

ANTONIO AZUELA
Coordinador

EXPROPIACIÓN *y* conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas



El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial...

...y a resolución judicial

Predio
El
Encino



EXPROPIACIÓN
y
conflicto social
en cinco metrópolis latinoamericanas

EXPROPIACIÓN *y* conflicto social

en cinco metrópolis latinoamericanas

ANTONIO AZUELA
Coordinador



IIS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
SOCIALES

L LINCOLN INSTITUTE
OF LAND POLICY
CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS



ALCALDÍA MAJOR
DE BOGOTÁ D.C.

BOGOTÁ
HUMANANA

SECRETARÍA DE PLANEACIÓN

Secretaría Distrital
Planeación Bogotá

HM1121

E97 Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas / Antonio Azuela (coordinador) -- México : UNAM , Instituto de Investigaciones Sociales ; Cambridge, Massachusetts : Lincoln Institute of Land Policy , 2013

514 páginas : ilustraciones

ISBN: 978-607-02-4605-0

1. Expropiación 2. Conflicto social - Investigación 3. Política urbana 4. Política social 5. América Latina I. Azuela , Antonio , coord.

Este libro fue sometido a un proceso de dictaminación por académicos externos al Instituto, de acuerdo con las normas establecidas por el Consejo Editorial de las Colecciones de Libros del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Los derechos exclusivos de la edición quedan reservados para todos los países de habla hispana. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio, sin el consentimiento por escrito del legítimo titular de los derechos.

Primera edición en español: septiembre de 2013

D.R.© 2015, Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Sociales
Av. Universidad 3000, Delegación Coyoacán
Ciudad Universitaria, C.P. 04510, México, D.F.

D.R.© 2015, Lincoln Institute of Land Policy
113 Brattle St
Cambridge, MA 02138-3400

Primera reimpresión en español: noviembre de 2015

Secretaría Distrital de Planeación - SDP
Carrera 30 No. 25-90 Pisos 5 - 8 -13
Bogotá, Colombia

Coordinación editorial: Berenise Hernández Alanís
Cuidado de la edición: Lili Buj
Diseño y formación de textos: María Gpe. Escoto Rivas
Portada: Cynthia Trigos Suzán
Ilustración de portada: adaptación de Cynthia Trigos Suzán del grabado hecho por Abraham Bosse para la portada del libro LEVIATHÁN de Thomas Hobbes, 1651.

Reimpreso en Bogotá, Colombia

Índice

Prólogo a la edición colombiana	7
<i>Gerardo Ardila</i>	
Agradecimientos	11
<i>Antonio Azuela</i>	
Presentación	
<i>Greg K. Ingram</i> . Presidente del Lincoln Institute of Land Policy	13
INTRODUCCIÓN	
Expropiación, propiedad y estado en las ciudades latinoamericanas	
<i>Antonio Azuela</i>	17
CAPÍTULO PRIMERO	
Políticas urbanas y expropiación en Argentina. Los casos de la ciudad y la provincia de Buenos Aires (1976-2007).	
<i>Juan Ignacio Duarte</i> y <i>Ángela Oyhandy</i>	55
CAPÍTULO SEGUNDO	
La expropiación en la Argentina: prácticas y debates jurídicos en torno a la utilidad pública	
<i>Melinda Lis Maldonado</i> y <i>Ángela Oyhandy</i>	101
CAPÍTULO TERCERO	
Valuación judicial y demora en el pago de indemnizaciones: el caso de las expropiaciones en el estado de São Paulo, Brasil	
<i>Emílio Haddad</i> y <i>Cacilda Lopes dos Santos</i>	161

CAPÍTULO CUARTO

Fortalezas y fisuras del uso de la expropiación
para fines urbanos en Colombia. Revisión a
partir de la experiencia de Bogotá

María Mercedes Maldonado 235

CAPÍTULO QUINTO

Cambio constitucional, jueces, función social
de la propiedad y expropiación en Colombia

María Mercedes Maldonado

y *Diego Isaías Peña* 273

CAPÍTULO SEXTO

La expropiación en Quito: cambio institucional
y gobierno municipal

María Mercedes Maldonado 317

CAPÍTULO SÉPTIMO

Jueces, derechos humanos e indemnización en caso
de expropiación: análisis de casos en Ecuador

María Mercedes Maldonado

y *Diego Isaías Peña* 357

CAPÍTULO OCTAVO

Uso, desgaste y reuso de la expropiación en
la ciudad de México

Antonio Azuela y Camilo Saavedra 413

CAPÍTULO NOVENO

La propiedad que no se discute. Jueces y
expropiaciones en la ciudad de México

Antonio Azuela y Carlos Herrera 459

COLABORADORES 517

Prólogo a la edición colombiana

Desde los primeros días del proyecto que llevó a la construcción de este libro, soñamos con Antonio Azuela que fuera publicado al mismo tiempo que en México y los Estados Unidos, en Colombia y, tal vez, en Argentina. Ese sueño no se pudo concretar como imaginamos, pero la publicación de esta edición bogotana, reafirma el interés que despierta este tema en la vida política, administrativa y académica de América Latina.

Gracias a la generosidad y convicciones de los directivos del Lincoln Institute of Land Policy y del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, el gobierno de la *Bogotá Humana*, a través de la Secretaría Distrital de Planeación, incluye este libro dentro de la Colección Bogotá Humana, con la satisfacción de entregar a los lectores, académicos, administradores y ciudadanos este trabajo comparativo que ayuda a la discusión política y jurídica que le corresponde. Debo expresar mi gratitud al doctor Antonio Azuela por su decidido empeño y convicción de que hagamos trabajo conjunto en América Latina, y a los doctores Martim Smolka y Gregory Ingram por facilitar, una vez más, que hagamos equipos internacionales para causas comunes.

Las introducciones y prólogos que tiene este volumen, así como los artículos de María Mercedes Maldonado e Isaías Peña con respecto a Bogotá, no dejan nada nuevo para decir sobre el uso que se ha hecho de la expropiación en América Latina y, en particular, en Bogotá. Sin embargo, si bien la expropiación sigue

siendo un mecanismo de disuasión en casos extremos, usado casi sin excepciones contra los ciudadanos más vulnerables, su uso debe restringirse al máximo en el caso de la renovación urbana. Uno de los objetivos de la administración de Gustavo Petro, en Bogotá, ha sido el de enfrentar los efectos de *gentrificación* producida por la renovación urbana, usando mecanismos de participación y concertación que aseguren que los habitantes de las áreas sujetas a transformaciones sean los primeros beneficiados con la renovación y el mejoramiento urbano. Hacer de la “revitalización urbana” el objetivo, mejorando la vida de quienes viven en las áreas degradadas por el abandono y las tendencias económicas y culturales de nuestras ciudades.

La decisión de no desplazar a las mujeres, hombres y niños localizados en las áreas sujetas a revitalización trae consigo muchos retos interesantes: la vieja idea de “recuperar” en un corto tiempo áreas deterioradas de las ciudades se enfrenta a la dificultad y lentitud de los procesos de negociación con los ciudadanos locales, así como a la búsqueda de mecanismos de conversión de áreas de casas grandes –por lo general en mal estado- por áreas menores en apartamentos, pero con mejores condiciones generales de existencia; la necesidad de buscar alternativas que, en tiempo y en costos, no impidan la reubicación temporal de los viejos habitantes que ocuparán parte de la nueva ciudad; o, a situaciones más difíciles que, como en Bogotá, implican replantear todo el sistema de subsidios de servicios públicos vinculados a un esquema de estratificación.

En definitiva, las condiciones de los mecanismos de expropiación están cambiando en América Latina como parte del crecimiento y transformación de las ciudades y al mismo ritmo en el que se discuten modelos más democráticos de gobierno y de acceso a la tierra urbana. Los artículos de este libro muestran que si bien la expropiación sigue estando atrás como un recurso importante en algunos casos en los que el bien general encuentra obstáculos en intereses particulares, la democracia se abre camino y, como ya se defiende en Bogotá, la ciudades

se transforman para ser más incluyentes y para darles a todos los ciudadanos acceso real a las ventajas de los mejores equipamientos y de las mejores ofertas urbanas.

Gerardo Ardila
Secretario Distrital de Planeación
Alcaldía Mayor de Bogotá
Abril de 2015

Agradecimientos

Este libro ha sido posible gracias al trabajo de muchas personas y al apoyo de varias instituciones. En primer lugar, agradezco a los autores de los diversos capítulos por su entrega y dedicación al proyecto. Casi todos ellos participaron en las sesiones del Grupo de Investigación sobre Derecho y Espacio Urbano (IRGLUS, por sus siglas en inglés) que llevamos a cabo en Berlín en 2007, Milán en 2008 y Oñati en 2010, en el contexto de las reuniones del Comité de Investigación en Sociología del Derecho (RCSL) de la Asociación Internacional de Sociología. Para la celebración de ambas reuniones, donde se fraguó este proyecto, así como para la preparación final de los capítulos que integran el libro, el apoyo del Lincoln Institute of Land Policy fue fundamental. Greg Ingram, presidente del Instituto y Martim Smolka, director del Programa para América Latina apostaron por esta exploración en el mundo de los estudios socio-jurídicos. Dentro del propio instituto, Anna Sant'Anna trabajó incansablemente en la organización y el seguimiento de la traducción al inglés y, en general, en el complejo proceso editorial que ha hecho posible producir, casi simultáneamente, una versión electrónica y una edición impresa en cada lengua.

El libro fue sometido al riguroso proceso editorial del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM. Dos dictaminadores anónimos nos permitieron revisar cuestiones cruciales de los textos. El Departamento de Publicaciones, bajo la coordinación de Berenise Hernández Alanís, ha hecho un trabajo de la más

ANTONIO AZUELA

alta calidad. Las responsables son Lili Buj Niles, por el escrupuloso cuidado de la edición, Cynthia Trigos Suzán por el diseño de la portada y María Guadalupe Escoto Rivas por la formación final del texto. En casa, la compañía y el apoyo de Corina Yturbe jugaron también su parte. A todos, muchas gracias

Antonio Azuela

Presentación

En 2006, Antonio Azuela, Martim Smolka y yo sostuvimos varias conversaciones acerca del uso de la expropiación en países en desarrollo, y en particular en América Latina. En nuestra breve revisión de la literatura del tema encontramos muy poca investigación, e incluso poca información sistemática al respecto. Este hallazgo, así como la idea de que el tema era importante nos llevó a proponer la adquisición de terrenos públicos como un tema para el Cuarto Simposio Internacional sobre Investigación Urbana, patrocinado por el Banco Mundial en mayo de 2007. Antonio accedió a preparar un trabajo sobre este tema para el simposio con el apoyo del Lincoln Institute of Land Policy, y el resultado, con su coautor Carlos Herrera, fue “Policies and Laws for the Expropriation of Land for Urban and Infrastructure Projects: An Exploration of World Trends”.

El texto reunió la información disponible e identificó más preguntas que respuestas. Había muy pocos datos en torno al uso del derecho de expropiación porque los países que lo habían utilizado como herramienta de política no produjeron información sistemática acerca de su uso. Por otra parte, la investigación académica existente se centraba en cuestiones legales y hacía caso omiso de otras dimensiones de esta práctica gubernamental. Esta ponencia original se volvió el catalizador para una gran cantidad de nuevas investigaciones sobre expropiación tanto en América Latina como en otras regiones. Antonio se sintió

atraído al tema y ha sido uno de los principales contribuyentes tanto como investigador cuanto como promotor de trabajos sobre este tema, a menudo con el apoyo del Lincoln Institute. Este libro reúne varios estudios de caso sobre la aplicación del derecho de expropiación en América Latina, y es probable que se convierta en el trabajo definitivo sobre el tema para esta década. Al mismo tiempo, los artículos de este volumen indican que los temas que rodean al derecho de expropiación no están completamente convenidos en ninguno de los países incluidos aquí, y que es probable que en años venideros continúen cambiando.

Los artículos presentados utilizan una definición en común de expropiación y abordan las dos principales preguntas planteadas por ésta: ¿bajo qué circunstancias se justifica expropiar terrenos? Y ¿cómo se determina el monto de la compensación? Los estudios de caso revelan diferentes respuestas a estas preguntas en todos los países. En particular, a menudo existe gran incertidumbre acerca de cómo determinar el valor de los terrenos expropiados. En algunos países, los jueces han establecido cantidades de compensación que superan con mucho cualquier precio plausible de mercado, valores tan altos que algunos municipios simplemente han dejado de expropiar, pues no son capaces de predecir con alguna certeza cuáles serán los montos de las compensaciones. Las razones de ello varían, y van desde intentos de los jueces para garantizar que no se abusará de la expropiación, hasta su falta de conocimiento acerca de los mercados inmobiliarios y sobre los valores de los inmuebles.

La justificación para la expropiación de terrenos también varía en los diferentes países, pero los principales propósitos incluyen la provisión de bienes públicos tales como carreteras; distribuir o redistribuir los beneficios urbanos como terrenos o viviendas accesibles; promover el desarrollo económico, como sería la construcción de parques industriales, y regularizar la propiedad en los asentamientos informales. Mientras que el primer objetivo es tal vez el más ubicuo y tiene la mayor

legitimidad, los casos revelan cierto escepticismo en todos los países en torno a la expropiación para proyectos de infraestructura de gran envergadura tales como autopistas y aeropuertos.

En parte, la oposición a grandes proyectos identificados en estos casos se debe a que con frecuencia involucran extensas áreas y desplazan a un buen número de hogares y empresas. La oposición a este tipo de grandes proyectos es muy común en todos los países. Los diarios con frecuencia presentan reportajes acerca de disturbios civiles en China relacionados la adquisición de terrenos para la expansión urbana. La reubicación debido a la construcción de enormes presas ha producido controversias políticas y sociales de larga data en muchos países, y aún existe un gran descontento entre los desplazados por la construcción del aeropuerto Narita cerca de Tokio, por ejemplo.

La naturaleza evolutiva de la expropiación y su aplicación, revelada en estos estudios de caso, es también un tema constante. Algunos países latinoamericanos están ampliando la definición de la función social de la propiedad, y este concepto tiene implicaciones para la expropiación. Por ejemplo, la falta de atención de un propietario a la función social de la propiedad podría volverse una base para la expropiación en ciertos países. En Estados Unidos, la reciente sentencia de la Suprema Corte, *Kelo v. New London*, aclaró que la propiedad puede ser expropiada a un propietario privado y otorgada a otro para promover el desarrollo económico. Esto ha llevado a varios estados a poner límites estrictos a este tipo de conversión. La continua evolución de la aplicación y justificación de una expropiación sugiere que los expertos e investigadores de este tema continuarán ocupados documentando y debatiendo la práctica cambiante en esta área durante un buen tiempo.

Gregory K. Ingram
Presidente
Lincoln Institute of Land Policy

Introducción

Expropiación, propiedad y estado en las ciudades latinoamericanas

La mayor parte de los libros de ciencias sociales se escriben para preocupar a los lectores por algo que logra definirse como un problema: de preferencia un “gran” problema. Otros se escriben para contagiar al lector de una curiosidad por algo que no se acaba de entender bien. Este libro tiene algo de ambas. Razones de sobra para preocuparse por la expropiación han aparecido en el espacio público de varias ciudades latinoamericanas en los últimos años: en la capital mexicana, dos casos derivaron en conflictos políticos de tal envergadura, que el jefe de gobierno de la ciudad fue retirado de su cargo en lo que fue la primera crisis política de nuestra era posterior al priísmo. En Brasil, la constitución ha sido reformada una y otra vez, a fin de otorgar a los gobiernos locales nuevos plazos para cubrir deudas de dimensiones macroeconómicas, derivadas de indemnizaciones no cubiertas por expropiaciones urbanísticas, y un alto tribunal analiza la constitucionalidad de tales reformas; en la provincia de Buenos Aires, el poder legislativo decreta, una y otra vez, expropiaciones de terrenos en los barrios surgidos de invasiones, para proteger a sus habitantes de las acciones de desalojo promovidas por los propietarios, en un ciclo que no parece tener fin; en Quito, los dueños de unos terrenos rurales afectados por una expropiación para crear un parque metropolitano

lograron movilizar a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos quien, sin preguntarse siquiera si la propiedad es o no un derecho fundamental, terminó ordenando el pago de una indemnización que incluye valores claramente especulativos, en contra del interés común de la ciudad.

Desde luego, las interpretaciones de estos hechos varían según la postura del observador. Para quienes se preocupan mucho por la seguridad de la propiedad, todo esto no será más que otra muestra de la debilidad del estado de derecho en nuestras sociedades; para quienes se preocupan por la necesidad de llevar a cabo proyectos de desarrollo, serán síntomas inequívocos de un debilitamiento del estado. Otros más se preocuparán por la falta de mecanismos de “participación social” en los procesos expropiatorios. Todos estarán preocupados por lo mismo, aunque por distintas razones.

Este libro reúne los resultados de una serie de investigaciones que han tratado de responder tanto a las preocupaciones como a las curiosidades que despierta el uso de la expropiación en ciudades latinoamericanas, investigaciones que han recibido apoyo del Lincoln Institute of Land Policy en los últimos años y que se han venido discutiendo en el seno del International Research Group on Law and Urban Space (IRGLUS), de la Asociación Internacional de Sociología.¹ Lejos de presentar una postura unánime en torno al tema, los trabajos ofrecen diferentes perspectivas sobre el mismo, aunque también tratan de responder a un conjunto de cuestiones que conforman una agenda común de investigación. En las páginas que siguen me propongo mostrar los componentes y la pertinencia de dicha agenda, así como las respuestas que hasta ahora hemos podido generar a partir de nuestras investigaciones.

¹ En particular, se celebraron sesiones de discusión en los congresos del Comité Internacional de Sociología del Derecho celebrados en Berlín (2007), en Milán (2008) y en Oñati (2010).

La importancia de la expropiación en el desarrollo de cualquier ciudad es indudable. Hace casi un siglo que Maurice Halbwachs [1928] (2008), uno de los pioneros de la sociología urbana, en su estudio sobre las transformaciones de París en la segunda mitad del siglo XIX, tuvo que dedicar un capítulo entero nada menos que a las expropiaciones. Y es que el proceso de urbanización trae consigo, casi por definición, una constante “destrucción creativa”, lo que a su vez implica la necesidad de suprimir la propiedad para abrir nuevos espacios urbanos, incluso ahí donde existían otros. Hoy en día, la sensibilidad que ha impuesto la “buena gobernanza” tiende a mirar con sospecha el uso de la expropiación. Y es verdad que ésta tiene siempre un lado desagradable: alguno de los *stakeholders*, como suele llamarse en ese contexto a los interesados, resultará agraviado. Pero hasta ahora no se sabe de un régimen constitucional en el que se haya renunciado al poder de expropiar. Del mismo modo, cuesta trabajo imaginar ciudades que permanecen indefinidamente inalteradas, sin que ello parezca una pesadilla autoritaria. Están, desde luego, las zonas de monumentos históricos, que tratamos de preservar tal como son y, aún en esos casos, a veces hay que recurrir nada menos que a la expropiación para lograrlo.

Más allá del ámbito urbano, la expropiación es una institución que nos permite observar, al mismo tiempo, a la propiedad y al estado. Si la propiedad es parte fundamental del arreglo político que es propio del estado moderno, la expropiación siempre ha estado ahí como una excepción de ese arreglo. O, si se quiere, como una garantía que forma parte del mismo.

Al analizar la expropiación tal como ocurre en la práctica, el estado y la propiedad aparecen ya no como fórmulas generales, sino como hechos sociales, en un proceso en el que propietarios y representantes del poder estatal interactúan en un ambiente de tensión, y como resultado del cual las posiciones iniciales de cada uno se modifican en cada acto expropiatorio: un propietario es sustituido por otro (o logra mantener su propiedad); el

poder estatal se ejerce (o se restringe). En la expropiación se recrean tanto la propiedad como el estado.

Por esa misma ambivalencia, el estudio de la expropiación es interesante para dos campos de estudio, aparentemente muy distintos entre sí: la formación del estado desde una perspectiva sociológica y el estatuto constitucional de la propiedad desde la dogmática jurídica. El primero de esos temas ha vuelto a tomar fuerza en un debate que es difícil encuadrar en alguna disciplina, pero que en todo caso combina un rechazo a toda definición “esencialista” (del estado como un objeto fijo, como “algo que está ahí”), con un interés en el modo en que las prácticas cotidianas de un conjunto de actores localizados son indispensables para producir el “efecto estado”.² En el contexto latinoamericano, donde una de las cuestiones abiertas es precisamente el tipo de estado en gestación, observar el modo en que se ejerce el poder expropiatorio resulta revelador del tipo de orden estatal y de la forma como tal orden se produce. Así, este libro quiere despertar la curiosidad de los científicos sociales acerca del papel de las prácticas expropiatorias en el proceso de formación del estado.

Por otro lado, el estudio de la expropiación es sumamente revelador respecto del estatuto de la propiedad (en sus muy diversas modalidades) en los órdenes constitucionales latinoamericanos. Uno de los “hallazgos” más inquietantes de nuestras investigaciones es el hecho de que la propiedad *no* es un tema relevante en las agendas de investigación jurídica del fenómeno constitucional, en particular dentro de lo que se conoce como el neo-constitucionalismo, que es la corriente de análisis jurídico que más se acerca a los debates generales sobre los regímenes

² Me refiero a la discusión que inaugura Philip Abrams a finales de los años setenta (Abrams, 1977) y que ha sido recuperada recientemente autores como Timothy Mitchell (1999), Jean-François Bayart (1989), Akhil Gupta (1995) o James Ferguson (1994), por citar sólo unos cuantos. Para América Latina véase Agudo y Estrada (2011), Joseph y Nugent (1994) y Mallon (1995).

políticos en la región; debates que, como se sabe, han estado marcados por temas vinculados a la democracia y a la organización del estado, entre otros, mientras temas como la propiedad han quedado en manos de los interesados en políticas públicas, cada vez más lejos de la agenda constitucional. Acaso este libro pueda provocar la preocupación de los constitucionalistas por lo que está ocurriendo en torno a la expropiación. Sin tratar tampoco de alarmar acerca de una crisis institucional de consecuencias catastróficas, lo que ilustran los trabajos aquí reunidos debería ser un motivo de preocupación para el pensamiento constitucional, porque tiene que ver nada menos que con los fundamentos sociales del orden estatal o, en clave schmittiana, con el *nomos de la tierra*. En muchos de los conflictos de los que da cuenta este libro surgen preguntas difíciles para los tribunales constitucionales, respecto de las cuales los constitucionalistas, hasta ahora, han tenido poco o nada qué decir.

