cuya descripción bien se desprende que su más importante rasgo consiste en que la potestad de dirigir y decidir, en lugar del propietario, implica o lleva inherente la de darle órdenes e imponerle regulaciones, cuya forma jurídica puede

(36) Giannini, *I Beni Pubblici*, op. cit., pág. 128; y *Sull'Azione dei Pubblici Poteri*, op. cit., págs. 8 y sigtes, que describen el empleo históricamente progresivo de los diversos medios y métodos de intervención de la Administración en la economía, enteramente aplicables a la propiedad privada, siempre en el sentido de un aumento en las ablaciones de potestades y en las potestades de dirección y de ordenación sobre el particular empresario o propietario. García de Enterría y Parejo Alonso describen parecido fenómeno en lecciones de Derecho Urbanístico, capítulo primero, histórico e institucional.

ser diversa (orden común, instrucción, acto administrativo general o bien reglamento). Como agudamente lo ha formulado el mismo autor en otro importante escrito, se trata de una intervención del Estado en la economía, usando el instrumento de la propiedad como objeto pasivo de conformación y orientación de su parte, que empieza con las autorizaciones y desemboca, finalmente, pasando por los llamados "ordenamientos sectoriales", en la planificación o programación imperativas de la propiedad o de la libertad privadas. Detengámonos un momento en el esquema de este importante enfoque, anticipado por su ilustre autor desde mucho antes, cuando habló de los bienes privados de "uso controlado". Insistamos en las "autorizaciones".

Autorizaciones. Es sabida la crisis actual del concepto de la figura, tanto en punto a estructura como en punto a función.

1) *Estructura.* La figura clásica seguía la definición consistente en decir que la autorización es un acto administrativo discrecional, cuyo efecto y función son remover un límite puesto por el ordenamiento al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente, de un ente público o de uno privado.³⁷ Fundamental en este concepto es entender que la autorización carece de efecto constitutivo del derecho subjetivo cuyo ejercicio habilita, porque el mismo ha sido atribuido previa y simultáneamente por otra norma, como parte de la esfera jurídica normal del sujeto autorizado. El ejemplo típico es el del derecho a educar, garantizado como libertad pública por el artículo 79 de la Constitución, cuando dice:

Artículo 79: "Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".

Este derecho constitucional e inalienable del ciudadano y del hombre, existe por disposición constitucional y no lo podría suprimir la ley ordinaria; pero ésta puede —como lo ha hecho— sujetar su ejercicio a autorización previa, para velar por la compatibilidad del proyecto docente con el interés público en una educación de nivel aceptable y de valores congruentes con la filosofía democrática y humanista de nuestro Estado. Es un caso cristalino. La figura se torna mucho menos clara cuando no hay ley que atribuya el derecho sujeto a autorización, por aparte de la norma que la exige; y llega a ser más oscura y dudosa todavía cuando hay ley que prohíbe expresamente la actividad, salvo autorización en contrario.³⁸

Las objeciones más decisivas contra el ya enunciado concepto (de la estructura) de la autorización, como remoción discrecional de límites legales a un derecho, no son, sin embargo, provenientes del derecho positivo, sino de la teoría general manejada por esa definición, a saber: a) Las autorizaciones son actos discrecionales. Ahora bien: donde hay discrecionalidad no puede haber, correlativamente, un derecho subjetivo.³⁹ Puede ser dudosa la aserción contraria, sea: la de que donde hay regla y vinculación legal siempre hay un derecho subjetivo y nunca un interés legítimo, lo que parece aceptable únicamente cuando la regulación sea total, por ser reglados tanto el motivo como el contenido del acto administrativo. Es lo cierto, sea cual sea la suerte de esta última afirmación, que el particular titular de un derecho cuyo ejercicio depende de una autorización discrecional guarda frente a la Administración una posición igual a la del que pretende una concesión de un nuevo derecho, también discrecional, pues en ambos casos puede ser legítimo denegar el acto e impedir legítimamente, con ello, la legitimidad de

(37) Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, tomo I, pág. 264; Guido Landi, Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 211; y Donato Donati, *Scritti di Diritto Pubblico, Atto Complesso, Autorizzazione, Approvazione*, vol. II, págs. 61 y 62, CEDAM, padova, 1966.

(38) Esta es la hipótesis normal y la autorización funciona casi siempre como una dispensa de esa prohibición; véase por ej.: art. 142 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional: "Art. 142: Ningún Banco privado podrá operar sin la autorización expresa del Banco Central...". Es decir: la actividad privada esta prohibida, sin esa autorización. Es uno de los puntos débiles del enfoque tradicional: acepta que la autorización supone una prohibición de ejercicio del derecho preexistente sujeto a ella, lo que equivale a decir que antes de la autorización no había derecho subjetivo. La autorización, consecuentemente, es constitutiva; véase García de Enterría, Curso., op. cit., tomo II, pág. 123; ver José Luis Mellan Gil, *Sobre la Determinación Conceptual de la Autorización y de la Concesión*, RAP, No. 17, 1973, págs. 85 a 88, especialmente 86; Ramón Martín Mateo, *Silencio Positivo y Actividad Autorizante*, RAP, No. 48, 1965, págs. 213, 214 y 215, especialmente esta última.

(39) La definición del interés incluye normalmente la mención al carácter discrecional de la potestad administrativa correlativa; así Pietro Virga, *La Tutela Giurisdizionale nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 31. Cuando las definiciones del interés legítimo no se refieren expresamente al carácter discrecional de la potestad administrativa de correlato, la presuponen, pues, caso contrario, si hubiese potestad reglada en cuanto a motivo y contenido, habría derecho subjetivo en favor del interesado (a exigir el acto favorable a su interés).