Los trabajos aquí reunidos cubren dos grupos de cuestiones: el primero se interroga ¿cómo se usa el poder expropiatorio en el contexto de las políticas urbanas? ¿Qué tipo de conflictos suscita? Se trata de definir *lo que está en juego* cuando se produce una expropiación. El segundo se pregunta ¿cómo se procesan esos conflictos cuando entran al campo jurídico? ¿Qué ocurre cuando el derecho es movilizadado en los conflictos en torno a las expropiaciones?

Cuando interrogamos a la doctrina tradicional del derecho público sobre lo que está en juego a la hora de la expropiación, la respuesta que encontramos nos remite al balance entre los intereses del individuo y los de la colectividad. Pero lo primero que descubrimos cuando estudiamos de cerca la práctica expropiatoria es que lo que está en juego no siempre cabe en esa fórmula. Si a veces el propietario expropiado es la víctima que tiene que sacrificarse en aras del interés superior de la colectividad, otras es él quien obtiene un beneficio que provoca el escándalo público. El tema es tan viejo como los trabajos de Halbwachs y los grabados de Daumier, esos que los estudios

“críticos” del derecho han usado con tanto provecho. En uno de esos grabados aparece un individuo que encuentra en la calle a otro y le pregunta por el motivo de su amplia sonrisa. El otro responde “¡vengo de cobrar la indemnización por el predio que me expropiaron!”. Sin duda, estamos ante el lugar común de la corrupción, pero también estamos frente a una muestra de una cuestión fundamental en nuestro tema: la ambivalencia de la propiedad. Y ésta es apenas una entre las diversas formas que adquiere la ambivalencia de la propiedad, y que identificaré a lo largo de este ensayo.

ACERCA DE LO QUE ESTÁ EN JUEGO...

Tarde o temprano, el estudio de la expropiación nos lleva a plantear problemas jurídicos. Sin embargo, es importante hacer un esfuerzo por comprender lo que está en juego *antes* de que el asunto entre al mundo del derecho. En este apartado me propongo exponer, aunque sea brevemente, una definición “pre-jurídica” (en el sentido de André-Jean Arnaud),³ de las cuestiones que suscita la expropiación. Algunas de esas cuestiones son evidentes porque irrumpen en el espacio público; otras resultan importantes precisamente porque no han sido suficientemente reconocidas en el debate público. Aunque con frecuencia se trata de cuestiones que tienen una implicación normativa (y que por eso convocan una respuesta jurídica) nos interesa mirarlas como preguntas que circulan por la sociedad; como cuestiones que en principio deberían interesarnos a todos.

De una manera muy sintética, puede decirse que los grandes problemas que suscita la expropiación son dos y muy simples: cómo se indemniza y cómo se justifica la privación de la propiedad que se da sin el consentimiento del propietario. Esos son, por

³ A través del concepto de “*avant-dire le droit*”, el autor citado introduce el problema de lo que está antes, digamos en la antesala, de los procesos de producción de las normas jurídicas (Arnaud, 1981).

cierto, los componentes básicos de todo régimen expropiatorio, al menos desde la Edad Media.⁴ Comencemos por lo que parece demasiado simple e incluso pueril: dejando de lado el valor simbólico de las cosas, lo que está en juego en la expropiación es, primero que nada, dinero.⁵ De hecho, la primera conclusión de nuestras investigaciones es que, en América Latina, la indemnización (tanto el monto a pagar como el tiempo en que ha de pagarse) es la mayor fuente de los conflictos suscitados por las expropiaciones. No es que sea el único tema importante ni la única fuente de conflictos, porque ya veremos que hay otros, pero sin duda es el más generalizado.

Más adelante me refiero al modo en que el campo jurídico se hace cargo de este tema. Por ahora señalo solamente tres cuestiones. Primero, existe un alto riesgo de producir un trato desigual entre diferentes categorías de propietarios y ese riesgo tiene una dimensión estructural: los más perjudicados serán los propietarios más débiles: por la urgencia de dinero que los llevará a aceptar indemnizaciones bajas, por la ignorancia acerca de sus derechos y/o por la falta de acceso a servicios legales especializados. El caso de la expropiación para el parque metropolitano de Quito, que describen María Mercedes Maldonado y Diego Isaías Peña en el capítulo séptimo de este libro, y que afectó de manera muy distinta a propietarios con recursos también distintos, ilustra de manera elocuente ese riesgo.

En segundo lugar, existe una considerable incertidumbre acerca del monto que se pagará por un predio urbano en caso de expropiación. Eso que se ha dado en llamar el “contenido

⁴ Para ir directamente a un clásico: véase Gierke, 1995 [1881]. Una introducción histórica más accesible puede encontrarse en Harouel, 2000.

⁵ Poner entre paréntesis la dimensión simbólica de las cosas es, ciertamente, un insulto para la tradición antropológica que, sobre todo en los últimos quince años, ha hecho contribuciones muy importantes al estudio de la propiedad. Aún así, hay momentos en que la vida social está efectivamente regida por la lógica del “equivalente universal” y lo que la gente quiere es que le paguen “valores reales”.

económico de la propiedad” (o sea ¿cuál es el valor del bien expropiado?) no se conoce hasta que ocurre la expropiación; en este sentido, no es exagerado decir que la expropiación produce a la propiedad. Cuando lo expropiado sólo vale como una mercancía (insisto, dejando de lado su valor simbólico) el dueño sabe lo que tiene sólo cuando recibe la indemnización.

Finalmente, el problema de la indemnización no se presenta igual en todos los países. En un extremo destaca la tradición autoritaria de Brasil y México, donde a lo largo del siglo XX fueron extraordinariamente erráticos no sólo el monto de las indemnizaciones sino sobre todo el retraso con el que se pagaban. Durante el largo periodo de la posrevolución mexicana, esto no fue un gran problema, ya que parte de la legitimidad del régimen derivaba del reparto agrario, que se hizo precisamente a través de la expropiación. En el otro extremo está el caso de Colombia, donde los niveles de indemnización parecen ser más estables y, sobre todo, donde no hay retrasos considerables en el pago.

El segundo aspecto de la expropiación es lo que en el derecho mexicano se conoce como la “causa de utilidad pública”, que aquí designaremos como el *propósito* que persigue la expropiación. Lo que está en juego, dicho de una manera genérica, es justificar la supresión de la propiedad. Se trata de determinar para qué finalidades específicas se utiliza el poder expropiatorio, así como qué propósitos justifican su legitimidad.

En el medio urbano, los propósitos de la expropiación se pueden dividir en cuatro categorías: la creación de bienes públicos, la distribución de la riqueza urbana, la promoción del desarrollo económico y la regularización de la tenencia de la tierra. La creación de bienes públicos es la justificación más ampliamente aceptada para expropiar. No me refiero únicamente a los bienes públicos “puros” del lenguaje económico, sino a cualquier estructura física que está, en principio, abierta para el uso de todos. En prácticamente todas las ciudades del mundo se realizan expropiaciones para abrir calles, crear parques, tender

redes de infraestructura y un largo etcétera. La lista puede incluir equipamientos hospitalarios y educativos, así como bienes menos públicos (pero de “interés social”) como las unidades habitacionales. Eso ocurre igual en las ciudades latinoamericanas, salvo muy contadas excepciones.⁶

Aún así, la legitimidad de las obras puede variar de un contexto a otro. Un caso de notable legitimidad es el sistema de transporte conocido como “Transmilenio”, en Bogotá, que se convirtió en un emblema del valor del espacio público y de los bienes colectivos, asociado a un proyecto general de recuperación de la ciudad en el que una sucesión de gobiernos municipales logró movilizar a amplios sectores sociales. En ese contexto, las expropiaciones para la ampliación de la red de ese sistema de transporte han tenido una alta legitimidad. De los cinco casos que cubre este libro, el de Bogotá es el que muestra la mayor legitimidad en el uso de la expropiación, lo que de entrada debiera ser una llamada de atención para quienes asocian a la expropiación con los regímenes de izquierda.

No se puede decir lo mismo del programa de autopistas de peaje que promovió el gobierno militar Argentino a finales de la década de 1970 para la zona metropolitana de Buenos Aires, que muy pronto devino en un fiasco financiero, por lo que quedó inconcluso, dejando entre sus secuelas a un gran número de litigios sobre predios que habían sido incluidos en él, pero cuyas expropiaciones no fueron consumadas, como lo muestran Juan Duarte, Ángela Oyhandy y Melinda Maldonado en los capítulos primero y segundo.

Pero no sólo las dictaduras hacen un uso errático del poder expropiatorio. En el capítulo tercero, Emilio Haddad y Cacilda Lopes dos Santos formulan una severa crítica al modo en que se

⁶ A lo largo de la investigación hemos podido detectar que Guatemala aparece como una gran excepción: ahí la expropiación no está entre los instrumentos que utilizan los gobiernos locales. ¿Cómo se crean bienes públicos tan elementales como las calles? Acaso esa sea una de las preguntas de un futuro proyecto de investigación.

recurre a la expropiación fuera de los marcos de la planeación urbana en São Paulo. Y es que hoy en día, desde los tres niveles de gobierno se emprenden proyectos de infraestructura, cuya realización implica la expropiación de predios, sin que tales proyectos estén previstos en los respectivos planes de desarrollo urbano. Lo mismo ocurre en la ciudad de México con el proyecto de la Supervía Poniente, una autopista de cuota que, entre 2010 y 2011, generó una muy intensa protesta social. Esto representa un problema desde el punto de vista de la definición del interés público. Las leyes actuales en materia de planeación tienden a abrir espacios de participación social como parte de los procesos de planeación. Y es ahí donde es posible discutir colectivamente la imagen a la que se aspira para la ciudad. Sin embargo, los planes que de ese modo se aprueban suelen contener exclusivamente las reglas de uso del suelo aplicables a los predios, dejando fuera nada menos que la formación de la red vial. Así, los gobiernos pueden emprender grandes obras de infraestructura sin necesidad de hacer consultas que las legitimen, dado que los procedimientos de consulta pública sólo aplican a los usos del suelo.

Lo anterior significa que no todas las obras públicas para las que se hacen expropiaciones gozan del mismo grado de legitimidad. De hecho, las grandes infraestructuras provocan cada vez mayor oposición social.⁷ El ejemplo más relevante de la primera década del siglo XXI fue la suspensión del proyecto de un nuevo aeropuerto para la ciudad de México, que implicaba la expropiación de más de cinco mil hectáreas a diversas comunidades campesinas, entre ellas San Salvador Atenco, que hoy es célebre precisamente por haberse opuesto exitosamente al proyecto. La protesta que condujo al abandono de lo que era la obra de infraestructura más importante del gobierno de Vicente

⁷ Un ejemplo del modo en que la propia investigación social se solidariza con la causa de los propietarios frente a ese tipo de expropiaciones puede verse en Cavaillé, 1999.

Fox tenía ingredientes muy particulares, que sería largo reseñar aquí.⁸ Sin embargo, el caso no debe verse como una anomalía sino como signo del malestar social que provocan las grandes infraestructuras en muchas partes del mundo.

No cabe duda que la reivindicación ambiental ha tomado fuerza en muchos países de América Latina y que la oposición a las grandes infraestructuras es una de sus manifestaciones más evidentes, en muchos casos sin duda para bien. También es cierto que la mayor parte de las movilizaciones sociales de ese tipo tienen lugar en el mundo rural y que las obras que mayor oposición despiertan son las presas.⁹ Pero lo cierto es que, a pesar de su distancia respecto de los centros urbanos, estos últimos están entre los principales beneficiarios de esas infraestructuras.¹⁰ Lo que está en juego es nada menos que el modelo de aprovechamiento de los recursos naturales que sostiene la vida urbana tal como la conocemos.

En suma, si bien es verdad que en los centros urbanos las expropiaciones que tienen por objeto la creación de bienes públicos pueden gozar de gran legitimidad, ello ya no es tan cierto cuando se trata de una escala mayor, donde las dimensiones de la intervención estatal sobre el territorio y sus efectos sobre las comunidades locales constituye uno de los grandes ejes de conflicto en las sociedades modernas.

Existe una segunda categoría de expropiaciones, que son las que se hacen con fines abiertamente redistributivos y que en el medio urbano pueden adoptar dos modalidades: la que afecta terrenos de la periferia urbana para crear nuevos espacios urbanos y dotar de lotes a personas de escasos recursos, y la más drástica, que consiste en expropiar edificios de

⁸ Mi interpretación del caso está en Azuela, 2011.

⁹ Cernea y McDowell, 2000; Cernea, 2003.

¹⁰ No obstante, no hay que olvidar que gran parte de las infraestructuras hidráulicas están destinadas al riego agrícola, que suele ser el principal consumidor de agua, muy por encima de lo que consumen los centros urbanos.

departamentos para entregarlos en propiedad a quienes los ocupan como inquilinos. Para muchos, se trata de algo superado que sólo se conjuga bien con “populismo” y “demagogia”. Como se explica en el capítulo octavo, en el México posrevolucionario hubo una época, a mediados de la década de 1940, en la que se expropiaban tierras en la periferia de la ciudad capital para entregar lotes a quienes no tuviesen otra opción habitacional. A pesar de que esas “colonias proletarias” llegaron a constituir más de un centenar de barrios, dejaron de promoverse, entre otras cosas, por que la Suprema Corte de Justicia resolvió que tal propósito era inconstitucional. Más allá del argumento jurídico, no deja de llamar la atención que, mientras esas expropiaciones “justicieras” se proscribieron, nunca se vio problema alguno en expropiar para construir grandes unidades habitacionales. Como si la aparatosa mediación de la industria de la construcción y la promoción inmobiliaria fuera suficiente para quitarle al acto expropiatorio un carácter redistributivo, cuando no tiene como finalidad crear un bien público sino beneficiar a un sector social que, a través del mercado, tendría pocas oportunidades de acceder a una vivienda.

El caso más conspicuo de expropiaciones justicieras en el medio urbano latinoamericano en la actualidad es el de Venezuela. En un trabajo que publicamos por separado¹¹ se presenta un recuento del proceso de la Ley Especial de Tierras Urbanas de 2009 y de las expropiaciones de edificios de apartamentos que fueron promovidas por la Alcaldía Metropolitana de Caracas en 2008. Lo interesante de ese caso, para efectos de este estudio, es observar qué es lo que éstas “activaron” en la sociedad venezolana. En un contexto de extrema polarización política, cuando lo que parecía estar en juego era nada menos que la institución de la propiedad privada, ninguno de los partidos

¹¹ Azuela, Antonio “Cultura jurídica y propiedad urbana en Venezuela. Caracas y las expropiaciones de la era del chavismo entre 2000 y 2009”. *Politeia*, núm. 46, vol. 34, primer semestre de 2011.

políticos del campo antichavista se movilizó claramente en defensa de la misma. Por un lado, el tema fue sistemáticamente evadido por la oposición política que, por cierto, conquistó la alcaldía metropolitana a finales de 2009; por el otro, el reporte de una influyente ONG dedicada a derechos humanos (con sede en Nueva York) fue dedicado a los derechos laborales, evitando elegantemente las expropiaciones, que habían sido uno de los temas más polémicos de la vida pública venezolana. Pareciera que el tema es demasiado comprometedor como para convertirlo en parte explícita de la agenda política.

El hecho es que, cuando se discute el caso venezolano, inmediatamente aparece el tema de Hugo Chávez y desaparece el de una política urbana redistributiva. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es preocupante que, al personalizar la discusión, se pierde la oportunidad de debatir en torno a la viabilidad de políticas abiertamente redistributivas que tengan por objeto nada menos que el territorio, y que pasan necesariamente por la propiedad.

Más allá de las diferencias que existen entre los casos y los momentos históricos, lo que está en juego en las expropiaciones destinadas a distribuir terrenos entre los pobres es lo mismo: se trata del lugar de lo popular —o, si se quiere, de las masas— en el orden social urbano. Si “el pueblo” aparece como una categoría clara y perfectamente manejable en el pensamiento constitucional, como la fuente de la soberanía, el pueblo realmente existente en las ciudades latinoamericanas (ése que vive en unos lugares que parecen horribles incluso para algunos círculos “progresistas”) es un universo social cuya relación con el resto de la sociedad ha sido siempre problemática. Uno de los mecanismos específicos de esa relación es el acceso al suelo donde vive la gente y es evidente que no es lo mismo conseguir un lugar donde vivir mediante la ocupación directa o la

compra (“ilegal”)¹² de un lote, que recibirlo de manera formal de un órgano del estado. Acceder al suelo significa siempre relacionarse de alguna manera con el orden estatal, ya sea como referente de una política de erradicación, como beneficiario de lo que se construye como una dádiva, o como propietario que puede exigir al gobierno que le proteja sus derechos adquiridos en el mercado.

Las elites latinoamericanas siempre han tenido problemas para reconocer un lugar específico a los sectores populares urbanos, y por lo general han preferido impulsar políticas de “redención” social que tienen por objeto convertir a los sujetos populares en ciudadanos ejemplares. Hoy en día, el discurso de la “construcción de ciudadanía” aparece como parte de las agendas de las ONG mejor intencionadas con las mismas implicaciones, y se ha vuelto políticamente incorrecta toda mención al uso de la expropiación con fines de redistribución social. Con todo, el tema sigue ahí y no sólo en el activismo de Hugo Chávez, sino también, como se muestra el capítulo sexto, en la reciente legislación ecuatoriana que prevé la expropiación de terrenos para ser entregados a cooperativas de vivienda.¹³

La tercera categoría corresponde a las expropiaciones que persiguen la promoción del desarrollo económico. No se trata, exclusiva o predominantemente, de crear bienes públicos sino de crear las condiciones para impulsar la actividad económica en beneficio de una ciudad o una región. Es el caso, por ejemplo, de los polos industriales. Las expropiaciones dirigidas a ese propósito suelen traer consigo que al menos una parte de la tierra expropiada termine siendo propiedad de otra persona y no propiedad pública. En 2005, la Suprema Corte de Estados

¹² El uso de las comillas se debe a que, en muchos casos, es posible argumentar que quien está cometiendo un acto ilegal es quien vende, no quien compra tierra urbana para satisfacer una necesidad básica.

¹³ En la bibliografía sociológica el tema de lo popular vuelve a tomar fuerza en América Latina, precisamente en torno a los barrios que alojan a los sectores más vulnerables. Para el tema urbano, véase Merklen, 2010.

Unidos resolvió el célebre caso de *Kelo vs. New London*, donde encontró que no era inconstitucional una expropiación con fines de desarrollo económico, aunque parte de la tierra terminara en manos privadas, siempre que la legislación estatal lo hubiera autorizado, en un acto notable de deferencia hacia un poder democráticamente electo, por cierto. La reacción que desató esa sentencia consistió en una movilización (en la que coincidían posiciones de izquierda y de derecha), que a su vez provocó la adopción de medidas en contra de ese tipo de expropiaciones en más de veinte de los estados de la unión americana (Jacobs, 2010).

Esta breve referencia al caso *Kelo* tiene por objeto llamar la atención sobre el hecho de que el problema que ahí se aborda no aparece entre los que suscita la expropiación en América Latina. Al menos en los cinco casos que cubrimos en este libro, no parece haber la menor inconformidad con ese asunto, lo que nos permite descartar la idea de una “americanización” del derecho en nuestra región.¹⁴ Incluso antes de considerar lo que ocurre dentro del mundo del derecho, lo que quiero destacar aquí es que los problemas que se reconocen en el espacio público a propósito de la expropiación, son definidos como resultado de procesos propios de cada sociedad, e incluso de cada ciudad.

Lo anterior no significa que no haya convergencias relevantes entre los casos. Hay temas que, a pesar de presentarse de manera diferente de un país a otro, son de interés común. Además del que he señalado en torno a lo popular, está el cuarto propósito para el que se pueden hacer expropiaciones: la regularización de la tenencia de la tierra. Uno de los resultados más interesantes que surge de la simple comparación entre nuestros cinco casos, es que hay una diferencia muy marcada respecto del uso de la

¹⁴ El único ejemplo relevante que encontramos en América Latina y el Caribe a lo largo de nuestra investigación, que es una excepción a lo afirmado, lo constituye (acaso no por casualidad) Puerto Rico. Véase Morales-Cruz, 2007.

expropiación para regularizar la tenencia de quienes viven en los así llamados “asentamientos humanos irregulares”. En los medios profesionales y académicos vinculados a los temas urbanos, todo el mundo parece estar de acuerdo en que es necesario algún tipo de regularización, aunque la gran discusión es si ella debe hacerse otorgando títulos individuales de plena propiedad o buscando alternativas a los mismos; lo que no suele discutirse es si la expropiación es un mecanismo idóneo para ello. De entrada, es interesante observar el contraste entre México, que la ha usado por décadas y Colombia, donde prácticamente no se ha recurrido a ella.

Además, es interesante constatar que la expropiación se ha utilizado para dicho propósito en la provincia de Buenos Aires, a partir de la vuelta de la democracia, desde la década de 1980. En el capítulo primero, Juan Duarte y Ángela Oyhandy dan cuenta de las condiciones socio-políticas en las cuales ello ha tenido lugar. El hecho de que, por disposición constitucional, en Argentina las expropiaciones generalmente tienen que ser decretadas por el poder legislativo, hace posible que los partidos políticos utilicen ese espacio para promoverlas. El resultado es que se han decretado cientos de expropiaciones con el objeto de detener las acciones promovidas ante el poder judicial por los propietarios afectados por las ocupaciones. Estamos ante una configuración muy interesante, que no hemos encontrado en otras ciudades latinoamericanas, en la que el espacio de la representación política se usa para proteger la tenencia de la tierra de grupos populares, con lo que, al menos potencialmente, se produce un conflicto con el poder judicial, que en principio tiende a proteger al propietario.

Aunque el contexto político y jurídico dentro del que tiene lugar la gestión urbana en Argentina pueda parecer, en general, muy distinto al de México, son éstos los únicos países donde encontramos el uso de la expropiación para regularizar la tenencia de la tierra. En el caso mexicano, el uso de la expropiación para la regularización, que se generalizó en los años setenta, se vio

como algo “natural”, dado que fue un instrumento fundamental en el periodo posrevolucionario. Además, en el contexto de un intenso proceso de urbanización, la entrega de títulos aparecía como un acto de justicia social,¹⁵ y por lo tanto nadie se preguntaba si era correcto utilizar la expropiación para ello. Lo que es preciso destacar es que al emprender un procedimiento expropiatorio forzosamente aparece en escena el propietario. Independientemente del tratamiento jurídico de que él pueda ser objeto (podría aparecer como responsable de la urbanización irregular o bien como su víctima), lo importante es que se le convierte en un actor del proceso de la regularización. Antes de extinguir a la propiedad, la expropiación la revive, la pone en juego. De ese modo, es utilizada como mecanismo de mediación estatal entre el propietario original y los nuevos ocupantes de la tierra. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

En todo caso, se trata de una cuestión abierta. Como lo explican Haddad y Lopes dos Santos en el capítulo tercero, en São Paulo se ha comenzado a recurrir a la expropiación como parte de los programas urbanos que ha emprendido en los últimos años el gobierno federal. Obviamente, habrá que esperar la aplicación de esos programas para saber cuál es el balance que se logra entre los intereses del propietario original y los de los habitantes de los barrios.

Ahora bien, además de los dos problemas clásicos que suscita la expropiación (el propósito que la justifica y las condiciones de la indemnización), en nuestras investigaciones ha aparecido otro que vale la pena destacar. Se trata del hecho de que, en algunos casos, los propietarios afectados no son los rentistas o especuladores que se suele tener en mente cuando sólo se piensa en la nobleza de los propósitos de la expropiación. En el caso

¹⁵ Los presidentes mexicanos (incluido Vicente Fox) solían presidir grandes concentraciones de masas donde se entregaban los títulos de propiedad, dentro de una carpeta con el escudo nacional y el nombre del propio presidente. El carácter dadivoso del rito no podía ser más evidente.

de Bogotá, Maldonado nos hace ver que, en los programas de renovación urbana, los propietarios afectados son residentes de muchos años y, en algunas ocasiones, tienen negocios que dependen de una clientela local. En esos casos, el valor comercial de los bienes expropiados, incluso con avalúos relativamente generosos, no son suficientes para compensar adecuadamente lo que los afectados pierden con la expropiación. Aún sin considerar la ruptura del tejido social que producen esos proyectos, que es algo real pero difícil de ponderar a la hora de calcular la indemnización, es evidente que hay propietarios que son mucho más vulnerables que otros a la expropiación. Y no hay que caer en sentimentalismos para reconocer en el barrio a figuras como el carpintero, el zapatero, o la señora que “aplica mascarillas”, que al ser expropiados ven cortada de tajo la actividad de la que han vivido, porque ésta depende de un vecindario que está por desaparecer.

Obviamente, el equivalente de los sectores vulnerables en el mundo rural recibe mucha más atención, es decir, la comunidad campesina o el pueblo indígena, cuya relación con la tierra llega a tener un carácter sagrado. En las ciudades el asunto parece más mundano, pero afecta a muchas personas, sobre todo cuando se aceleran los procesos de transformación urbana conocidos como “gentrificación”. En todo caso, esto añade un problema más a la agenda de la que los juristas tendrían que hacerse cargo. Porque ya no se trata de “la propiedad” como categoría abstracta, sino de un tipo especial de propietarios, que se distinguen del resto por su vulnerabilidad.

Hasta aquí he tratado de mostrar que son muchas y muy relevantes las cosas que están en juego con el uso de la expropiación en las ciudades latinoamericanas, entre otras: que la idea del “interés público”, sobre todo cuando se trata de grandes obras de infraestructura, ya no es objeto de una aprobación unánime, sino que provoca un intenso debate sobre nada menos que el modo en que usamos los recursos naturales y el territorio para satisfacer las necesidades de la vida urbana; que el uso de la expropiación

para distribuir la riqueza no sólo no está resuelto, sino que trae a cuento el viejo tema del lugar de los sectores populares en el orden urbano; que cuando se trata de la regularización de la tenencia de la tierra no se ha discutido la pertinencia del uso de la expropiación como el mecanismo más idóneo; que un asunto, ciertamente vulgar, o sea el de la cantidad de dinero que tiene que pagarse para compensar una expropiación, es una de las fuentes más importantes de conflicto en torno a las expropiaciones; que existen sectores sociales cuya vulnerabilidad frente a la expropiación los hace muy diferentes a otras categorías de propietarios, lo que nos obliga a reconsiderar nada menos que el principio de igualdad ante la ley. Todo ello debería ser motivo de preocupación para los juristas y los operadores del derecho.

Antes de revisar el modo en que esas y otras cuestiones son procesadas en el campo jurídico, hay que hacer notar que, al observar la expropiación tal como se da en la práctica, no solamente vemos “conductas” que podemos confrontar con ciertos marcos normativos (como las constituciones) para emitir un juicio sobre ellas o sobre dichos marcos normativos. Lo que tenemos frente a nosotros son las prácticas por medio de las cuales se (re)produce, al mismo tiempo, tanto la propiedad como el estado. Porque ninguna de esas dos grandes instituciones existe *per se*, fuera de la acción social. Siguiendo una tradición sociológica ampliamente consolidada, hay que recordar que es la práctica social la que produce de manera continua las instituciones (Giddens, 1979). Así, cada que se produce una expropiación, se redefine la relación entre la propiedad y el estado, tal como se vive localmente. A veces sólo se modifica ligeramente; a veces, acaso las menos, se modifica, y otras se establecen los términos de la modificación. Y al modificarse las relaciones de propiedad, aunque sea sólo un poco, se transforma también el estado; porque este último está formado, entre otras cosas, a partir del arreglo de la propiedad.

No costará trabajo entender, después de leer este libro, que en el caso mexicano el estado posrevolucionario se construyó

a punta de expropiaciones, y que eso significa que en cada una de ellas, al tiempo en que se constituía un nuevo propietario, se colocaba una piedra más de ese edificio que llamamos estado. El reto para las ciencias sociales será, en sociedades predominantemente urbanas, el determinar de qué manera cada acto expropiatorio (que es una expresión de soberanía, si las hay) contribuye también a la formación del estado; de un estado cuyas nuevas configuraciones no conocemos con la suficiente precisión. De un estado que es, como la sociedad que le da sustento, predominantemente urbano.

... Y SU PASO POR EL CAMPO JURÍDICO

Hasta aquí me he referido a lo que suscita la expropiación como cuestiones “pre-jurídicas”. Es decir, a los temas, tal como los puede expresar cualquier actor social, como participante o como observador. Son los temas que sin tener una forma jurídica interpelan, desde fuera, al mundo del derecho. En lo que sigue me ocuparé del modo en que esos temas son procesados en el campo jurídico. Siguiendo la tradición de Bourdieu, concibo a dicho campo como a un sistema de actores que disputan una forma específica de capital;¹⁶ en nuestro caso, lo que está en disputa es la autoridad jurídica, es decir, la capacidad de imponer legítimamente una versión de lo que “es” el derecho. Lo interesante aquí es determinar qué es lo que añade (o suprime) el tratamiento jurídico de los problemas, respecto de la forma en que son expresados o experimentados por los actores situados fuera de dicho campo. En otras palabras, se trata de preguntarnos sobre la juridificación de ciertos conflictos, en este caso, de los derivados de la expropiación.

¹⁶ Sobre la aplicación del concepto de campo social al mundo del derecho véase, entre otros, Bourdieu, 1986; Madsen y Dezelay, 2002; García-Villegas, 2009.

Más que concentrarme en los actores del campo, tomaré como eje del análisis el *sentido del proceso*; es decir, el modo en que los temas que ingresan al campo jurídico son transformados a través de los procedimientos, para reaparecer en el espacio público de la sociedad como “soluciones jurídicas” a dichos temas. ¿Cómo es que esos temas son registrados y clasificados por los legisladores y/o los operadores del derecho? ¿Cómo es que el derecho (visto *no* como conjunto de normas, sino como conjunto de prácticas normativas) transforma (transfigura, y a veces desfigura) el conflicto que desde fuera se ve de cierta manera?

Hay que comenzar recordando la diversidad de procesos que caracterizan al campo jurídico (desde los constitucionales hasta los jurisdiccionales, pasando por los legislativos y los administrativos). En lo que toca a la expropiación, en el ámbito constitucional latinoamericano de las últimas décadas destacan dos cuestiones: la discusión sobre el estatuto de la propiedad y las relaciones entre niveles y ramas gubernamentales.

Aunque en América Latina los constitucionalistas parecen haberlo olvidado, la propiedad es uno de los temas centrales de cualquier orden constitucional. En muchos de los procesos de reforma constitucional en América Latina, que como se sabe han sido parte de las transformaciones de los regímenes políticos en la región, el tema de la propiedad ha estado presente. Sin duda los casos de Brasil (1988) y Colombia (1991) son los más notables. En Brasil, la introducción de la idea de la función social de la propiedad, como principio que organiza la ordenación urbana, constituye el fundamento para una nueva relación entre estado y propietarios en el proceso de urbanización. Las consecuencias de esto en materia de expropiación son importantes, pero acaso lo más interesante es que el nuevo régimen prevé la expropiación como sanción al propietario por no cumplir la función social de la propiedad, tal como la señalan los instrumentos de planeación correspondientes.

En el caso de Colombia, lo más notable es que la propiedad ya no es definida como un derecho que podría “tener” una

función social, siguiendo a la vieja doctrina de Duguit (que no discutiremos aquí), establece que la propiedad “es” una función social. Más notable aún resulta el hecho de que las altas cortes de ese país han reforzado los preceptos constitucionales, al determinar de manera explícita que la propiedad no es un derecho fundamental, sino una función social (capítulo cuarto).

Obviamente, no es este el lugar para emprender un análisis constitucional de la cuestión, pero conviene señalar la variedad de situaciones que se documentan en este libro: en México no ha habido cambios relevantes al texto constitucional sobre la propiedad que pudiesen afectar al régimen de la expropiación; en Argentina se da la misma situación, pero debido a una especie de tabú, dado que la idea de la función social (que fue parte del texto constitucional entre 1949 y 1955) quedó fuertemente asociada al peronismo; en Ecuador la constitución de 2008 incorporó disposiciones similares a las de Colombia y Brasil. En otras palabras, la cuestión de la propiedad no siempre ingresa la agenda constitucional de las llamadas transiciones democráticas en la región y, cuando lo hizo, no “salió” de la misma manera. Observar esa diversidad es uno de los retos de la investigación jurídica en esta materia.

Por supuesto, el contenido de los textos constitucionales sobre el estatuto de la propiedad no garantiza que los operadores del derecho van a actuar de acuerdo con ellos (y veremos que el caso de Brasil es el mejor ejemplo de ello). No obstante, su sola existencia representa la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias, su invocación pueda llegar a ser definitiva en el desenlace de un conflicto.¹⁷

Ahora bien, las disposiciones constitucionales que afectan a la expropiación no son solamente las que la mencionan expresamente o las que definen a la propiedad. También han jugado un papel importante los cambios relativos a la distribución de

¹⁷ El problema de la investigación socio-jurídica es, precisamente, el de determinar cuáles son esas condiciones.

competencias entre órdenes de gobierno (a escala subnacional), así como a la relación entre los poderes ejecutivos y los judiciales. Se sabe que la descentralización ha sido uno de los grandes temas de las transformaciones del estado en la región; y las consecuencias de ello en el régimen de la expropiación han sido clarísimas: en los casos de Colombia y Brasil, se han traducido en un fortalecimiento del poder expropiatorio de los gobiernos municipales. En México, el cambio más importante ocurrió en la capital del país en 1996, con la supresión del sistema de gobierno local designado por el presidente de la república, a un sistema de jefe de gobierno electo por voto universal. En el capítulo octavo se analiza cómo es que este nuevo orden de gobierno (que desde 1997 ha estado en manos de la oposición al partido que controla el gobierno nacional) ha tenido que “ganarse” el poder expropiatorio después de un doloroso proceso de aprendizaje.

Ciertamente, la expropiación es una parte fundamental de la agenda política que da contenido a las transformaciones generales de la estructura del estado. Y esto no se refiere únicamente a la situación de los niveles subnacionales de gobierno, sino también al lugar del poder judicial. En la mayor parte de los países que cubre este libro se ha seguido la tradición francesa, en la que el procedimiento expropiatorio lo inicia una autoridad administrativa y lo culmina un juez, que tiene como función principal la de fijar la indemnización, pero que no puede juzgar la pertinencia de la causa de utilidad pública invocada por la autoridad para justificar la expropiación. Los dos regímenes que contrastan con ese esquema son el de México y el de Argentina. En el primero, el procedimiento está enteramente en manos de la administración, que con un solo decreto del poder ejecutivo produce la transmisión de la propiedad (aunque ningún juez participa en el proceso, un juez federal lo puede anular en juicio de amparo y es frecuente que lo haga descalificando la causa de utilidad pública invocada). En cambio, en Argentina es el poder

legislativo quien decreta la mayoría de las expropiaciones, con lo que el tema se vuelve mucho más claramente político.

Es claro, entonces, que los cambios generales del orden constitucional pueden modificar las condiciones del ejercicio del poder expropiatorio, aunque no haya sido ese su propósito fundamental. Pero más interesante aún es preguntarse si no ocurre también el proceso inverso; es decir, si los cambios en la práctica expropiatoria no podrían tener efectos en el propio orden constitucional. Como se verá después, una observación atenta de dicha práctica puede llevarnos a plantear esa posibilidad.

Veamos ahora el modo en que los conflictos derivados de expropiaciones son procesados en el poder judicial, que es el espacio por excelencia del campo jurídico.¹⁸ La tesis general que puede sostenerse es que los procedimientos jurisdiccionales con frecuencia agravan, lejos de resolver, dichos conflictos. Si bien algunos de estos pueden ser verdaderamente arduos para el juzgador, en muchos casos se trata de conflictos que no parecerían ser particularmente complejos. Otra vez, la primera cuestión que está en juego es el monto de la indemnización que ha de recibir el propietario afectado por una expropiación. Además de ser el problema que atrae mayor actividad jurisdiccional, es el que produce mayor incertidumbre a todos los actores.

Además de los sesgos ideológicos que puedan caracterizar a la actividad judicial, está el complejo tema de los avalúos, que como ha dicho Cacilda Lopes dos Santos, es una verdadera “caja negra” para los jueces (dos Santos, 2009). De aquí podríamos pasar al tema de la incertidumbre propia del derecho moderno e incluso a establecer paralelos entre la experiencia jurídica y la sociedad del riesgo, con Anthony Giddens, Ulrich Beck y todo

¹⁸ Esto es así porque, al contrario de lo que ocurre en el poder legislativo (donde el derecho debe someterse a la política) y en el ejecutivo (donde debe someterse a las políticas), el razonamiento jurídico es la única, o al menos la más importante, fuente de legitimidad del ejercicio del poder.

el desfile de la sociología contemporánea. Pero antes de llegar a esas profundidades hay que reconocer que estamos ante algo más pueril, que es la dificultad que tienen muchos jueces para comprender la lógica propia de los argumentos del perito (que está o debería estar detrás de la “cifra final” que indica el valor de un predio), lo que se ve agravado por la dificultad que tienen muchos peritos para expresarse en un lenguaje comprensible. El resultado es que el juez da por buena casi cualquier cosa que le proponga el perito, o bien recurre a procedimientos arbitrarios, como el de decidir por el promedio entre el avalúo más alto y el más bajo.

Los autores de este libro coinciden en que los jueces tienden a otorgar a los propietarios afectados indemnizaciones mayores a las que suelen determinar los peritos cuando tratan de determinar el valor comercial del bien expropiado, lo que se explicaría sobre todo por la ideología conservadora que prevalece en el medio judicial. Evidentemente, no faltará quien, simpatizando con la profesión judicial, diga que al contrario, que los jueces son la única defensa que tienen las víctimas de los abusos de la autoridad. En todo caso, en los diferentes capítulos del libro¹⁹ hay un esfuerzo importante por documentar esta tendencia de la manera más completa posible y el lector podrá encontrar muchos indicios, e incluso claras evidencias, que apuntan hacia la primera hipótesis: desde casos individuales que provocaron escándalos públicos, como el del Paraje San Juan, en la ciudad de México, hasta procesos de carácter más general como la de los *precatórios* en Brasil, donde las resoluciones judiciales provocaron una verdadera crisis fiscal en varios municipios del estado de São Paulo (Maricato, 2000), pasando por casos menos conocidos, como el de la familia Salvador Chiriboga, que surgió de una expropiación para crear un parque metropolitano en Quito y

¹⁹ El obstáculo más importante a este respecto, además de la falta de información, radica en la dificultad de confirmar cuál sería “el valor correcto” en cada caso y, de ahí, hacer inferencias estadísticamente significativas.

que llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin aclarar siquiera cuál fue el criterio que siguió para determinar la indemnización, la Corte terminó otorgando una que resulta injustificadamente alta, recurriendo al penoso expediente de promediar los avalúos de las partes en conflicto.²⁰

Frente este panorama, es notable la indiferencia generalizada que muestran los juristas ante el tema. Salvo un trabajo de Sonia Rabello (2007), que moviliza argumentos jurídicos sumamente originales para poner en duda los criterios hasta ahora utilizados para determinar la indemnización, no hemos podido encontrar análisis jurídicos relevantes sobre el tema. No se sabe si es la proverbial incompetencia del gremio cuando se trata de números, o de un desprecio por “cuestiones de dinero”, que sin duda resultan vulgares en comparación con la grandeza de la retórica jurídica —ya sea sobre las libertades humanas o sobre la función social de la propiedad. El caso es que parece existir una incapacidad, tanto de los analistas como de los operadores del derecho, para encontrar (y sobre todo para explicar) el por qué de un monto de indemnización en comparación con otro. Cualquiera que observa de cerca la forma en que se decide ese monto, se queda con la impresión de que no es el juez quien está decidiendo. Desde luego, también está el caso del juez que, ignorando lo que le propone el perito, fija arbitrariamente la indemnización. Y no se sabe cuál de los dos escenarios es más preocupante.

Sería imposible examinar aquí todos los problemas que suscita la determinación de la indemnización, baste con señalar un hecho que nos permite ilustrar la idea de que la práctica de la expropiación también repercute en procesos constitucionales más generales: como se explica en el capítulo tres, en el caso de Brasil, la crisis de los *precatórios* condujo a una reforma constitu-

²⁰ Esa es la crítica que hicieron los votos concurrentes que formularon los tres miembros de la CIDH que quedaron en minoría, como lo documenta ampliamente María Mercedes Maldonado en el capítulo siete.

cional en 2009, que significó nada menos que una prórroga más para el pago de las deudas que habían acumulado los gobiernos locales, entre las cuales figuran las derivadas de expropiaciones. ¿Es la constitución lo que rige a la práctica o es al revés?

Consideremos ahora el modo en que las causas de utilidad pública son procesadas en los poderes judiciales. En general, así como los jueces latinoamericanos muestran cierta beligerancia en lo que se refiere a la determinación de la indemnización, cuando se trata de considerar la validez de las causas de utilidad pública invocadas para expropiar han sido más bien deferentes, con la clara excepción de México. En este país no hay intervención judicial en el proceso mismo de la expropiación, pero todas las expropiaciones pueden ser cuestionadas por la vía de amparo y los jueces federales son cada vez más exigentes con la autoridad administrativa sobre la necesidad de expresar de manera clara y abundante la causa de utilidad pública; en particular por qué es el bien expropiado, y no otro, el que hay que expropiar.

Un tema en el que se observa una tendencia general es el hecho de que los procesos jurisdiccionales en materia de expropiación prácticamente no registran el creciente malestar social contra las grandes infraestructuras. Presas, aeropuertos, grandes obras viales, instalaciones para el tratamiento de residuos, son motivo de conflicto y movilización social en la región, así como en el resto del mundo; y la expropiación es con frecuencia el instrumento legal para llevarlas a cabo. El hecho de que esa inconformidad no se manifieste en los procedimientos jurídicos se explica, en muchos casos, por las limitaciones para el acceso a la justicia que establecen las legislaciones procesales, sobre todo debido a una definición restringida del “interés jurídico” de los sujetos para poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales. En todo caso, se trata de un notable contraste entre lo que circula en el espacio público y lo que circula en el mundo del derecho. Una vez más, no hay espacio aquí para entrar a la discusión sociológica que esto puede

provocar,²¹ pero es importante señalar que una parte importante de la conflictividad social no es procesada jurídicamente.

Las expropiaciones para regularizar la tenencia de la tierra son particularmente interesantes en este contexto. No únicamente por el hecho, ya mencionado, de que su uso no es generalizado en las ciudades latinoamericanas, sino también por que los jueces rara vez se hacen cargo de lo que ella implica. Quizás el único caso de una sentencia que explícitamente se pronuncia sobre la legitimidad de la regularización como causa de utilidad pública sea el que consignan, para la provincia de Buenos Aires, Angela Oyhandy y Melinda Maldonado en el capítulo segundo. Pero lo más interesante de esta cuestión es que, mientras los jueces suelen ser criticados por ser demasiado fieles a la tradición “civilista”, cuando reconocen la legitimidad del uso de la expropiación para regularizar en realidad se están apartando de una de las figuras propias del derecho civil: la prescripción adquisitiva. Efectivamente, ese tipo de expropiaciones lo que hacen es interrumpir, en perjuicio de los habitantes de los barrios “irregulares” (que por lo general son los grupos más vulnerables de la sociedad), el proceso que les permitiría llegar a convertirse en propietarios a partir de su posesión. Se sabe que, en realidad, la prescripción adquisitiva o *usucapión* no es una opción a la que tengan acceso los pobres de las ciudades, por razones que sería largo explicar aquí. Lo que sí es un hecho es que, al expropiar, lo que se hace es reconocer a alguien como propietario, y eso implica poner al poseedor en una situación de vulnerabilidad, parecida a la del primer día en que ocupó su terreno.

²¹ Me refiero, en particular, a la posibilidad de usar este ejemplo para argumentar, desde la teoría de los sistemas, que el derecho es un sistema “autopoietico”, cuya lógica le impide hacerse cargo de muchos problemas sociales. El problema aquí es que las definiciones de interés jurídico pueden cambiar de un momento a otro y, con ello, cambian radicalmente las posibilidades para el procesamiento de diversos malestares sociales como problemas jurídicos.

De hecho, hay casos notables en los que el propietario original, que será el beneficiado con una indemnización, resulta convenientemente invisibilizado. Esto se ve claramente en el caso del Paraje San Juan, en la ciudad de México, donde el juez no sólo otorgó a los herederos del propietario original de un área urbana que se había formado durante más de medio siglo, donde ahora radicaban más de cincuenta mil personas (grandes avenidas, pizzerías, escuelas de Tae Kwon Do, etc.), una indemnización que se calculó tomando en cuenta el valor presente de todas las edificaciones del área. Sobre todo, el juez nunca se preguntó qué había hecho aquél propietario respecto de la urbanización de sus terrenos. No se puede saber, porque el asunto no aparece en “el expediente”, si pasó por alto su responsabilidad en la urbanización o consideró que había sido víctima de una invasión; lo que es cierto es que ignoró la regla, proveniente de la tradición del derecho civil, que permite a un poseedor convertirse en propietario. El juez se limitó a seguir lo que el decreto expropiatorio de la administración había iniciado: la restauración de unos derechos de propiedad que, con el principio de la prescripción adquisitiva, hubiesen desaparecido cuatro décadas atrás.

No cabe duda que estamos ante un procedimiento de “selección” que es parte de la operación normal del sistema jurídico. No deja de ser paradójico el hecho de que, para proteger a la propiedad privada, haya que dejar en la penumbra al propietario. Este deja de ser una persona de carne y hueso que ha hecho (o no) algo con su terreno, para convertirse en una simple categoría jurídica; un “agraviado” por la expropiación. Ese “subregistro” está seguramente relacionado con otro, que no quiere reconocer que lo que está en juego es la relación entre un propietario original y los sectores populares de nuestras metrópolis.

La regularización de la tenencia nos permite pasar del tema de las causas de utilidad pública al de los actores afectados por las expropiaciones. Una de las cuestiones que nuestras investigaciones hacen evidente es que resulta totalmente inadecuado

ver al “propietario” como una categoría social que, por definición, obtiene beneficios que deben ser controlados en nombre del interés social. Hay una clase de propietarios que no responden a esa imagen: son quienes tienen como única propiedad la casa o el departamento (o el “conventillo”) donde viven. La inmensa mayoría de quienes están en esa categoría no pertenecen a los sectores privilegiados de la sociedad y seguramente son los más afectados por expropiaciones. No se ha hecho un trabajo estadístico a este respecto, pero parece razonable pensar que la mayor parte de los afectados por expropiaciones no son los dueños de terrenos en la periferia urbana, que casi siempre son muy pocas personas, sino quienes tienen que dejar sus casas para dar paso a obras de infraestructura. El tema es objeto de un tratamiento explícito en el capítulo cuarto, a propósito de los proyectos de renovación urbana en Bogotá, pero obviamente señala un problema general: ¿no debería haber criterios para fijar la indemnización que fuesen más generosos para quien se ve forzado a abandonar su casa para dar paso a una infraestructura que la ciudad necesita?

La única instancia judicial que, hasta donde llega nuestro conocimiento, se ha hecho cargo de la cuestión, ha sido el Tribunal Constitucional de Colombia que, como nos explica el capítulo quinto, en una sentencia del año 2002 determinó que existían diferentes criterios para fijar la indemnización y que uno de ellos era, precisamente, el de la condición del expropiado.²² Es una manera de reconocer, en el mundo del derecho, que el costo social más alto que puede tener una expropiación es, como en el caso de las presas que desplazan poblaciones rurales, el que pagan quienes tienen que dejar el lugar en el que viven para que el estado pueda satisfacer una necesidad de la sociedad en su conjunto.

²² Como se puede apreciar en el capítulo quinto, la sentencia es mucho más que esto. En las ciudades que cubre este libro, se trata sin duda de la resolución jurisdiccional más original sobre el tema en los últimos años.

El carácter único de esa jurisprudencia colombiana puede ser interpretado como una excepción en un panorama desolador. En un ánimo más optimista, podríamos pensarlo como la prueba de que existe una posibilidad real de desarrollar un saber jurídico capaz de hacerse cargo de lo que está en juego a la hora de expropiar.

Por otra parte, conviene destacar un problema que surgió respecto de los casos de México y Brasil: el incumplimiento de las sentencias judiciales por parte de la administración. En México, el problema consiste en que los organismos encargados de llevar a cabo los propósitos de la expropiación ya habían hecho la obra respectiva cuando llegó la resolución judicial que anulaba la expropiación. Este problema de “hechos consumados” provocó nada menos que una disposición específica sobre lo que se denomina “inejecución de sentencia de amparo” en la reforma constitucional de 1994, que fue por cierto la que sentó las bases para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adquiriera el prestigioso estatus de una “corte constitucional”. Esto significa, ni más ni menos, que los problemas derivados de la práctica expropiatoria propician una reforma constitucional que no menciona para nada el tema de la expropiación: se trata del problema de las sentencias de jueces federales que el gobierno se resiste a cumplir. Es el problema de la expropiación formulado en otra clave, la de la relación entre poderes.

En la crisis de los *precatórios* se trata de lo mismo: las dificultades del gobierno para hacer frente a las obligaciones derivadas de la expropiación. Y en ambos casos el problema es el de gobiernos que no cumplen lo que los jueces les ordenan: aunque adopta formas distintas, en los dos países ha conducido nada menos que a reformar la constitución.

Volvamos ahora a la pregunta original: ¿cómo es que el proceso jurisdiccional se hace cargo de lo que está en juego en las expropiaciones? Además del sesgo ya señalado respecto del monto de las indemnizaciones, existen cuestiones que, siendo socialmente relevantes, no son reconocidas como problemas

en el mundo del derecho. Primero, el creciente malestar social por las grandes infraestructuras (aeropuertos, presas, vialidades) no es parte de lo que un juez ve en los conflictos sobre expropiaciones; segundo, la diferencia entre los grados de vulnerabilidad de los expropiados, que en la experiencia social es evidente, en los procesos judiciales se pierde de vista, sin duda gracias al principio de igualdad ante la ley, y tercero, en los casos de regularización, lo que ha hecho el propietario con su predio se vuelve invisible, a través de una operación cognitiva que hace posible que él mismo pueda ser visto como la parte afectada por un acto de autoridad.

Ahora bien, así como los procesos jurisdiccionales redefinen lo que está en juego, también traen consigo un elemento adicional: el problema de la autoridad jurídica. El papel protagónico del juez se convierte en el nuevo tema y el debate se traslada al mundo de la organización del estado. Ya no se trata solamente de la tensión entre el derecho del propietario y el interés público; esa cuestión es complementada, y a veces suplantada, por la de definir cuál es el equilibrio correcto entre los poderes del estado para regular esa tensión. Al mismo tiempo, eso significa que la expropiación le da un contenido preciso al “activismo judicial”, que tanto preocupa a algunos constitucionalistas hoy en día.²³

MIRAR HACIA EL FUTURO

Para la dogmática jurídica, lo que este libro muestra debería ser motivo de preocupación. Y es que la falta de una reflexión jurídica seria sobre la propiedad hace que resulte muy difícil para los operadores del derecho el hacerse cargo de los dilemas que la expropiación en el medio urbano trae consigo. Acaso el punto de partida sea reconocer la enorme distancia que hay entre dos

²³ Un debate reciente sobre el tema puede encontrarse en *Texas Law Review*, vol. 87(7) de 2011.

parcelas de la investigación jurídica: los estudios especializados en derecho urbanístico, por un lado, y el derecho constitucional por el otro. Quienes se han dedicado a cultivar el primero, han insistido en la centralidad de la tesis de la función social de la propiedad, y tienen en los recientes textos constitucionales de Brasil, Colombia y Ecuador, expresiones notables de dicha tesis. Esos textos, además de la legislación secundaria que se ha expedido a partir de ellos, han dado lugar a una amplia bibliografía sobre la necesidad de cambiar el papel de la propiedad en los procesos de urbanización.²⁴ Sin embargo, ello no ha llegado a las agendas de los constitucionalistas, que naturalmente se han ocupado más de problemas de representación política y otros más directamente relacionados con la democracia. Esto seguramente varía de un país a otro, por lo que me limitaré al caso de México, donde se puede afirmar categóricamente que el tema de la propiedad está fuera de dicha agenda. Como parte de nuestra investigación, hemos formado una base de datos con los títulos de 400 trabajos publicados por seis constitucionalistas mexicanos, que están disponibles en la web: ninguno de ellos aborda el tema de la propiedad.²⁵

Un ingrediente interesante de la distancia entre urbanistas y constitucionalistas es el hecho de que uno de los autores más influyentes del llamado neoconstitucionalismo, Luigi Ferrajoli, ha sostenido que la propiedad *no* es un derecho fundamental, en una tesis que resulta, dentro de los cánones de la dogmática jurídica, realmente convincente (Ferrajoli, 1995 y 1999). Pero ¿sería eso una explicación satisfactoria para que los constitucionalistas no se ocupen del tema? Al menos desde una óptica realista (en

²⁴ Véase, entre otros, Alfonsín, Fernandes *et al.*, 2002; Fernandes, 2001; Maldonado, 2003 (así como su contribución a este volumen en el capítulo quinto); Rabello, 2007 y Saule Júnior, 1999.

²⁵ Los autores son Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Lorenzo Córdova, José Ramón Cossío, Pedro Salazar y Diego Valadez, quienes sin duda representan lo mejor de más de una generación de constitucionalistas en México. La base de datos fue realizada por Lidia González Malagón en febrero de 2011.

rigor: desde el realismo jurídico), resultaría inaceptable dejar de ocuparse de los problemas de la propiedad, con el argumento de que, según la teoría, no es un derecho fundamental. Porque en los hechos, el conjunto de prácticas que tienen lugar en el mundo del derecho reconocen todo el tiempo la existencia de la propiedad como un derecho, y la palabra “propiedad” constituye una categoría central en el discurso de los operadores jurídicos, aunque nadie se tome la molestia de explicarnos si es o no un derecho fundamental.

Para no tratar de resumir, una vez más, el cúmulo de cuestiones de la práctica jurídica latinoamericana que justificarían la preocupación de los constitucionalistas, baste con recordar lo que sin duda es la punta del iceberg. Me refiero a la sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que mencioné más arriba, y que revela un total extravío de un tribunal tan importante como ese en materia de propiedad. Acaso el aspecto más elocuente de esa decisión sea el que Sergio García Ramírez, uno de los magistrados que disintieron con ella, haya expresado que no recordaba otro caso en el que se hubiese otorgado una indemnización tan alta por la violación de un derecho humano en los treinta años que tenía la corte de existir. La indemnización, por cierto, se otorgó a una familia prominente que había tenido, sin cultivar, unos terrenos rústicos por casi ocho décadas, y que ahora recibía una indemnización que le permitía captar una parte importante de la plusvalía generada por el desarrollo urbano.

Si para el mundo de la dogmática jurídica todo eso debe ser motivo de preocupación, para la investigación socio-jurídica más bien alimenta la curiosidad como parte de un proyecto científico. El problema es que el mundo de las ciencias sociales está formado por numerosos debates, muchos de ellos desconectados entre sí, y hay que elegir dónde ubicar ese proyecto. Mi punto de vista es que los debates en los que la investigación sobre la expropiación puede ser más fructífera son los que tienen que ver con las transformaciones del estado. Porque es ahí

donde los conflictos por expropiaciones muestran su más notable productividad social. Como he tratado de argumentar, y como podrá constatar el lector en los capítulos de este libro, cada expropiación tiene como su secuela más importante el reacomodo de las relaciones de propiedad y de su lugar en el estado. Al proponer que la expropiación es una de las prácticas a través de las cuales el estado y la propiedad se recrean, se abre un diálogo entre los estudios socio-jurídicos y una de las corrientes más productivas del pensamiento social contemporáneo: la que trata de comprender el proceso de formación del estado en su larga duración.

Lo anterior parece una abstracción académica, pero está cargado de contenido histórico y de ambigüedad jurídica. El contenido histórico tiene que ver nada menos que con las condiciones materiales de reproducción de una sociedad en constante proceso de urbanización, y no cabe duda de que la expropiación suele quedar en el centro de los procesos más polémicos de transformación urbana de nuestros días, con todos sus efectos distributivos. La relevancia de la ambigüedad jurídica de la expropiación es también evidente y, como hemos visto, asume al menos tres formas: primero, así como puede usarse para imponer el interés colectivo sobre el individual, puede usarse para beneficio del propietario a costa de la sociedad; segundo, puede usarse como instrumento de distribución de la riqueza pero también en contra de los sectores más vulnerables, y tercero, es una forma de destruir la propiedad que implica, al mismo tiempo, reconocerla.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrams, Philip. 1977. "Notes on the Difficulty of Studying the State". *Journal of Historical Sociology* 1(1).
- Agudo Sanchíz, Alejandro y Marco Estrada Saavedra (coords.). 2011. *(Trans)formaciones del estado en los márgenes de Lati-*

- noamérica. *Imaginaros alternativos, aparatos inacabados, y espacios transnacionales*. México: El Colegio de México, Universidad Iberoamericana.
- Alfonsin, Betania, Edésio Fernandes, Lourdes Veneranda y Vanesca Buselato (coords.). *II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. Availando o Estatuto da Cidade*. Porto Alegre: Escola Superior de Direito Municipal, Prefeitura de Porto Alegre.
- Arnaud, André-Jean. 1981. *Critique de la raison juridique. Où va la Sociologie du droit?* París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Azuela, Antonio. 2011. "Affrontements publics, dilemmes privés. Le conflit pour Atenco et sa productivité sociale". En *La productivité sociale des conflits*, coordinado por Patrice Melé. Tours: Presse de l'Université de Tours.
- Bayart, Jean-Francois. 1989. *L'État en Afrique. La politique du ventre*. París: Fayard.
- Bourdieu, Pierre. 1986. "La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique". *Actes de la recherche en sciences sociales*, núm. 64, pp. 3-19.
- Cavaillé, Fabienne. 1999. *L'expérience de l'expropriation. Appropriation et expropriation de l'espace*. París: ADEF.
- Cerneá, Michael M. 2003. "For a new economics of resettlement: A sociological critique of the compensation principle". *International Social Science Journal*, vol. 55, núm. 1, pp. 37-36.
- Cerneá, Michael y Christopher McDowell (coords). 2000. *Risks and Reconstruction. Experience of Resettles and Refugees*. Washington: Banco Mundial.
- Ferguson, James, 1994. *The Antipolitics Machine: "Development", Depoliticization and Bureaucratic Power in Lesotho*. Mineápolis: University of Minnesota Press.
- Fernandes, Edésio (coord.). 2001. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey.

- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- García-Villegas, Mauricio. 2009. "Champ juridique et sciences sociales en France et aux Etats-Unis". *L'Année sociologique* vol. 59, núm. 1.
- Giddens, Anthony. 1979. *Central Problems in Social Theory. Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*. Londres: Macmillan.
- Gupta, Akhil. 1995. "Blurred Boundaries: The Discourse of Corruption, the Culture of Politics and the Imagined State". *American Ethnologist* 22(2).
- Halbwachs, Maurice. 2008 [1928]. "La expropiación y el desarrollo urbano". En Maurice Halbwachs. *Estudios de morfología social de la ciudad*, coordinado por Emilio Martínez Gutiérrez. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Originalmente publicado como "Introduction". *La population et les tracés de voies à Paris depuis un siècle*. París: Presses Universitaires de France, 1928.
- Harouel, J. L. 2000. *Histoire de l'expropriation*. París: Que sais-je? núm. 3580.
- Jacobs, H. M., y E. M. Bassett. 2010. "After 'Kelo': Political rhetoric and policy responses". En *Land Lines*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, abril.
- Joseph, Gilbert y Daniel Nujent. 1994. *Everyday Forms of State Formation*. Durham y Londres: Durham University Press.
- Lopes-dos-Santos, Cacilda. 2007. "Novas perspectivas do instrumento da desapropiação: A incorporação de princípios urbanísticos e ambientais". Tesis de doctorado. São Paulo: Universidad de São Paulo, Facultad de Arquitectura y Urbanismo.
- Madsen Mikael R. e Yves Dezelay. 2002. "The Power of the Legal Field". En *An Introduction to Law and Social Theory*, co-

- ordinado por Reza Banakar y M. Travers. Oxford, Portland: Hart Publishing.
- Maldonado, María Mercedes. 2003. *Reforma urbana y desarrollo territorial: experiencias y perspectivas de aplicación de las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997*. Bogotá: Universidad de los Andes, CIDER.
- Mallon, Florencia. 1995. *Peasant and Nation. The Making of Postcolonial Mexico and Peru*. Berkeley: University of California Press.
- Maricato, Erminia (coord.). 2000. "Urban Land and Social Policies: Acquisition and Expropriation". Documento de trabajo. São Paulo: Lincoln Institute of Land Policy.
- Merklen, Denis. 2010. *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática (Argentina, 1983-2003)*. Buenos Aires: Editorial Gorla.
- Mitchell, Timothy. 1999. "State, Economy, and the State Effect". En *State/Culture. State Formation after de Cultural Turn*, coordinado por George Steinmetz. Ithaca, Londres: Cornell University Press.
- Morales-Cruz, Myrta. 2007. "Community Lawyering in Puerto Rico: Promoting empowerment and self-help". *International Journal of Clinical Legal Education* (diciembre): 83-93.
- Rabello, Sonia. 2007. "O conceito de justa indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social ou enriquecimento sem causa?". *Revista Forense*, vol. 388.
- Saule-Júnior, Nelson. 1999. "A eficácia da aplicabilidade do princípio da função social da propriedade nos conflitos ambientais urbanos". En *Direito à Cidade. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*, coordinado por Saule-Júnior. São Paulo: Polis, Max Limonad.
- Von Gierke, Otto. 1995 [1881]. *Teorías políticas de la Edad Media* Traducción de Piedad García-Escudero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Capítulo primero

Políticas urbanas y expropiación en Argentina. Los casos de la ciudad y la provincia de Buenos Aires (1976-2007)

Juan Ignacio Duarte y Ángela Oyhandy

INTRODUCCIÓN

La expropiación nos interesa aquí en tanto indicador de la actividad del estado en la generación de políticas y bienes públicos, fundamentalmente en su relación con la producción de un orden urbano y de las políticas urbanas que dan lugar a éste. Partimos de una definición de la expropiación como uno de los poderes fundamentales de todo estado, consistente en la capacidad de suprimir legítimamente la propiedad a nombre de un interés que se considera superior (Azuela, Herrera y Saavedra, 2009).

Durante gran parte del siglo XX, la expropiación cumplió un papel fundamental en las políticas de urbanización del llamado mundo industrializado. Menos estudiado ha sido su papel en América Latina, aunque es posible identificar una serie de tendencias y procesos que impactaron en su utilización por parte de los distintos estados nacionales. Así, a la hora de explorar las rupturas y continuidades en el uso de la expropiación en Argentina, resulta relevante analizar en primer lugar los cambios

operados al calor de los procesos de transición a la democracia, fundamentalmente la constitución de nuevas demandas políticas y sociales vinculadas con el acceso a la vivienda, de la mano de actores colectivos emergentes.

En segundo lugar, una de las improntas de las transformaciones del estado en América Latina fue la redistribución de capacidades y atribuciones entre los gobiernos federales, provinciales y locales, proceso que suele sintetizarse bajo el término descentralización. Por su parte, las transformaciones políticas e institucionales operadas a partir de la intensificación de los procesos de internacionalización de la economía requirieron la configuración de nuevos marcos jurídicos e instancias jurisdiccionales, los cuales deben ser estudiados para su incidencia en la capacidad de los estados nacionales para disponer de la herramienta expropiatoria. Por último, teniendo en cuenta la creciente importancia del poder judicial en los nuevos regímenes políticos latinoamericanos, se deben revisar los cambios y continuidades en el ejercicio de la expropiación en atención a las relaciones entre los poderes ejecutivo, judicial y legislativo. En las páginas que siguen exploraremos la incidencia de estos procesos en la Argentina reciente. Asimismo, mientras que el segundo capítulo de este volumen examina la expropiación desde el punto de vista de los debates jurídicos que suscita, el presente se ocupa sobre todo de su dimensión política.

En la primera sección se presenta un apretado repaso de los antecedentes que nos permiten acercarnos a la caracterización de las políticas urbanas y las transformaciones experimentadas por el estado, en el marco de las políticas expropiatorias del periodo 1983-2006 en la provincia de Buenos Aires. En la segunda, nos detenemos en el análisis de los usos más frecuentes de la herramienta expropiatoria durante los últimos treinta años. Por último, en la tercera sección exploramos la evolución de la práctica expropiatoria entre 1983 y 2006 y algunos de sus posibles significados.

EL PROCESO POLÍTICO ECONÓMICO ARGENTINO
Y DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ENTRE 1976 Y 2006:
ESTADO, POLÍTICAS URBANAS Y EXPROPIACIÓN

La exposición de este apartado se esquematiza en cuatro etapas, que coinciden casi exactamente con los gobiernos nacionales del periodo analizado. La primera etapa va de 1976 a 1983, y si bien no forma parte del periodo en el que se analizan las prácticas expropiatorias, constituyó el gobierno dictatorial previo a la etapa democrática bajo análisis y, como veremos luego, generó una serie de transformaciones económicas, políticas y sociales, además de las propias transformaciones del estado, que influyeron fuertemente en las etapas posteriores. La segunda etapa es la que llamamos “década del ochenta”, que va de 1984 a 1989 y coincide con el primer gobierno nacional democrático posterior a la dictadura. La tercera etapa es la “década del noventa”, que va de 1989 a 2001, cuando se aplicaron políticas económicas neoliberales que continuaron las instrumentadas durante el gobierno de la última dictadura, y que terminaron en la caída del gobierno de la “Alianza” en 2001 y la profunda crisis económica y social del país. Los años de la crisis posterior a 2001 no fueron de grandes modificaciones en términos de política urbana y reforma del estado, ya que el foco estuvo puesto en manejar la crisis, por lo que los obviamos deliberadamente. Por último, presentamos la cuarta etapa, que va de 2003 a 2006. Como se puede apreciar, esta periodización en etapas no coincide exactamente con las gestiones de gobierno provincial que se presentan a pie de página, pero como en este apartado se intentan caracterizar de manera global los cambios en las políticas urbanas y la transformación del Estado, resulta más adecuada esta periodicidad.¹

¹ Las gestiones de gobierno provincial (y la sigla el partido político al que pertenecieron), para las cuales se mencionan en los próximos apartados algunas particularidades, fueron las siguientes: 1) 1984-1987: Alejandro Armendáriz (Unión Cívica Radical, UCR); 2) 1988-1991: Antonio Cafiero

EL GOBIERNO DE LA DICTADURA.
ESTADO SUBSIDIARIO Y NEOLIBERALISMO

En Argentina, la vuelta de la democracia se dio a finales de 1983, luego de siete años bajo el mando de la sangrienta dictadura autodenominada “Proceso de reorganización nacional”. Si bien el periodo de análisis de las prácticas expropiatorias comienza a finales de 1983 (la primera ley de expropiación fue sancionada en 1984) no se puede reconstruir el derrotero de los procesos de transformación del estado y de las políticas socioeconómicas (y urbanas) argentinas y bonaerenses sin comenzar por mencionar la herencia que dejó el gobierno dictatorial, tanto por las transformaciones que produjo en el estado como por los cambios en el marco normativo de la política territorial y urbana, e inclusive de la legislación sobre expropiaciones.

La transformación socioeconómica del país y los procesos urbanos en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)² fueron de una magnitud tal que no pueden ser soslayados. La “herencia” que dejó el gobierno militar marcaría por varios

(Partido Justicialista, PJ); 3) 1992-1995: Eduardo Duhalde (PJ); 4) 1995-1999: Eduardo Duhalde (PJ). 5) 2000-2003: Felipe Solá (PJ); 6) 2004-2006: Felipe Solá (PJ).

² El AMBA o Gran Buenos Aires está constituido por la ciudad de Buenos Aires y 24 municipios que la rodean: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Malvinas Argentinas, Merlo, Moreno, Morón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, Vicente López, Tigre y Tres de Febrero. En este trabajo haremos referencia al AMBA cuando nos referimos a los 24 municipios más la ciudad de Buenos Aires, mientras que para referirnos sólo a los 24 municipios utilizaremos los términos “conurbano” o 24 municipios del AMBA. Por otra parte, cabe aclarar que los 24 municipios forman parte de la provincia de Buenos Aires junto a otros 110 municipios del interior provincial, mientras que la ciudad de Buenos Aires tiene, desde la reforma constitucional de 1994, autonomía (legislatura y poder judicial propio), y hasta entonces fue un municipio cuyo intendente era designado por el Poder Ejecutivo Nacional.

años el proceso político y económico del país y, como ya hemos dicho, también las políticas territoriales y urbanas. La dictadura dejó una herencia que es caracterizada por Forcinito y Tolón Estrelles a partir de dos pilares básicos mutuamente implicados: por un lado, el disciplinamiento social y político de las clases sociales, mediante el terrorismo de estado que incluyó sistemáticas violaciones a los derechos humanos y dejó como saldo 30 mil personas desaparecidas, entre otras atrocidades; por el otro, la implantación de las bases de un nuevo modelo de funcionamiento económico neoliberal, basado en el predominio de la valorización financiera (Forcinito y Tolón Estrelles, 2008). Estas políticas fueron financiadas básicamente mediante el endeudamiento externo. Cuando asumió el gobierno *de facto*, la deuda externa argentina era de 7 875 millones de dólares, mientras que al finalizar la dictadura en 1983 la deuda ascendía a 45 087 millones de dólares.

El plan económico de apertura indiscriminada de la economía tuvo una importancia singular en los procesos sociales urbanos. Una medida de gran impacto fue la liberación de la tasa de interés, en correspondencia con el modelo de fuerte expansión del sector financiero. El modelo se apoyaba en la sobrevaluación del peso y la imposición de altas tasas de interés, lo que determinó la captura del ahorro interno por parte del sector financiero, haciendo desaparecer la inversión de pequeños y medianos ahorradores en la construcción de edificios para sectores medios, que había permitido edificar en promedio 60 mil viviendas al año durante un largo periodo (Fernández Wagner, 2008). Se dispusieron medidas que favorecieron a los grupos sociales de altos ingresos, entre ellas la circular 1 050 del Banco Central, que permitía la indexación del capital adeudado de los préstamos y que llevó a que se pagaran tasas de interés altísimas. Otra medida de singular importancia fue la sanción de una nueva ley de alquileres (la ley núm. 21.342) que eliminaba la regulación de los contratos por parte del estado, medida que, con diversos ajustes, estaba vigente en el país

desde inicios de la década de 1920. Esta medida dejó indefensos a miles de inquilinos que vieron así incrementarse los valores del alquiler de las viviendas.

Las políticas económicas puestas en práctica llevaron la participación del salario en la renta nacional a 26.1% en 1983 (Lindemboin, Graña y Kennedy, 2005), luego de ubicarse en el orden de 48% en 1974 (sólo en 1976 el salario real cayó 35.6% respecto del año anterior). Estos factores agravaron la situación de los trabajadores en términos de sus posibilidades de acceso al suelo urbano.

Tanto el gobierno nacional como el de la provincia de Buenos Aires y el de la capital federal, dictaron durante 1977 decretos-ley (sin legislatura) significativos en términos de política territorial, los cuales aún se hallan vigentes: el gobierno nacional dictó la ley 21.499 “ley nacional de expropiaciones”, (que analizaremos a profundidad más adelante), que modificó la ley 13 264 vigente desde 1948; el gobierno provincial de facto dictó el Decreto-Ley 8.912/77, “ley de ordenamiento territorial y uso del suelo”, que dio a la provincia de Buenos Aires un marco normativo integral de ordenamiento territorial, convirtiéndose en la primera ley que regulaba como un todo el ordenamiento del territorio de una provincia del país;³ en tanto que la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires dictó el Código de Planeamiento Urbano, que modificó el código vigente en la ciudad desde 1944.

La sanción de la ley 8.912 congeló la generación de nuevos loteos en la provincia de Buenos Aires desde su sanción en octubre de 1977 (y particularmente en su área metropolitana) hasta la actualidad. Si bien en aquel momento se registraba un alto porcentaje de terrenos subdivididos en condición de baldíos, esa reserva de tierra se fue agotando paulatinamente. A su

³ Hasta 2008 cuando la provincia de Mendoza sancionó su ley de ordenamiento territorial, la 8.912/77 fue la única ley provincial vigente en la materia.

vez, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires puso en marcha un masivo plan de erradicación de villas miseria que consistía en demoler las precarias viviendas localizadas en la ciudad y trasladar a la población en camiones fuera de la capital federal. El plan fue aplicado con una crudeza y una “efectividad” sorprendente. Cuando la dictadura tomó el poder en 1976, en dicha capital había 224 885 habitantes en villas. Al finalizar 1981, la población en villas llegaba apenas a 16 008 habitantes y la mayor parte de esa población terminó viviendo hacinada en conjuntos habitacionales construidos en esos años en municipios del Conurbano o bien se asentaron de manera precaria en tierras baldías de esos municipios.

Desde 1981 se registró en varios municipios del Conurbano la aparición de un fenómeno nuevo en la ocupación de tierras, como fue la creación de asentamientos.⁴ Pero estos no fueron sólo el resultado de la política de erradicación de villas aplicada en la ciudad de Buenos Aires, sino que se trató más bien de la conjunción de varias medidas: a las ya mencionadas liberación de la tasa de interés, indexación de los préstamos, nueva ley de alquileres y drástica caída del salario real, se sumó la desaparición de la oferta de nuevos loteos en el Conurbano. Todas esas decisiones dificultaron seriamente las posibilidades de acceder

⁴ Hasta ese momento, la toma de tierra respondía a la modalidad conocida como villa o villa miseria. Éstas se caracterizan como ocupaciones de tierra urbana vacante (en general tierras fiscales) que producen tramas urbanas irregulares. Es decir que no son barrios amanzanados, sino organizados a partir de pasillos, donde por lo general no pueden pasar vehículos, y responden a la suma de prácticas individuales y diferidas en el tiempo. En cambio, los asentamientos tienen trazados urbanos que tienden a ser regulares y planificados, parecidos al amanzanamiento habitual de los loteos comercializados en el mercado formal de tierras, es decir, en forma de cuadrícula. En estos casos, la toma de tierras se decide y organiza colectivamente con una estrategia previa (obtención de datos catastrales, conformación de un grupo que iniciará la toma, búsqueda de apoyo de organizaciones cercanas, entre otras) y se localizan mayormente en terrenos privados.

a suelo urbano y la vivienda para los sectores populares, lo que hizo emerger el fenómeno de la toma de tierras fiscales y privadas para crear nuevos barrios, muchos de los cuales con el regreso de la democracia serían (y son) objeto del uso de la potestad expropiatoria por parte del estado provincial (en particular a través de su Poder Legislativo).

Antes de pasar a las políticas y los cambios registrados a partir del regreso de la democracia vale la pena detenerse en dos políticas que fueron particularmente importantes por los impactos que tuvieron en términos de transformación territorial y porque requirieron del uso de la expropiación en una escala masiva. Se trata de la construcción de autopistas en la ciudad de Buenos Aires y la creación de una serie de rellenos sanitarios donde se enterraría la basura del AMBA, y que al mismo tiempo permitiría la construcción de un “anillo verde” o cinturón ecológico para el área metropolitana.

LA CONSTRUCCIÓN DE AUTOPISTAS URBANAS

La municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, conducida por el brigadier Cacciatore, se dispuso avanzar en la construcción de un ambicioso plan de autopistas urbanas que atravesarían la ciudad en distintas direcciones. Pero para ser materializado requería la expropiación de 15 mil inmuebles, la gran mayoría de ellos viviendas en edificios multifamiliares. El proyecto fue anunciado por el intendente en marzo de 1977, en oportunidad de la presentación del nuevo Código de Planeamiento Urbano (CPU) de la ciudad, cuya ordenanza incluía el trazado de las autopistas proyectadas. El anuncio del plan produjo conmoción en la población que se encontraba en las zonas donde serían construidas las autopistas (Oszlak, 1991).⁵

⁵ Una descripción detallada del proceso, así como las críticas vertidas al proyecto, tanto por los damnificados como por asociaciones profesionales puede verse en el trabajo de Oszlak citado aquí.

El proyecto de autopistas no estaba incluido originalmente en el CPU, sino que se trataba de un antiguo proyecto del ingeniero Lauro Olimpo Laura, que prestaba servicios en la Dirección Nacional de Vialidad. El proyecto fue retomado y ajustado en 1970 por su hijo, el doctor Guillermo Laura, y publicado en 1970 con el título de *La ciudad arterial*. El doctor Laura fue el secretario de Obras Públicas de la municipalidad durante el gobierno de la dictadura, por lo que el proyecto fue llevado adelante por él mismo.

En su trabajo de 1970, Laura proponía modificar la ley nacional de expropiaciones para agilizar los trámites y permitir a los propietarios la percepción inmediata de la indemnización por el valor de su propiedad más un 10% adicional en concepto de otros gastos (costo de mudanza y gastos varios). Las autopistas serían financiadas a través del sistema de peaje, y la aportación de todo el financiamiento debía ser privado. La municipalidad era la encargada de realizar y pagar las expropiaciones⁶ y el dinero gastado en ello sería devuelto íntegramente (e indexado) por la empresa concesionaria. En octubre de 1977 se llamó a licitación pública y antes del fin de año las obras habían sido adjudicadas a un consorcio integrado por dos empresas españolas y dos argentinas, que formaron la empresa Autopistas Urbanas Sociedad Anónima (AUSA).

La antigua ley de expropiaciones que databa de 1948 se modificó de forma muy coincidente con los planteamientos del doctor Laura en su trabajo de 1970 y también en otro trabajo suyo titulado *El cinturón ecológico*, publicado en 1974. En este último, además de plantear un cambio en la gestión de los residuos sólidos urbanos, retomaba la necesidad de modificar la antigua ley de expropiaciones para agilizar el desarrollo de las obras.⁷

⁶ El presupuesto original comprometido para ello era de 50 millones de dólares. Lamentablemente, no se ha podido determinar cuál fue el monto total pagado por las expropiaciones realizadas.

⁷ En una entrevista con el doctor Laura, éste afirmó que el decreto-ley que modificó la anterior ley de expropiaciones fue redactado por el doctor

Con el nuevo marco normativo vigente, la municipalidad avanzó de manera decidida y efectiva en la construcción de las primeras dos autopistas: la autopista del Sur (actualmente 25 de Mayo) y la Perito Moreno. Al momento de firmarse la escritura del inmueble número 1000, las autoridades lo publicitaron agregando que hasta allí no se había iniciado por parte de los propietarios ninguna acción judicial en contra de las expropiaciones realizadas. En los nueve meses que van de marzo a diciembre de 1977 ya habían sido expropiados y se habían pagado las indemnizaciones de casi 2 220 inmuebles (Oszlak, 1991: 224). Un informe de la municipalidad asegura que 97% de las expropiaciones para estas dos autopistas (tres mil inmuebles) se realizaron por el régimen de avenimiento voluntario, es decir, sin reclamos judiciales por parte de los propietarios. Ambas autopistas fueron inauguradas en diciembre de 1980. Sin embargo, las críticas que el proyecto había suscitado y las dificultades económicas llevaron a que el plan no siguiera avanzando, por lo que se desafectaron los predios que estaban sujetos a expropiación para las otras obras.

Para asegurar la realización de las obras que habían sido declaradas de interés nacional por el Poder Ejecutivo Nacional, la municipalidad y el gobierno nacional firmaron un protocolo por el que éste otorgaba avales del Tesoro Nacional para el financiamiento de las autopistas. Debido a los incrementos del costo de la construcción y el aumento de la cotización del dólar, los avales se incrementaron hasta superar con mucho los 600 millones de dólares. Un informe en torno a la deuda externa argentina contraída entre 1976 y 1983 demostró que durante dicho periodo se habían estatizado más de seis mil millones de dólares de deuda privada a través de dos mecanismos: los seguros de cambio y los avales otorgados por el Tesoro Nacional. El mismo informe señala que el equivalente a 951 millones de

Cassagne, con base en la propuesta realizada por Laura, quien además colaboró en la redacción de algunos criterios generales del decreto-ley.

dólares de deuda externa, es decir, 15.8% de la deuda privada estatizada, pertenecía a la firma AUSA, que había construido dos autopistas del plan que preveía la construcción de una red de nueve.⁸ La deuda de AUSA se generó a partir de los avales caídos, es decir, no pagados por la empresa, por lo que el estado nacional tuvo que hacerse cargo de los mismos.

EL CINTURÓN ECOLÓGICO METROPOLITANO

En 1977 la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y el gobierno de la provincia de Buenos Aires decidieron avanzar en una política pública sanitaria para todo el Conurbano. Esta política consistió en un nuevo esquema de gestión de la basura a escala metropolitana, aún vigente, que apuntaba a la disposición final de los residuos sólidos de la ciudad y de los municipios del Conurbano y el Gran La Plata (municipios de Berisso, Ensenada y La Plata) en cuatro “rellenos sanitarios” que se construirían en los municipios de San Martín-Tigre (Bancalari), Avellaneda (Villa Domínico), La Matanza (González Catán) y Ensenada (Ensenada). De esa manera se eliminaría la incineración de residuos que se realizaba en la ciudad de Buenos Aires, con la consecuente contaminación atmosférica, así como la disposición de la basura de los municipios del Conurbano en tiraderos a cielo abierto, con la consecuente contaminación del suelo, el agua y la atmósfera. A partir de entonces, todos los municipios del Conurbano y la ciudad de Buenos Aires estaban obligados a enviar los residuos domiciliarios a alguno de los

⁸ Cabe aclarar que en el contrato firmado con la empresa, la municipalidad aseguraba un mínimo de autos que circularían diariamente por las autopistas. Como una vez inauguradas las obras circulaban diariamente 20 mil vehículos menos que el mínimo garantizado, la municipalidad tenía que pagar mensualmente a AUSA entre cuatro y cinco millones de dólares por concepto de compensación.

rellenos sanitarios creados, con el pago del canon correspondiente a la empresa encargada de administrarlos.

Para complementar estas acciones, se proponía la construcción de una autopista de circunvalación del área metropolitana, que estaría rodeada de espacios verdes, a los que se le intercalarían parques públicos forestados que servirían a la población del AMBA. Este cinturón verde con autopista garantizaba que los vehículos no tuvieran que cruzar la ciudad de Buenos Aires para ir de norte a sur o viceversa. En gran medida el cinturón ecológico se construiría en tierras anegables, las que serían rellenadas enterrando basura y que luego de ser forestadas se transformarían en parques recreativos. Para ello se utilizaría una gran cantidad de tierras fiscales, a las que se añadiría una impresionante superficie de terrenos de propiedad de privada que serían expropiados. Así, la superficie a expropiar equivalía a una vez y media la superficie de la capital federal, es decir 30 mil hectáreas.

Para llevar adelante el proyecto, la municipalidad de la ciudad y el gobierno de la provincia firmaron un convenio para crear una empresa pública denominada Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), la que debía poner en práctica el proyecto ideado por el doctor Laura. La empresa del estado, al ser un organismo descentralizado, permitía salvar las dificultades que se suscitarían debido a que el proyecto dependía de dos órbitas jurisdiccionales desvinculadas, lo que le otorgaba al organismo y a la ejecución del proyecto un alto grado de autonomía.

Una ley provincial otorgó al CEAMSE la potestad de expropiar las tierras necesarias para la conformación de los rellenos sanitarios, los parques públicos y la autopista. La empresa avanzó con las expropiaciones en terrenos ocupados por población de bajos recursos (villas miseria) y en una vasta zona de la ribera del río de La Plata perteneciente a los municipios de Avellaneda y Quilmes, donde vivían numerosos propietarios de quintas

dedicados a la producción del “vino de la costa”, quienes perdieron así su medio de vida.

Numerosos habitantes de villas ubicadas en los terrenos bajos y anegadizos fueron desalojados de las tierras expropiadas y debieron trasladarse a otras villas cercanas. La población villera y los inquilinos no tuvieron la capacidad de resistencia que mostraron los sectores de mayor poder económico que también se verían afectados por las obras:⁹

La imposibilidad de articular una resistencia organizada a todas estas medidas por parte de los damnificados contrastó notablemente con la tremenda eficacia que mostraron vecinos de la zona más conspicua de San Isidro para impedir la construcción de otra autopista a lo largo de la ribera del Río de La Plata, entre la Capital Federal y Tigre (Oszlak, 1991: 251).

La empresa constructora de la autopista sería la titular de la explotación mediante el sistema de obra pública, y el financiamiento se lograba a través del cobro de peaje de la autopista, además de la venta de las tierras recuperadas en la zona adyacente, altamente revalorizadas. El primer tramo del camino fue inaugurado hacia finales de 1981 junto a uno de los parques, pero con el fracaso de la construcción de la autopista ribereña y la crisis económica en que se encontraba el país, las obras se paralizaron y nunca fueron continuadas. En la actualidad, el gobierno nacional ha licitado la construcción de la continuación de la autopista de circunvalación, para la que se calcula será necesario expropiar alrededor de 2 300 inmuebles.

⁹ Aunque no serían expropiados, sino que se oponían a la construcción de una autopista costera al río que afectaría el paisaje de la zona y consecuentemente el valor de sus propiedades.

LA DÉCADA DE LOS AÑOS OCHENTA (1983-1989)

Las políticas de la dictadura trastocaron profundamente la estructura económica del país, por lo que en el plano económico social, el gobierno democrático presidido por Alfonsín tenía como principal desafío dar respuestas a las demandas acumuladas y postergadas durante los siete años previos a 1983. Pero dada la carga que tuvo el peso de la deuda externa y la fuerte presión de los grupos económicos, sumados a la incapacidad del gobierno para ganar grados de libertad para la toma de decisiones, la política económica instrumentada terminó siendo, en términos generales, la del ajuste en democracia (Forcinito y Tolón Estarelles, 2008).

Entre los temas urbanos más acuciantes estaban cuestiones como la urbanización popular de las periferias, que entraron en la agenda. El presidente Alfonsín, ya desde la campaña para llegar a la presidencia, abordó algunas políticas urbanas con la promesa de ocuparse de los asentamientos de Quilmes que, junto a La Matanza habían sido los municipios donde nació esta nueva forma de ocupación de la tierra a partir de 1981, y cuyos grupos ejercían una fuerte presión al reivindicar la necesidad de acceso a la propiedad. El proceso de regularización avanzó lentamente en los primeros años y con mayor vigor a partir de 1987 con la llegada de Antonio Cafiero al gobierno de la provincia de Buenos Aires.

La cuestión del gobierno metropolitano volvió a estar en debate desde 1984, cuando se firma un acuerdo entre el gobierno nacional (Ministerio del Interior), la provincia de Buenos Aires y la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. Finalmente, en 1987 se creó la Comisión Nacional Área Metropolitana de Buenos Aires (Conamba), pero el organismo nunca pudo avanzar en la conformación de un ente metropolitano de gobierno.

La gestión provincial a cargo de Antonio Cafiero avanzó en la conformación del Plan Trienal 1989-1991. En dicho plan tuvieron preponderancia las obras hidráulicas y dos programas

destinados a mejorar las condiciones del hábitat: el Pro Tierra, programa que apuntaba a movilizar el suelo urbano ocioso y a la regularización dominial; y el programa Pro Casa, que daba participación a los usuarios para encontrar respuestas a los problemas habitacionales. La gestión Cafiero intentó reformar la constitución provincial otorgándole mayores atribuciones a los municipios a partir de un importante proceso de descentralización, pero la reforma no se realizó debido a que la gente votó en contra en el plebiscito realizado.

Una propuesta elaborada por el gobierno nacional despertó el entusiasmo en términos de los debates de desarrollo territorial. La propuesta de traslado de la capital federal a la Patagonia generó grandes debates por esos años. Para muchos se trataba del más extraordinario proyecto del siglo XX en Argentina, pues permitiría modificar la estructuración territorial del país y una nueva configuración de las regiones. Anunciado en marzo de 1986, planteaba la construcción de la nueva capital del país en el área compuesta por los ejidos de las ciudades de Carmen de Patagones (provincia de Buenos Aires) y Viedma y Guardia Mitre (provincia de Río Negro), localizados en el límite entre ambas provincias y en la costa del Mar Argentino. El proyecto logró acuerdos importantes entre la nación y los gobiernos provinciales involucrados. En julio de 1986, la legislatura de Río Negro aprobó la ley 2.086, que transfería al gobierno nacional las tierras para la creación del distrito federal. La provincia de Buenos Aires hizo lo propio en octubre del mismo año, a través de la ley 10.454. El 27 de mayo de 1987 el Congreso Nacional sancionó la ley 23.512 que declaraba en su artículo 1° como capital de la República al territorio cedido según las leyes provinciales antes mencionadas.

La ley creó el Ente de Traslado de la Capital conocido como ENTECAP. Entre sus funciones y atribuciones¹⁰ estaba la de proponer las expropiaciones a realizar, así como promover

¹⁰ Definidas en el decreto reglamentario 1 156/87.

las acciones judiciales y extrajudiciales necesarias (entre ellas la de transar y aceptar avenimientos). Una cuestión central de la ley nacional, en virtud de lo que aquí se discute, era el artículo 7º, que declaraba de utilidad pública los inmuebles privados a expropiar para constituir el distrito federal. Decía el artículo:

Declárase de utilidad pública y sujetos a expropiación, inmediata o diferida, u ocupación temporánea, aquellos bienes de propiedad privada situados en el territorio del art. 1º, que resulten necesarios para el establecimiento de la nueva Capital Federal como asimismo todos aquellos cuya razonable utilización sobre la base de planes, planos y proyectos específicos convenga material o financieramente al mismo efecto de modo que se justifique que las ventajas estimadas serán utilizadas concretamente en la ejecución del programa que motiva esta declaración, o que hagan al desarrollo integral o asentamiento de población en el área (las cursivas son nuestras).

Así, la ley autorizaba al gobierno nacional a expropiar no sólo los bienes estrictamente necesarios para desarrollar las obras de la nueva capital, sino también aquellos que le permitieran financiar, a partir de la valorización y posterior venta de los mismos, parte de los costos del proyecto. Se había producido una discusión jurídica sobre esta cuestión a partir del proyecto de apertura de la Avenida de Mayo en la ciudad de Buenos Aires, justo 100 años antes, durante la década de 1880.¹¹ Si se hubiera

¹¹ El fallo de la Corte Suprema de Justicia fue en 1886. Los argumentos principales y las cuestiones centrales de la discusión generada en aquel momento se desarrolla en el capítulo siguiente. En aquella oportunidad, una ley nacional autorizaba a la municipalidad de la capital federal a expropiar las fincas para la apertura de la avenida que uniría la sede del gobierno nacional con el edificio del Congreso, separados por una distancia de 14 cuadras. Pero la ley autorizaba a expropiar la totalidad de las fincas ubicadas entre las calles Rivadavia e Hipólito Yrigoyen, y una vez que el municipio abriera la avenida (de 32 metros de ancho), podría vender a un mayor valor los terrenos con frente a la nueva avenida, quedándose así con el valor producido por la obra que la misma municipalidad costearía. En esa situación, llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación un recurso presentado por una vecina que se oponía a esta expropiación, y la Corte falló con la argumentación de que

materializado el proyecto de traslado de la capital federal, era previsible que se planteara una situación similar en términos de la discusión jurídica. Sin embargo, debido a las dificultades económicas que atravesaba el país hacia finales de la década de 1980, el proyecto finalmente no se llevó a cabo.

LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA (1989-1999)

El gobierno de Alfonsín terminó abruptamente en julio de 1989 (su mandato duraba hasta diciembre de ese año) debido a la crisis generada por un proceso hiperinflacionario. El país era extremadamente dependiente del crédito externo y sufría las presiones del sistema financiero internacional.¹² El nuevo gobierno inició una profunda transformación del estado, siguiendo las recetas del neoconservadurismo, al cual se alineó el presidente Menem. La reducción del tamaño del estado volvía al centro de la escena. La última dictadura había iniciado ese camino pero el gobierno de Menem fue aún más allá, profundizando muchas de las medidas que se habían tomado entonces, como por ejemplo la vuelta a la apertura indiscriminada de la economía. Avanzó, a partir de la aprobación (ni bien asumió el poder) de las leyes de reforma del estado y emergencia económica, en la privatización de empresas estatales, muchas de ellas emblemas del país como Yacimientos Petrolíferos Fiscales (la empresa petrolera) y Aero-líneas Argentinas. Sumó a ello la desregulación de la actividad económica, lo que destruyó una gran parte de la estructura del estado. La mayor parte de las empresas de servicios públicos fueron privatizadas (teléfonos, correo, electricidad, gas, agua

no había motivos de utilidad pública para llevar adelante la expropiación tal como estaba previsto en la ley, por lo que la municipalidad sólo pudo expropiar lo estrictamente necesario para la apertura de la avenida.

¹² Muchos autores plantean que el proceso de hiperinflación se gestó como un “golpe de mercado” producido por los grupos de poder económico locales.

entre otras). Con el camino adoptado, el estado dejó de liderar el proceso de desarrollo para ser ahora el facilitador de los negocios, tal como indicaba la receta neoliberal. La política económica se apoyó en la convertibilidad del peso (uno a uno) con el dólar. Los diez años de convertibilidad (1991 a 2001) fueron sostenidos con base en el financiamiento externo, que hizo crecer la deuda externa a niveles inauditos para el país.

Las medidas económicas puestas en operación abrieron la posibilidad de negocios en el sector financiero e inmobiliario, sobre todo para los grandes grupos económicos locales y extranjeros. Los negocios inmobiliarios avanzaron en el sector de centros comerciales, urbanizaciones cerradas y logística. La construcción del sistema de autopistas por peaje¹³ contribuyó al desarrollo de este tipo de negocios, el cual sumó casi 450 km de longitud entre la construcción de nuevas autopistas y el ensanche y mejoramiento de las existentes en la Región Metropolitana de Buenos Aires (RMBA), lo que permitía la vinculación con el centro de la ciudad de manera más rápida.

El proceso de ajuste y reducción del estado permitió negocios inmobiliarios a partir de la privatización de una gran parte de la reserva de tierra pública con que contaba el gobierno nacional. Esas ventas permitieron muchos de los grandes desarrollos inmobiliarios que se dieron en el AMBA.¹⁴

Se produjo la fuerte expansión de las urbanizaciones cerradas, que a finales del año 2000 llegaban a un total de 400, ocupando una superficie de casi 30 mil hectáreas, en las que

¹³ A diferencia del plan de Laura en los años setenta para la ciudad de Buenos Aires, estas autopistas se construyeron en los municipios del Conurbano y constituyen los accesos a dicha ciudad.

¹⁴ Varias de las ventas de tierras fueron denunciadas a la justicia por los irrisorios precios de venta. Entre las más conocidas se pueden citar el ex predio de radio El Mundo en el municipio de Tigre, donde se desarrolló el barrio cerrado Santa Bárbara con una superficie superior a las 200 hectáreas, así como el predio ubicado en el barrio Palermo, vendido a la Sociedad Rural. En ambos casos fueron procesados los funcionarios que participaron en la venta, incluyendo al ex presidente de la nación.

existían 25 mil viviendas construidas y donde vivían de forma permanente unas siete mil familias.¹⁵

En este marco de reforma del estado existían tierras públicas propiedad del estado nacional que se encontraban ocupadas por población de bajos recursos. En ese marco, en 1991 se creó por decreto presidencial la Comisión Nacional de Tierras Fiscales y dentro de su estructura el “Programa Arraigo”, que tenía como misión transferir las tierras ocupadas a los ocupantes, previo censo de las familias y regularización catastral de las tierras.

En 1994 se modificó el marco para la actuación estatal en el tema de la vivienda, a partir de la ley 24.464 que creó el Sistema Federal de Vivienda, integrado por el Fondo Nacional de la Vivienda (Fonavi), los Institutos Provinciales de Vivienda (IPV) y el Consejo Nacional de la Vivienda (Conavi). A su vez, la ley 24.441, “ley de financiamiento de la vivienda y la construcción”, creó una serie de mecanismos de financiamiento, aunque su aplicación fue bastante restringida. La otra medida de impacto en la política habitacional fue la privatización del Banco Hipotecario Nacional.

En términos de programas de regularización dominial de tierras privadas, en 1993 el Congreso nacional sancionó la ley 24.374, que permitía la regularización de tierras ocupadas de manera pacífica pero también aquellas que habían sido vendidas sin estar en condiciones legales de traspaso de dominio a los compradores.¹⁶ Esta fue la herramienta que viabilizó la única política de hábitat dirigida a los sectores populares en el Conurbano durante la década, ya que por decisión del gobierno provincial, las viviendas que podían construirse a través del

¹⁵ Para tener un orden de magnitud, vale decir que la superficie de la ciudad de Buenos Aires es de 20 mil hectáreas, en las que viven casi tres millones de personas.

¹⁶ Los motivos variaban según los casos y existían desde fracciones de tierra sin planos legales de subdivisión, localizadas en áreas inundables y aquellas que habían sido compradas en 150 mensualidades durante las décadas de 1960 a 1980.

Fonavi se localizaron deliberadamente dentro de la provincia de Buenos Aires, como forma de instrumentar una política de reequilibrio territorial.

La otra política urbana para el Conurbano fue un masivo plan de obras públicas a partir de la creación del Fondo de Reparación Histórica del Conurbano Bonaerense, por el que la Nación transfería anualmente al gobierno provincial un total de 600 millones de pesos (equivalente a 600 millones de dólares), con cargo exclusivo a la realización de obras públicas (asfaltos, obras hidráulicas, establecimientos educativos, entre otros) en los municipios del AMBA.

En 1994 se produjo la modificación de la Constitución Nacional, que tuvo consecuencias en el territorio del AMBA. En primer lugar, se modificó el estatus de la ciudad de Buenos Aires que pasó a ser una ciudad autónoma, con lo cual pudo contar con facultades propias de legislación, así como con la elección directa de sus autoridades de gobierno. En términos del régimen de propiedad, la reforma constitucional no generó cambios, ni tampoco en el régimen de expropiaciones, aunque sí se registraron avances en materia ambiental. Además, quedó señalado en el artículo 123 de la CN que las provincias debían garantizar la autonomía municipal. Sin embargo, la modificación de la Constitución de la provincia de Buenos Aires producida ese mismo año, luego de la sanción de la nueva Constitución Nacional, definió una autonomía restringida para los municipios de la provincia.

Los procesos urbanos descritos generaron tensiones en los mercados de suelo, inducidas por la expansión de la demanda de nuevos productos de alta calidad y la existencia de capitales dirigidos a la inversión inmobiliaria. Ello llevó a que los sectores populares, que históricamente encontraban en la periferia de la ciudad metropolitana un lugar donde acceder a suelo más barato, tuvieron mayores dificultades por la aparición de un nuevo competidor, es decir, las urbanizaciones cerradas. En la política habitacional se abandonó la concepción de vivienda social en

las acciones de política (Cravino, Fernández Wagner y Varela, 2002), mientras que la política de tierra del estado privatizó suelo público en zonas de alta rentabilidad que permitieron la materialización de grandes proyectos urbanos e inmobiliarios (Clichevsky, 2001).

En 1999 terminó el mandato el ex presidente Menem y asumió De La Rúa (proveniente del radicalismo) pero llegó al poder en el marco de una alianza con otros partidos. Los últimos años del menemismo habían sido duros en términos sociales y el gobierno de la Alianza, que proponía el mismo modelo económico de Menem pero sin corrupción, terminó pagando caros los costos de no introducir variantes en la política económica. Los dos años de gobierno se dedicó a conducir una crisis que se hacía cada vez más aguda. Mantuvo el modelo de la convertibilidad de la moneda y terminó abandonando el gobierno en diciembre de 2001.

Luego de la sucesión de cinco presidentes en una semana, Eduardo Duhalde fue electo presidente por el Asamblea Legislativa argentina. Su gobierno generó la salida de la convertibilidad, primero con un valor fijo del peso con el dólar en una relación $1 = 1.40$ y luego con una brutal devaluación que llevó el dólar a casi cuatro pesos. Su gobierno fue de administración de la crisis y luego de la muerte de dos manifestantes a manos de la policía bonaerense, decidió llamar a elecciones para abril de 2003, en las que resultó electo Néstor Kirchner.

LOS AÑOS DE LA RECUPERACIÓN DEL PAPEL DEL ESTADO Y LA SALIDA DE LA CRISIS (2003-2007)

Luego de las elecciones de 2003 asumió la presidencia de la nación Néstor Kirchner, quién adoptó una estrategia enfocada a fortalecer los derechos humanos, revirtiendo una serie de leyes que impedían juzgar a otros miembros de la última

dictadura¹⁷ y decretos que habían indultado a autores de delitos de lesa humanidad.

En materia económica, la política adoptada estuvo dirigida a promover el crecimiento económico con base en la expansión en la producción de bienes transables. Entre 2003 y 2007 el país creció a un ritmo de 9% anual promedio y se promovió una política de mejora de los ingresos de los trabajadores y de los jubilados. Mantuvo desde casi el inicio de su gobierno el superávit fiscal y comercial, lo que fortaleció las finanzas públicas y permitió renegociar la deuda externa (que equivalía a 150% del PBI), logrando una quita de 67 mil millones de dólares, lo que la coloca en la actualidad en el orden de 46% del PBI. En este marco pudo iniciar un proceso de reconstrucción del estado, que comenzó a tener cada vez mayor presencia en sectores clave de la economía.

El fuerte proceso de recuperación, el crecimiento económico y de la producción tuvieron consecuencias territoriales. Los precios del suelo tuvieron un fuerte crecimiento en todo el periodo y los conflictos ligados al acceso a la tierra se multiplicaron. En el Área Metropolitana de Buenos Aires esto se hizo particularmente visible. No se generaron nuevos loteos destinados a los sectores populares, lo que mantuvo las dificultades de acceso a la tierra. El gobierno nacional lanzó una serie de nuevos programas de vivienda por fuera del Fonavi. Se planteaba un cambio en el papel del estado, que pasaba a ser un actor importante en la obra pública. En este marco también se produjo un cambio en la distribución de las viviendas en la provincia de Buenos Aires dando mayor participación al Conurbano con una parte importante de las viviendas que se iban a construir en la provincia (Del Río y Duarte, 2010).¹⁸ Se verificó así un cambio en el papel del

¹⁷ Sólo habían sido juzgados y condenados los altos mandos en 1985 pero el gobierno de Menem los indultó en sus primeros años de gobierno.

¹⁸ Entre 1976 y 2003 se habían construido en el AMBA 39 856 viviendas sociales, mientras que en el periodo 2004-2008 se inició la construcción de 37 679 soluciones habitacionales.

estado en la política de hábitat, asumiendo un papel más activo a partir de un giro recentralizador de la política de vivienda.

En términos de política urbana, asistimos a un proceso de recuperación del poder de decisión acerca del gobierno del territorio, en el sentido de que volvió a ser el estado el que definía cómo y dónde se realizaban las inversiones y quién ejecutaba las obras. Ello en el marco de la revisión de las privatizaciones de empresas públicas, que terminó en varios casos con la quita de concesiones (agua potable y desagües cloacales, varias líneas de ferrocarriles urbanos, etc.), al mismo tiempo que se aceleró la puesta en marcha de importantes proyectos viales. Si bien en términos de expropiaciones no ha sido un periodo de grandes discusiones, como mencionamos más adelante en este mismo capítulo, el cambio más trascendente parece estar en la utilización de esta herramienta para traspasar a manos de los trabajadores empresas que habían sido abandonadas por sus propietarios en el marco de la profunda crisis económica del país.

LOS DISTINTOS USOS DE LA EXPROPIACIÓN

Cuando hablamos de usos de la expropiación nos referimos a los diversos destinos y finalidades que se definen en términos de utilidad pública. “El concepto de utilidad pública no es unívoco; por el contrario, varía según el lugar, la época y el ordenamiento jurídico que se considere, porque lo que es de utilidad pública en un lugar y momento determinado puede no serlo en otros, por lo que tiene una naturaleza contingente y circunstancial según los momentos históricos, sociales o políticos de cada sociedad” (Casas y Villanueva, 2005). La ley 5.708 de la provincia de Buenos Aires identifica en su artículo 1° a la utilidad pública con el “interés general”. Por su parte, la ley nacional 24.491 la define como “la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual”. Con respecto a la “utilidad”,

se ha señalado que “no debe ser identificada con la “necesidad” ya que “no todo lo útil es necesario” (Casas y Romero Villanueva, 2005: 17) y, tempranamente, la jurisprudencia y la doctrina han destacado el carácter relativo de este concepto y reivindicado la amplitud de consideraciones de carácter artístico, cultural, social (entre otros) frente a concepciones estrictamente materialistas de la utilidad.

En el periodo que estudiamos, que inicia en 1984 y finaliza en 2006, junto con la ya señalada definición de la utilidad pública asociada a la idea de “obra pública” en tanto de uso común potencialmente abierto a todos, como el que se expresa en la construcción de escuelas públicas y centros recreativos, infraestructura vial e hidráulica, aparecen otros significados de lo público dignos de mención. Nos interesa detenernos en este punto porque las diversas acepciones de la utilidad pública nos permiten acceder a la construcción de distintos problemas o temas que son asumidos política e institucionalmente como parte de las obligaciones del estado. Estos distintos problemas públicos, parafraseando a Nora Rabotnikof:

[...] en el contexto de vocabularios políticos diferentes construyen o identifican problemas también diferentes, evaluaciones y cursos de acción dispares [...] no siempre se tiene en cuenta que el trazado de los límites entre lo público y lo privado se modifica históricamente. Tampoco se advierte que el conflicto por la definición de esos límites ha formado parte de maneras específicas de concebir la vida política (Rabotnikof, 2005: 27)

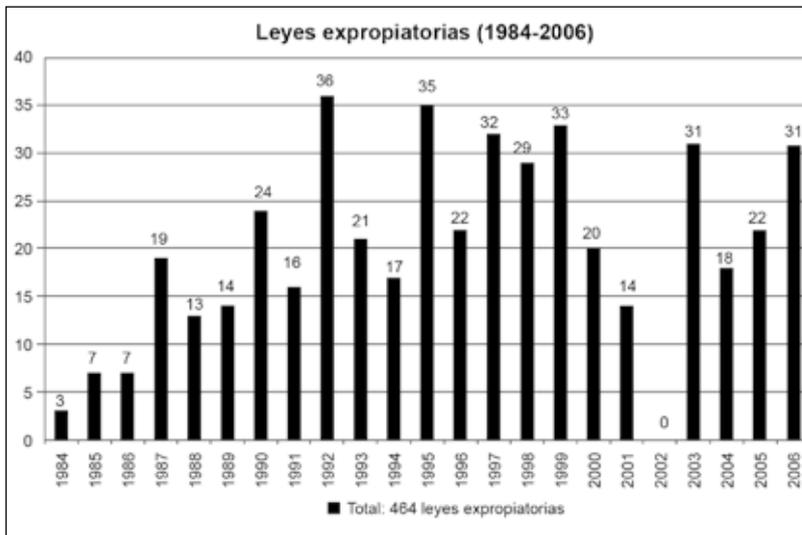
Si consideramos la totalidad del periodo 1983-2006, veremos que se sancionó un total de 464¹⁹ leyes expropiatorias que individualizaron bienes a expropiar. A esta cifra se deben agregar más de un centenar de leyes dirigidas a prorrogar los plazos de

¹⁹ Mediante una búsqueda sistemática en el *Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires*, se identificaron y analizaron todas las leyes expropiatorias y sus fundamentos aprobadas en el periodo 1983-2006.

validez de las declaraciones de utilidad pública frente a la falta de ejecución de la gran mayoría de las expropiaciones aprobadas en esas leyes.

De este total, las leyes expropiatorias destinadas a la provisión de infraestructura educativa fueron las más frecuentes; en segundo lugar se ubican aquellas destinadas a la regularización dominial y, en tercero, pero en mucha menor proporción y solo durante los últimos años del periodo analizado, se ubican las expropiaciones de fábricas y centros productivos realizadas en nombre del fomento de la producción y la defensa del empleo.

GRÁFICA 1
FRECUCENCIA DE LEYES EXPROPIATORIAS (1984-2006)



Fuente: Oyhandy (2010). No se han incluido las leyes que prorrogan el alcance de la utilidad pública calificada en leyes expropiatorias previas (alrededor de 100).

La concepción de lo público subyacente en los fundamentos de aquellas expropiaciones destinadas a la provisión de infraestructura educativa se nutre de distintas referencias, ya que si bien comparte con la definición de “obra pública” la referencia al uso común, potencialmente accesible a todos, se recuesta

también en la identificación de la utilidad pública con el cumplimiento de una de las tareas indelegables del estado. Sin embargo, un rasgo digno de destacar es que conforme avanza el periodo, los fundamentos de estas leyes fueron cada vez más breves, contrastando sensiblemente con los fundamentos de aquellas expropiaciones destinadas a la regularización dominial o la generación de emprendimientos productivos. Por el contrario, cuando se trata de bienes destinados a la “educación”, predomina un estilo eminentemente descriptivo, orientado a identificar la carencia del recurso edilicio, y en ocasiones el perjuicio que esta provoca en la práctica pedagógica y en el propio acceso a la educación.

Que los jardines de infantes oficiales, se hallan distantes del lugar y, además, tienen su capacidad cubierta, que produciría en caso de buscarse en otros, más distantes aún, problemas de desarraigo, de transporte, etc. Esto conlleva a que gran número de niños no concurren a jardines de infantes y los ingresos a la educación primaria suelen crear problemas de adaptación.²⁰

La inexistencia de discusiones y argumentos críticos capaces de ser esgrimidos públicamente, hablan de lo indiscutible de esta acepción de la utilidad pública, que constituyó la categoría más numerosa en términos absolutos del periodo, con un total de 141 leyes. Claramente, en el contexto del Poder Legislativo de la provincia de Buenos Aires, este tipo de destino no necesitó mayor fundamentación.

El segundo grupo “temático”, que aglutina la mayor cantidad de leyes expropiatorias de todo el periodo (134 leyes) es el destinado a la regularización dominial. En términos históricos es necesario destacar que se trata de un tipo de expropiaciones que se consolida como un producto de las nuevas demandas y actores colectivos del proceso de democratización política. A diferencia del grupo anterior, estas leyes contienen argumentaciones más

²⁰ Fundamentos, Ley 12.560, 26/12/2000.

extensas y además aparecen nuevos elementos en su redacción, como la designación de la agencia estatal encargada del proceso de regularización, el proceso de identificación e intermediación con los destinatarios de los inmuebles, que son en todos los casos sus actuales ocupantes. Y es que en esta definición de la utilidad pública, no sólo el estado debe llevar a cabo el proceso expropiatorio, sino que también debe organizar la venta o donación, según las distintas modalidades que se adopten, de las parcelas expropiadas a sus ocupantes.

En general, las normas establecen la realización de un censo por parte de la autoridad municipal, la gestión de la subdivisión de las parcelas, y la transferencia de los lotes. El destino más frecuente es la de “adjudicación por venta directa y a título oneroso a sus ocupantes”, y en algunos pocos casos se menciona la donación o entrega gratuita. A diferencia del concepto educación que aparecía como un modo de definir la utilidad pública de alcance universal, en el caso de la regularización dominial el acento está colocado en la reivindicación del papel del estado en el acceso a derechos de los sectores socioeconómicos en desventaja, ya que se trata de permitir el acceso a un derecho como lo es la vivienda, a sectores sociales previamente excluidos del mismo. Por eso, aquí la utilidad pública se vincula con lo social y está ligada a cierta idea de focalización de la acción estatal en los sectores de menores recursos y en una intervención estatal en términos de justicia social:

Uno de los objetivos primordiales del programa de gobierno anunciado es favorecer el acceso a una vivienda digna a la población y, en primer término, a los habitantes de menores recursos. El proyecto que se acompaña se inscribe en esa línea política, ya que prevé mecanismos idóneos para regularizar la situación jurídica de los inmuebles en que se hayan asentado grupos humanos organizados, con intención de permanecer y mejorar sus condiciones de vida y de la comunidad que los rodea.

Como señalamos, predomina la modalidad de adjudicación por venta directa a sus ocupantes, estableciéndose que el precio que éstos deberán abonar deberá ser aquel necesario para cubrir el costo de la expropiación. Pero seguido de esto se establecen ciertas consideraciones como que las cuotas no podrán superar el 10% del ingreso familiar y se establecen plazos de pago nunca inferiores a los diez años. Así, la mera lectura de los fundamentos de estas leyes nos permite acceder a la variedad de tensiones que la efectivización de estas expropiaciones conlleva. Por un lado, el intento de cubrir el costo expropiatorio mediante el cobro de cuotas a los beneficiarios se ve limitado por consideraciones de justicia social, que constituyen en estas leyes el “núcleo” de la propia noción de utilidad pública.

Luego, se garantiza un derecho como el acceso a la vivienda familiar mediante la sustitución de un propietario privado por otro, pero el destinatario de la expropiación tendrá un derecho de propiedad limitado por ciertas obligaciones (cargos), de no vender, de construir vivienda familiar, de no arrendar por un lapso de tiempo determinado. En este sentido, uno de los aspectos más interesantes de este tipo de utilidad pública es que el estado sustituye a un propietario (previa indemnización) pero ya no para ingresar ese bien en su propio patrimonio y ofrecerlo a un uso general, sino para transferirlo (mediante una venta realizada con base en consideraciones de justicia social o directamente vía donación en algunos pocos casos) a un titular privado. Retomando nuestro análisis de los distintos sentidos de lo público, aquí lo público se articula con los requerimientos de la justicia social, más que con la idea de acceso libre y común disposición (como podría ser en una escuela, un parque o carretera). Se trata de una definición de la utilidad pública que no se identifica exclusivamente con el uso o disposición estatal de la tierra, sino con su papel en el cumplimiento de derechos y en la satisfacción de necesidades.

Por todos estos motivos, la redacción de este tipo de expropiaciones adquiere una complejidad extra, porque suelen anticipar

el problema de la identificación de los beneficiarios para que, aún sustituyéndose a un propietario privado por otro, persista el carácter de “utilidad pública”. La noción de justicia social de un estado que interviene activamente en favor de los sectores desfavorecidos es la que articula lo público en este tipo de expropiaciones. Los fundamentos de estas leyes se apuntalan en citas de la Constitución Nacional (fundamentalmente el artículo 14 bis) y de la provincial (artículo 36), en descripciones sobre la crisis social y económica en la provincia y el déficit habitacional en el Conurbano bonaerense. Los argumentos apuntan tanto al ya señalado derecho a la vivienda, a su consideración como un umbral mínimo para potenciar la vida social y familiar, a la condición de trabajadores humildes de los ocupantes y, fundamentalmente, a su condición de compradores y ocupantes de buena fe, carentes de títulos de propiedad. Aunque la continuidad de los grandes temas de la justicia social y la idea del interés público como vehículo de compensación de las desigualdades sociales constituye la arista más visible en este tipo de definición de la utilidad pública, interesa registrar cómo las argumentaciones basadas en las características personales del asentamiento y sus habitantes se complementan a partir de 1999 (cuando se declara la emergencia habitacional) con relatos acerca de los efectos devastadores de la crisis en la provincia, la amenaza para la sociedad en su conjunto, y la presentación de estas situaciones como efectos de una crisis global que, en tanto afectaban a la sociedad como un todo, perfilan un sentido de lo público cercano al existente en las expropiaciones para infraestructura educativa (aquí, nuevamente, se recupera la idea de lo público como lo común y lo general).

En torno a esta definición de lo público se articula una concepción de la utilidad pública que no encontramos en las décadas anteriores²¹ y que interpela al estado provincial en tanto

²¹ La búsqueda en el *Boletín Oficial* no se encaminó a analizar el contenido de las leyes expropiatorias anteriores a 1984, pero sí se registraron tendencias temáticas.

responsable por la satisfacción del derecho a la vivienda de los sectores más vulnerables. Estas leyes comienzan a ser sancionadas en los años ochenta, aumenta su frecuencia en los años noventa y continúa en la actualidad, aunque fundamentalmente asociada a la prórroga de leyes expropiatorias sancionadas anteriormente. Salvo algunas raras excepciones, estas leyes no se han concretado en expropiaciones y remiten a procesos aún pendientes de resolución. Sin embargo, como se señala en el capítulo citado no se debe confundir la nula capacidad de estas leyes para sustituir a un propietario por otro y dotar a los ocupantes de títulos de propiedad, con la irrelevancia de los efectos sociales de estas leyes. Lo mismo debe decirse de las leyes expropiatorias de las llamadas “fábricas recuperadas”, cuya definición de la utilidad pública se intenta revisar aquí.

Este tipo de expropiaciones tiene la particularidad de concentrarse exclusivamente en el periodo 2001-2006. Las llamadas “fábricas recuperadas” han sido ampliamente estudiadas por las ciencias sociales desde finales de la década de 1990, fundamentalmente desde la tradición de estudios sobre el movimiento obrero, identidades subalternas y organización del proceso productivo. La importancia que el legislador asignó a este tipo de expropiaciones puede ser valorada a la luz de la reforma que se introdujo en el marco normativo provincial con el objeto de incluir la expropiación de patentes, marcas y bienes muebles que permitieran garantizar el buen funcionamiento de las industrias. Las leyes anteriores a 2001 englobadas bajo esta categoría apuntaban al desarrollo de un “polo industrial” y a la creación de “zonas francas”, pero no fue sino hasta 2003 cuando proliferaron las expropiaciones de fábricas en favor de las cooperativas formadas por sus trabajadores, ante situaciones de quiebra provocadas por la crisis económica que llegó a su punto más crítico en 2001.

A la hora de analizar los fundamentos de este tipo de acto expropiatorio, la defensa del trabajo y la promoción del desarrollo económico se erigen como los principales argumentos. No

se trata de defender tal o cuál industria o sector por razones de rentabilidad económica o desarrollo, sino que se trata de privilegiar el mantenimiento de los puestos de trabajo, por considerar que son expresivos de un tipo de práctica productiva que debe ser protegida de los procesos del mercado. Nuevamente, aquí la sustitución de propietarios que toda expropiación implica se realiza no en beneficio de una dependencia estatal sino de una cooperativa de trabajadores. La potencialidad que tienen estos bienes inmuebles y muebles para generar empleo y riqueza justifica la intromisión sobre los derechos de los propietarios que no han privilegiado el mantenimiento de la fuente laboral. Todas estas leyes están apoyadas en extensas fundamentaciones que aluden a la crisis del 2001 como la “peor de la historia argentina” y privilegian el compromiso del estado con el mantenimiento del pleno empleo al modo de una ruptura con el modelo económico causante del quiebre de estas fuentes de empleo: “El Estado debe concurrir en ayuda de aquellos que pretenden mantener una genuina fuente de ingresos. A aquellos que lo único que pretenden es poder seguir construyendo la ‘Dignidad del Trabajo’”.

La referencia al trabajo como valuarte de la “dignidad” individual y social constituye en estas leyes un argumento de peso contra las razones de los propietarios, que fraudulentamente o por manejos poco competentes condujeron a las empresas hacia su quiebra.

Finalmente, la cuarta categoría más numerosa es “otros”, en la que se incluyen destinos heterogéneos como dependencias judiciales, administrativas, ciertas obras de infraestructura urbanas y de vías de comunicación (a pesar de que este tipo de expropiaciones no necesitan ley especial) y dependencias policiales.

1983-2006: SIGNIFICADOS Y PRÁCTICAS
DE LA EXPROPIACIÓN: ¿TODO SIGUE IGUAL?

La expropiación en acción

Si como vimos en el apartado anterior, durante la última dictadura militar que ocupó el poder entre los años 1976 y 1983, el recurso a la expropiación constituyó una de las vías de acceso gubernamental al suelo necesario para el desarrollo de publicitadas obras como las autopistas y el cinturón ecológico, no parece ocurrir lo mismo durante los primeros años de la recuperación democrática. Y es que con la ya señalada excepción del fallido proyecto de traslado de la capital federal de la República al sur del país, difícilmente encontremos proyectos o debates públicos que coloquen a la expropiación en el centro de la escena. Sin embargo, esta falta de visibilidad de la expropiación en el discurso público no implica la inexistencia de expropiaciones cotidianas y rutinarias llevadas adelante en la provincia de Buenos Aires.²² Los archivos revisados permiten afirmar que durante los años noventa y también en la primer década del siglo XXI se expropió fundamentalmente para realizar obras viales e hidráulicas, y con menor intensidad para la provisión de infraestructura en los niveles inicial, primario, secundario y superior de la educación pública y para equipamiento municipal, entre otros fines.

La fragmentación de los archivos existentes en distintas dependencias gubernamentales y la multiplicidad de actores pertenecientes a distintos niveles y poderes del estado provincial,

²² La investigación de referencia se basó en el análisis de 738 protocolos de expropiaciones correspondientes a los años 1992-2008, estadísticas de la Fiscalía de Estado, del Registro de la Propiedad y del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Se desarrolló el marco de una investigación realizada en el año 2009 titulada “La expropiación como herramienta de las políticas urbanas en Argentina”, desarrollada por Ángela Oyhandy. También se analizaron asientos del Registro de la Propiedad y de la Fiscalía del Estado Provincial.

nos obliga a tomar con cautela los hallazgos de esta investigación exploratoria. Sin embargo, son elocuentes en torno al predominio de las vialidades como el destino de la mayoría de las expropiaciones. Como se desarrolla en detalle en el capítulo de Oyhandy y Maldonado en este volumen, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece para este tipo de destinos una excepción a la necesidad de ley especial consagrada en la Constitución Nacional.²³ Así, se facilita el complejo procedimiento expropiatorio establecido en la Constitución argentina que constituye uno de los más dificultosos de la región, al configurar un mecanismo de controles y vetos entre poderes que puede llegar a incluir el concurso de los tres poderes para disponer de la propiedad privada.

En primer lugar, veremos que es el Poder Legislativo el encargado de declarar la utilidad pública y la consiguiente necesidad de expropiación (salvo en el ya mencionado caso de vialidades y obras hidráulicas) y que luego es el Poder Ejecutivo quien debe llevar adelante el procedimiento de tasación y avenimiento con el propietario, para hacer efectivo lo dispuesto por la ley. Por último, si el propietario no está de acuerdo con el monto indemnizatorio, lo asiste el derecho de recurrir a la justicia.

Al analizar las escrituras archivadas en la Escribanía General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires,²⁴ se pudieron identificar 728 escrituras correspondientes a expropiaciones ingresadas entre los años 1992 y 2008. De este total, más de 90% corresponde a expropiaciones realizadas por la Dirección de Vialidad (dependiente del Ministerio de Infraestructura y Obras Públicas) para ampliar o rediseñar rutas y caminos.

Estas fuentes nos permiten acceder al perfil de las expropiaciones “exitosas”, es decir, aquellas que han culminado en

²³ En estos casos el interés público queda genéricamente declarado en la Ley 5.708, que regula las expropiaciones en la provincia de Buenos Aires.

²⁴ Se analizaron 728 escrituras correspondientes al periodo 1992- 2008, que constituyen el total de las archivadas en la Escribanía General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

una escritura a nombre del estado. Sin embargo, otras fuentes consultadas dan cuenta de la existencia de múltiples expropiaciones “intentadas” desde la recuperación democrática hasta la actualidad por los funcionarios y legisladores de la provincia de Buenos Aires. Algunas de ellas llegarán a materializarse tras largos procesos judiciales, otras serán abandonadas en el camino. Una de las maneras en que podemos dimensionar la actividad expropiatoria es a partir del análisis de las expropiaciones anotadas en el Registro de la Propiedad, ya que muchas de ellas constituyen anotaciones preventivas que se inscriben cuando se aprueba una ley declaratoria de utilidad pública. Este dato nos puede ayudar a aproximarnos a la distancia existente entre las expropiaciones intentadas por el estado y su materialización en una escritura a nombre del estado provincial. Una rápida revisión de las anotaciones del Registro de la Propiedad entre los años 2004 y 2009 nos permite conocer que solamente entre esos cinco años se realizaron 597 anotaciones relativas a expropiaciones.

CUADRO 1
EXPROPIACIONES ASENTADAS EN EL
REGISTRO DE LA PROPIEDAD 2004-2009

Tipo A	2004	2005	2006	2007	2008	2009 (*)
Sentencia	51	42	18	25	28	15
Anotación preventiva	83	28	11	15	25	83
Avenimiento	5	31	113	43	138	67
Retrocesión	6	2	1	2	2	4
Total	145	103	143	85	193	169

* Corresponde al periodo enero-septiembre.

Fuente: Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

GRÁFICA 2
JUICIOS EXPROPIATORIOS INICIADOS (1984-2006)



Fuente: elaboración propia con base en datos proporcionados por el Departamento de Registro de Juicios de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires y el Departamento de Estadísticas de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¿Por qué muchas de estas expropiaciones fracasan? Por múltiples razones. Sin duda la judicialización constituye un factor de peso en esta explicación. Si bien los datos disponibles no nos permiten avanzar en la construcción de un índice de litigiosidad, si comparamos el total de las expropiaciones archivadas en la Escribanía General de Gobierno entre 1992 y 2008 con el total de causas iniciadas según la Suprema Corte de Justicia Provincial entre 1984 y 2006, encontramos que frente a 738 expropiaciones concretadas en el primer periodo, los juicios ascienden a 2 664. Hay varios factores a considerar para interpretar adecuadamente estos datos. Por un lado, que una misma ley expropiatoria en ocasiones afecta a varios propietarios que inician juicios individualmente. También hay que considerar que el activismo de los abogados y los incentivos presentados por ciertos fallos judiciales provocan que alguna tierras afectadas por ciertas obras públicas hace muchos años y que no fueron formalizadas en actos expropiatorios sean reclamados en fechas recientes, con lo cual aumentan la cantidad de causas iniciadas en estos años por expropiaciones realizadas varias décadas atrás.

Las expropiaciones ejecutadas en el marco del desarrollo de vialidades y obras de infraestructura urbana constituyen parte de la actividad rutinaria de las agencias provinciales. Pero además de este tipo de uso, desde mediados de los años ochenta y al calor de la emergencia de nuevos actores políticos y sociales propiciada por la democratización, la expropiación adquirió nuevos usos y significados. Así, desde mediados de los años ochenta en la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, la expropiación fue invocada como un recurso legítimo del estado provincial para la regularización dominial en favor de sectores populares. Entre 1984 y 2006 se sancionaron 134 leyes declaratorias de utilidad pública de inmuebles con fundamento en el derecho a la vivienda, y más de 100 leyes que prorrogaron la vigencia de las primeras. De estas leyes, sólo un porcentaje insignificante ha logrado llevarse a efecto. Sin embargo, esta constatación no equivale a afirmar que estas leyes carecen de importancia. Lejos de ese tipo de reflexión, consideramos necesario dimensionar los efectos sociales de estas leyes, que constituyen un indicador del modo en que el estado provincial se vinculó con los sectores populares y sus organizaciones.

En la abrumadora mayoría de las leyes expropiatorias que procuraron la regularización dominial de asentamientos (y algo parecido diremos de las fábricas recuperadas), la declaración de utilidad pública tuvo el efecto concreto de suspender los desalojos de los ocupantes de los predios a expropiar.²⁵ Como vimos, un número importante de las leyes expropiatorias dictadas entre 1984 y 2006 se sancionaron exclusivamente para renovar estos plazos. Un análisis que considere las expropiaciones exclusivamente desde el punto de vista de las políticas públicas, concebirá a la sanción de estas leyes como un paso “formal”

²⁵ En opinión de uno de los informantes calificados que participó en la reunión grupal de discusión del texto preliminar a esta versión, no es que la sanción de la ley obligue a los jueces a suspender los desalojos, pero el hecho es que los jueces no dictan desalojos cuando hay una ley sancionada.

necesario pero irrelevante a la hora de viabilizar la regularización dominial, sobre todo a la luz de los resultados logrados. Por el contrario, desde el punto de vista de las organizaciones sociales y de los referentes políticos e institucionales involucrados en su promoción, las leyes expropiatorias constituyen un recurso valioso que, al tiempo que impide desalojos, activa una red de intercambios y relaciones políticas y sociales. La sanción de las leyes se celebra públicamente como “triumfo” no sólo porque tienen el efecto inmediato de detener el agravio inminente, sino que implican cierta legitimación estatal y social de la ocupación y de las relaciones entre ocupantes, mediadores y funcionarios estatales.

Quizás sea imposible entender este proceso sin atender a la capacidad performativa que tuvo un exitoso proceso de tomas de tierras en el sur de la provincia de Buenos Aires, que continuó con la sanción de la primera ley expropiatoria que declaraba la utilidad pública con fines de regularización dominial, la ley 10.239, y finalmente la escrituración de gran parte de ese suelo por sus ocupantes. Como señala Pedro Nuñez:

La toma de tierras en ese partido del sur del Gran Buenos Aires inauguraba un proceso de articulación entre autoridades estatales y organizaciones sociales que [...] se remonta a los inicios de la década de los ochenta. El Estado se responsabilizaba de definir de manera conjunta con las sociedades de fomento y las organizaciones barriales, la regularización dominial de los terrenos, garantizar la provisión de los servicios públicos básicos y satisfacer reclamos como la construcción de escuelas y salas de primeros auxilios (Nuñez, 2010: 231).

Esta exitosa primera experiencia puede ser pensada como un poderoso incentivo para otros colectivos y mediadores políticos, pero al mismo tiempo como la construcción de nuevos problemas sociales que fueron procesados por el estado provincial. Al final de una reconstrucción sociológica de la expropiación se observa que en los últimos 25 años un conjunto de organizaciones socia-

les y mediadores políticos, generalmente con sólidos vínculos en el aparato estatal, han impulsado el tratamiento estatal de los temas de la vivienda popular y del mantenimiento de las fuentes de trabajo a partir de las leyes expropiatorias.

Ahora bien, tras verificar la realidad de la constante renovación de los plazos y el masivo incumplimiento de la regularización de estas leyes vigentes, es necesario pensar los límites de este tipo de solución, que si bien inicialmente habilitó el ingreso del problema del acceso al suelo como “tema público” no tuvo idéntica eficacia para activar la regularización dominial. Desde una mirada que focalice en las transformaciones del estado, es notable cómo ante la carencia de una política pública capaz de brindar respuestas al problema de la informalidad en la tenencia de la tierra, y en términos generales de la vivienda popular, el poder legislativo se convierte en el espacio institucional en el cual se atienden situaciones particulares de aquellos actores y organizaciones que, por medio de los contactos personalizados o mediante la organización y acción colectiva, logran que su “caso” se transforme en ley.

Al igual que en el caso de la regularización dominial, el de las fábricas recuperadas constituye la segunda situación en la que el estado expropia a un particular para transferir la propiedad a otro particular. Los fundamentos de este tipo de leyes vislumbran una interpretación de la utilidad pública como la intervención estatal en favor de determinados sectores y organizaciones, bajo el entendido de que esta satisfacción particular redundará en beneficios colectivos. Este tipo de interpretaciones no abreva en una noción de lo público como lo común o potencialmente abierto a todos, como sería el caso de una escuela, un parque público, un camino o una ruta; aunque sí en el interés compartido (público como común), en la existencia de un piso mínimo de derechos a todos los habitantes. Las declaraciones de utilidad pública con destino a la expropiación de las llamadas “fábricas recuperadas” para ser transferidas en propiedad a las cooperativas formadas por los trabajadores son un ejemplo de idéntica interpelación

al estado para que intervenga bajo consideraciones de justicia o equidad social. Tampoco en estos casos la sanción de las leyes ha sido acompañada de la concreción de las expropiaciones. Más aún, éstas han sido sistemáticamente vetadas por el poder ejecutivo provincial. Sin subestimar la colisión entre diversas concepciones de las prioridades políticas, no habría que desdeñar la existencia de un tipo de contradicción clásica en los sistemas democráticos, tal como la existente entre criterios políticos y criterios técnicos a la hora de ponderar las intervenciones estatales encaminadas a la expropiación. Algunos funcionarios entrevistados con un perfil técnico, vasta experiencia y antigüedad en sus funciones visualizan la sanción de estas leyes como expresiones de la búsqueda de rentabilidad electoral y construcción de alianzas con distintos sectores, pero con escasa viabilidad técnica. Temporalidades de corto plazo definirían estas intervenciones “políticas” que desprecian las previsiones presupuestarias y técnicas requeridas.

El rastreo realizado en diversas fuentes y oficinas gubernamentales también nos permitió acceder a otro tipo de situaciones en que se recurrió a la expropiación, esgrimiendo sentidos de “utilidad pública” novedosos. Por la relevancia en términos cuantitativos destacamos la expropiación de los terrenos ubicados en Epecuén, una ciudad que fue sepultada bajo el agua tras una inundación ocurrida en los años ochenta, donde se esgrimió la necesidad de activar una respuesta “solidaria hacia los habitantes de la localidad” perjudicados con la pérdida de sus casas. Es así que al mismo tiempo que se niega la supuesta responsabilidad estatal, el estado provincial activa esta respuesta en términos de “solidaridad”:

Es necesario destacar que mantener inundada el área urbana de Epecuén por un lapso de 10 años como mínimo —según lo informado por la Dirección Provincial de Hidráulica a fs. 7/12— hace imposible la recuperación de bienes materiales por los habitantes, quienes merecen por parte del Estado Provincial, la aludida

solidaridad ante la situación planteada; aun cuando es necesario insistir que las causas que derivaron en la inundación son ajenas al accionar Provincial (Decreto 9320/86).

Repasamos entonces distintas configuraciones y sentidos de la utilidad pública que dan cuenta de su carácter disputado. Como veremos en el próximo apartado, no han existido grandes reformas normativas en torno a la expropiación, aunque esto no nos debe llevar a la conclusión de la inexistencia de cambios en los sentidos y prácticas articuladas en torno al uso del poder expropiatorio del estado.

CONCLUSIONES

Durante los últimos 25 años, la expropiación ha estado lejos de las grandes luces de la agenda pública y del debate mediático. A diferencia de las décadas de 1940 y 1950 cuando el estado provincial realizó y publicitó grandes expropiaciones que le generaron muchas adhesiones y repudios, en los últimos 25 años la expropiación aparece como una actividad opaca y rutinaria, cuyo escrutinio reclama un complejo proceso de investigación.

Como vimos, casi siempre se expropian extensiones de suelo pequeñas y medianas para construir o ensanchar caminos y rutas o para realizar obras hidráulicas. Una alta proporción de estos casos termina en la justicia ante los reclamos de los propietarios que no aceptan el precio ofrecido en el procedimiento administrativo y demandan la tasación en sede judicial.²⁶ Los valores resultantes de las indemnizaciones definidas en instancias

²⁶ Una situación diferente se dio con las expropiaciones para autopistas en la capital federal durante la última dictadura. Aunque no tenemos elementos suficientes para discernir por qué hubo baja actividad judicial, no parece descabellado señalar que el marco represivo dominante fue el principal motivo por el que no hubo demandas judiciales en torno al monto de las indemnizaciones.

judiciales están muy lejos respecto de los criterios de los tasadores de la Fiscalía de Estado.

A la hora de examinar los problemas que atraviesa la tramitación institucional de la expropiación, es importante destacar que, como se ha observado en muchos otros países de América Latina, la judicialización eleva en gran medida el precio que debe pagar el Ejecutivo para expropiar.

Una de las problemáticas a la luz de la cual analizamos las expropiaciones fue la pregunta acerca del impacto de la democratización en el uso de la expropiación. Dos conclusiones pueden extraerse de ello: la primera es desechar una asociación lineal entre la instalación de un régimen democrático y el avance de nociones basadas en la función social de la propiedad en el caso argentino. Pero una vez dicho esto, resulta notable cómo, a partir de los años ochenta y al calor de los procesos de transición a la democracia, la expropiación aparece como un recurso legal que conecta las experiencias colectivas de tomas de tierras, mediando la politicidad de los sectores populares, con un estado que en estos 30 años no ha logrado articular respuestas efectivas al problema de la vivienda.

Si la organización de los sectores populares estuvo desde los inicios del siglo, hasta por lo menos la cruenta represión de la dictadura de la década de 1970, articulada en torno al mundo del trabajo, las de 1980 y 1990 serán las de la aparición de los movimientos anclados territorialmente, en los cuales el acceso a la tierra ocupa un lugar central. Esto es importante para entender por qué se sancionaron tantas leyes encaminadas a la regularización dominial, que pueden ser entendidas sociológicamente como arreglos que no permiten revertir la desigualdad en el acceso a la propiedad de la tierra, pero que ligan a las organizaciones barriales con el estado en un vínculo tenso y complejo.

Ahora bien, es indudable que en los últimos siete años, a partir de la expropiación de Aerolíneas Argentinas, del fallo de

la Corte Suprema sobre el llamado “corralito”²⁷ y de las leyes sobre fábricas recuperadas, existe la percepción sobre un cambio de orientación en la política oficial, a partir del establecimiento de ciertas limitaciones a la propiedad privada, que en el debate mediático argentino es tematizado como un problema de “seguridad jurídica”. En este punto, explorar las futuras decisiones judiciales del máximo tribunal y los debates académicos y mediáticos al respecto se vislumbra como una interesante senda para continuar en futuras investigaciones.

En segundo lugar, puede concluirse que la democratización ha viabilizado la traducción de ciertas demandas sociales por vivienda y trabajo en la legislatura, y ha posibilitado la “llegada” al espacio institucional de demandas antes invisibilizadas.

Respecto de si la globalización ha influido en el uso de la expropiación, no hemos encontrado evidencia de procesos globales en lo descrito aquí. Coincidimos con Antonio Azuela (2009) en que las culturas jurídicas y las dinámicas políticas nacionales y locales parecen tener una importancia mayor para entender la expropiación que las tendencias globales. Ahora bien, los efectos de la crisis económica en Argentina y el posterior cambio de modelo económico orientado hacia el mercado interno tras una década de total apertura económica y retiro del estado de la actividad económica, nos permiten entender este nuevo uso de las expropiaciones en el apuntalamiento de ciertas experiencias de “economía social” (cooperativas).

Estrechamente ligado al último punto, en América Latina los procesos de reforma estatal han estado ligados a procesos de descentralización de las competencias y capacidades desde el estado federal hacia provincias y municipios. Como vimos, en Argentina, y particularmente en la provincia de Buenos Aires, no se han operado reformas legales sustantivas en este

²⁷ Se denomina así a la situación generada en el marco de la crisis de 2001, cuando a partir de una resolución del gobierno nacional se impedía a los ahorradores retirar todo su dinero de los bancos.

punto. La capacidad de expropiar se encuentra centralizada en el poder federal y provincial, mientras se encuentra en discusión en instancias judiciales si los municipios tienen la potestad de expropiar. Pero a pesar de la ausencia de reformas descentralizadoras, nuestro estudio nos permite observar el redimensionamiento del espacio municipal como espacio territorial de anudamiento de la política de los sectores populares. En el mismo sentido, muchas veces el origen de la trama de relaciones políticas y sociales se encuentra en el vínculo entre gestiones municipales, legisladores provinciales y organizadores sociales.

A la hora de cerrar este capítulo y reflexionar sobre las nuevas preguntas abiertas, destacamos la necesidad de realizar estudios de carácter empírico que nos permitan entender el impacto material y simbólico de la expropiación en las políticas públicas del estado argentino. Así, la relación entre democracia y función social de la propiedad constituye una senda de exploración de urgente consideración. Junto con este tipo de trabajo de carácter histórico, consideramos indispensable trabajar en el análisis de los distintos discursos públicos (políticos, periodísticos, jurídicos) sobre el derecho de propiedad y la utilidad pública en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aronskind, R. 2008. *“Controversias y debates en el pensamiento económico argentino”*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, Biblioteca Nacional, colección “25 años 25 libros”.
- Azuela, Antonio. 2009. “The Use of Eminent Domain in São Paulo, Bogotá and Mexico City”. En *Property Rights and Land Policies*, coordinado por Gregory K. Ingram y Yu-Hung Hong. Cambridge. Lincoln Institute of Land Policy.

- Azuela, Antonio, Carlos Herrera y Camilo Saavedra Herrera. 2009. "La expropiación y las transformaciones del estado". *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 3, junio-septiembre.
- Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado. 1979. *Planificación Arco Sudoeste*. Buenos Aires: CEAMSE.
- Clichevsky, N. 2001. "Mercado de tierra y sector inmobiliario en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Transformaciones e impactos territoriales". Ponencia presentada en el VI Seminario de la Red de Investigadores en Globalización y Territorio. Rosario, 2, 3 y 4 de mayo.
- Cravino, M.C., J. Del Río y J. Duarte. 2010. "Los barrios informales del Área Metropolitana de Buenos Aires: evolución y crecimiento en las últimas décadas". *Revista Ciudad y Territorio*, vol. XLII, núm. 163, Madrid.
- Cravino, M.C., R. Fernández Wagner y O.D. Varela. 2002. "Notas sobre la política habitacional en el Área Metropolitana de Buenos Aires en los años '90". En *Cuestión social y política social en el Gran Buenos Aires*, coordinado por L. Andrenacci. Buenos Aires: Ediciones al Margen, Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Cuenya, B. 1997. "Descentralización y política de vivienda en Argentina". En *Reestructuración del Estado y política de vivienda en Argentina*, compilado por A. Cuenya y Falú. Buenos Aires: CEA-CBC-UBA.
- Del Río, J.P. y J.I. Duarte. 2010. "Gestión de suelo, localización y distribución de la ciudad. Un análisis del Plan Federal de Viviendas en el Conurbano Bonaerense, 2003-2009". Ponencia presentada en el taller Transformaciones urbanas, ambientales y políticas públicas, organizado por el área de Estudios Urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Buenos Aires, 5 y 6 de agosto.
- Fernández, L. 2010. "Mantenga limpia Buenos Aires. La impronta de la dictadura en la gestión de la basura del Gran Buenos Aires". Ponencia presentada en el taller Transforma-

- ciones urbanas, ambientales y políticas públicas, organizado por el área de Estudios Urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Buenos Aires, 5 y 6 de agosto.
- Fernández Wagner, R. 2008. *Democracia y ciudad. Procesos y políticas urbanas en las ciudades argentinas (1983-2008)*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, Biblioteca Nacional, colección “25 años 25 libros”.
- Forcinito, K. y G. Tolón Estarellas, G. 2008. *Reestructuración neoliberal y después... 1983-2008: 25 años de economía argentina*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, Biblioteca Nacional, colección “25 años 25 libros”.
- Garay, A. (coord.). 2007. “Proceso de planificación en el área metropolitana. La Gran Buenos Aires y su idea de ciudad”. En *Lineamientos Estratégicos para la Región Metropolitana de Buenos Aires*. La Plata: Subsecretaría de Urbanismo y Vivienda. Dirección Provincial de Ordenamiento Urbano y Territorial de la Provincia de Buenos Aires.
- Laura, G. 1970. “La ciudad arterial”. Buenos Aires: s.e.
- Laura, G. 1978. *El cinturón ecológico*. Buenos Aires: Ediciones CEAMSE.
- Lindemboin, J., J. Graña y D. Kennedy. 2005. *Distribución funcional del ingreso en Argentina ayer y hoy*. Buenos Aires: CEPED, Documento de trabajo, núm. 4.
- Maiorano, J. 1978. *La expropiación en la ley 21.499*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Merklen, Denis 2010. *Pobres ciudadanos: las clases populares en la era de la democracia argentina*. Buenos Aires: Editorial Gorla.
- Nuñez, Pedro. 2010. “Arreglos locales y principios de justicia en pugna”. En Gabriel Kessler, Maristela Svampa e Inés González Bombal. *Reconfiguraciones del mundo popular*. Buenos Aires: Prometeo.
- Oszlak, O. 1991. *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano*. Buenos Aires: CEDES, Humanitas.

- Oyhandy, Angela. 2010. "La expropiación como herramienta de las políticas urbanas en la Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires, 1983-2006". Informe. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Rabotnikof, N. 2005. *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. México: UNAM.
- Reese, E. 2006. "Caracterización de la Región Metropolitana de Buenos Aires". Mimeo.
- Scotti, E. 2000. *Legislación urbanística. Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Scotti Editora.

DOCUMENTOS Y LEGISLACIÓN

- Constitución de la Nación Argentina (1994), en <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf>
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), en <<http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/constitucion.php>>
- Ley nacional núm. 21.499.
- Ley nacional núm. 23.512.
- Ley provincial núm. 5.708.
- Memorias del seminario "La gestión del suelo urbano". Buenos Aires: Universidad Austral, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 1991.
- Programa CONHABIT. Subprograma GESPLAN. 1976. "Antecedentes de legislación sobre régimen del suelo y planificación urbana". Buenos Aires: SERNAH, MOP, Naciones Unidas.

Capítulo segundo

La expropiación en la Argentina: prácticas y debates jurídicos en torno a la utilidad pública

Melinda Lis Maldonado y Ángela Oyhandy

INTRODUCCIÓN

Este capítulo explora la expropiación en la Argentina, en especial en la provincia de Buenos Aires y en la ciudad de Buenos Aires desde la óptica del derecho, centrándose tanto en la importancia de la utilidad pública en la configuración del régimen normativo (y sus cambios) como en las prácticas jurídicas que éste habilita.

Nuestro punto de partida toma en cuenta que el régimen jurídico de la expropiación en Argentina constituye uno de los más restrictivos y engorrosos de América Latina, ya que incorpora un complejo juego de vetos y concurrencias entre poderes, que podría llevarnos a inferir un interés del legislador por resguardar celosamente las posibilidades de avanzar sobre la propiedad privada.

Del análisis que haremos en torno al régimen jurídico, nos interesa resaltar el papel desempeñado por los tres poderes del estado y el juego que se da entre ellos. Este juego está determinado principalmente por la forma y presencia del requisito de la declaración de la utilidad pública, es decir, si es general o específica y si puede suplirse por completo. Veremos cómo estos

aspectos son determinantes en la configuración del régimen jurídico vigente en el nivel tanto nacional como provincial y cómo las rupturas y continuidades en el régimen jurídico —a partir de sus reformas— tienen relación con el requisito de la declaración de utilidad pública. Luego de este estudio, revisaremos algunos debates presentes en las sentencias judiciales vinculadas con la práctica expropiatoria, especialmente por su relación con el requisito de la declaración de la utilidad pública.

Por lo tanto, este camino se transitará en tres trayectos.

1) *Régimen jurídico de la expropiación*. Aquí veremos en términos generales cómo la declaración de utilidad pública es la pieza primaria en la articulación entre los poderes del estado y que pone en funcionamiento el complejo sistema expropiatorio argentino.

2) *Expropiación, debate público y reformas legales*. Se destacan las rupturas y continuidades del régimen jurídico de la expropiación a partir de las reformas que se han hecho al mismo y a su impacto en el debate público.

3) *Algunos debates judiciales en torno a la práctica expropiatoria*. Para esta sección hemos escogido una serie de debates contenidos en algunas sentencias judiciales que develan una alta tensión entre los poderes del estado, poniendo en discusión el papel de cada uno de ellos, y/o que tienen un gran impacto económico. Estas sentencias se agrupan en torno a cuatro temas: el concepto de utilidad pública, la expropiación inversa o irregular, la utilización de la expropiación diferida en el caso de la construcción de las autopistas urbanas emprendida por el gobierno de la dictadura, y la capacidad del municipio para expropiar.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPROPIACIÓN

Entendemos por régimen jurídico de la expropiación al conjunto de las reglas y de los procedimientos que facilitan o complejizan el uso de esta herramienta. Como señalan Azuela,

Herrera y Saavedra (2008:2) “la tensión entre el interés público y el privado, inherente a la expropiación, hace que ésta sea una de las figuras jurídicas más controvertidas a lo largo del mundo. Por ello, su regulación es una de las piezas esenciales de los regímenes patrimoniales contemporáneos”.

Nos interesa reflexionar aquí sobre el diseño constitucional de la expropiación porque sienta las reglas del juego en el que participarán los tres poderes del estado y otros actores en torno a la transformación de bienes privados en bienes públicos; reglas que serán desarrolladas legalmente.

En Argentina, además de la existencia de una Constitución Nacional y una Ley Nacional de Expropiaciones (ley 21.499), cada provincia cuenta con una constitución propia y una ley provincial de expropiaciones. El resultado de esto es que cada provincia tiene un régimen expropiatorio diferente. Nuestro objeto de análisis se centrará en algunos puntos específicos de la normativa nacional y de la provincia de Buenos Aires.

La Constitución Nacional, así como también la de la provincia de Buenos Aires, que nos interesa particularmente, establece la necesidad de la sanción de una ley previa que califique la utilidad pública de los bienes a expropiar. Es esta una de las especificidades de la expropiación en Argentina. La Constitución Nacional establece en su artículo 17 que “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada [...]”. Y la Constitución de la provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 31 que “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

El análisis del procedimiento expropiatorio nos permite inferir que el argentino es uno de los más dificultosos de América Latina. Así, las limitaciones constitucionales a los gobiernos

para disponer de la propiedad privada en función del interés público se estructuran a partir de un complejo mecanismo de controles entre poderes. En primer lugar, veremos que es el Poder Legislativo el encargado de declarar la utilidad pública y la consiguiente necesidad de expropiación, y que luego será el Poder Ejecutivo quien deba llevar adelante el procedimiento de tasación y avenimiento con el propietario para poner en práctica lo dispuesto por la ley. En el caso de inconformidad del propietario se habilita la intervención del poder judicial. De este modo, si tenemos en cuenta el análisis comparativo desarrollado por Azuela, Herrera y Saavedra (2009) el procedimiento expropiatorio en Argentina es uno de los que requiere la concurrencia de la mayor cantidad de actores institucionales dotados de capacidad de veto, al incluir potencialmente a los tres poderes en el procedimiento.

Como explica Dromi (2006: 957), la nación y las provincias son los únicos titulares de la competencia expropiatoria, pues ejercen por sí mismas y directamente la facultad de declarar la utilidad pública. Es esta una atribución constitucional privativa y excluyente, dado que ninguna otra persona física o jurídica, pública o privada, goza de competencia para calificar la utilidad pública. La calificación la realiza siempre el órgano legislativo correspondiente, pero la promoción de la expropiación pueden hacerla personas distintas del Estado, como las entidades descentralizadas (autárquicas, municipalidades, empresas del estado) y particulares, todos ellos autorizados por ley. Se opera así, en cuanto a la promoción expropiatoria, un desdoblamiento en la categoría de sujeto activo: originario y derivado.

Esto significa que los municipios no tienen competencia constitucional para declarar la utilidad pública, pero sí para ejecutarla (en caso de que estén autorizados). Así, a la compleja articulación entre el poder legislativo, el judicial y el ejecutivo debe sumársele la falta de competencia de los municipios para colocar la primera pieza que pone en funcionamiento este mecanismo: la declaración de utilidad pública.

Decíamos que la declaración de la utilidad pública constituye una pieza fundamental en este complejo sistema expropiatorio, porque trae a escena a un actor principal: el órgano legislativo provincial o nacional, que luego compartirá escenario con los otros poderes. ¿Pero es posible que este actor principal esté ausente? Analizaremos dos casos específicos en que la declaración de utilidad pública no se requiere para que opere la expropiación. El primer caso, se refiere a las obras hidráulicas y viales en la provincia de Buenos Aires, y el segundo caso se relaciona con las restricciones al dominio que son presupuesto de la expropiación inversa en la Ley Nacional de Expropiaciones.

Si nos detenemos en la provincia de Buenos Aires, al trasladarnos del nivel constitucional a la Ley provincial 5.708, la cual regula el procedimiento expropiatorio, veremos que ésta establece en su artículo 3 una importante excepción a la necesidad de ley especial ya que: “Las expropiaciones, deberán practicarse mediante ley especial que determine explícitamente el alcance de cada caso y la calificación de utilidad pública o interés general”. Pero acto seguido establece una excepción:

Exceptúanse de tal requisito los inmuebles afectados por calles, caminos, canales y vías férreas, y sus obras accesorias en las que la afectación expropiatoria está delimitada y circunscrita a su trazado, quedando la calificación de utilidad pública declarada por la presente Ley.

Así, desaparece la necesidad de la intervención del poder legislativo para expropiar con miras a la ejecución de vialidades y obras hidráulicas, ya que el interés público queda genéricamente declarado en estos casos por la citada norma. El legislador excluyó, para el desarrollo de este tipo de obras de infraestructura, el consenso de uno de los actores con capacidad de veto (el legislativo), facilitando de este modo el complejo procedimiento expropiatorio que venimos describiendo. Como se explicó en el capítulo anterior en relación con los usos efectivos de la

herramienta expropiatoria en la provincia de Buenos Aires, este tipo de expropiaciones destinadas a la realización de vialidades y obras hidráulicas es el que más frecuentemente culmina en un protocolo de expropiación, con el consiguiente traspaso efectivo de la propiedad desde manos privadas hacia el estado.¹ Es importante mencionar que esta excepción a la necesidad de ley especial no existe en la norma nacional (la ley 21.499 sancionada en 1977 por la dictadura militar que gobernó al país entre 1976 y 1983).

Sintetizando, en la provincia de Buenos Aires el acto expropiatorio inicia a partir de dos trayectos institucionales diversos, dependiendo de la finalidad asignada al bien a expropiar. Este disímil recorrido institucional asignado por la ley al acto expropiatorio, en función del tipo de “destino” asignado al bien objeto de la expropiación, habilita la posibilidad de la intervención de los tres poderes del estado que interactúan en torno a este tema, frente al desacuerdo del expropiado con el monto indemnizatorio o el señalamiento de la arbitrariedad en la calificación de la utilidad pública.

Así, la provisión de infraestructura vial e hidráulica ha sido exceptuada en la provincia de Buenos Aires del procedimiento más complejo, perfilándose como una definición de la utilidad pública privilegiada en el marco regulatorio provincial con un trámite menos conflictivo.² Indudablemente, este tratamiento diferencial da cuenta del establecimiento de una prioridad, al

¹ Estos datos derivan de la sistematización realizada en el marco de la investigación titulada “La expropiación como herramienta de las políticas urbanas en la Argentina de Ángela Oyhandy. El caso de la provincia de Buenos Aires. (1983-2006)”, realizada con el financiamiento del Lincoln Institute durante 2009.

² Alrededor de 95% de los protocolos revisados estaba destinado a este tipo de destinos. Otro indicador de la relevancia de las expropiaciones realizadas con este fin es que el Ministerio de Infraestructura (responsable en la actualidad de Obras Hidráulicas y Vialidades) expropia autónomamente sin consulta al Consejo Provincial del Expropiaciones, organismo de la ley 5.708 encargado de centralizar las expropiaciones provinciales.

eliminar la instancia de deliberación legislativa y facilitar la tramitación de estas expropiaciones. De esta forma, el carácter de utilidad pública de este tipo de obras ingresó en la esfera de lo indiscutible, de aquello que no necesita deliberación y consenso legislativo mediante la sanción de una ley especial. En estos casos, el Poder Ejecutivo es el actor que inicia y culmina la expropiación, salvo que el propietario se inconforme y recurra al poder judicial.

CUADRO I
UTILIDAD PÚBLICA

<i>Utilidad pública</i>	<i>Acuerdo expropiado</i>	<i>Actores intervinientes</i>	<i>Resolución</i>
Vialidades y obras hidráulicas	Procedimiento administrativo	Poder Ejecutivo	Avenimiento
Otras	Ley + procedimiento administrativo	Poder Ejecutivo + Poder Legislativo	Avenimiento
<i>Utilidad pública</i>	<i>Des-acuerdo expropiado</i>	<i>Actores intervinientes</i>	<i>Resolución</i>
Vialidades y obras hidráulicas	Procedimiento administrativo fallido + juicio expropiatorio	Poder Ejecutivo Poder Judicial	Sentencia
Otras	Ley + procedimiento administrativo fallido + juicio expropiatorio	Poder Ejecutivo Poder Judicial Poder Legislativo	Sentencia

EXPROPIACIÓN, DEBATE PÚBLICO Y REFORMAS LEGALES: CAMBIOS Y CONTINUIDADES

Este apartado busca registrar los contextos de discusión asociados a las reformas del marco normativo de la expropiación. Como ya señalamos, en el plano nacional se encuentra vi-

gente una ley de 1977 emanada de la última dictadura militar (1976-1983), y desde entonces no se han producido transformaciones legales de peso. Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, la ley 5.708 actualmente vigente fue dictada en 1952 y su sanción tuvo como objetivo sustituir a la ley provincial de expropiaciones sancionada en 1947 que despertó grandes polémicas y que fue asociada a las grandes expropiaciones de tierras anunciadas, y en muchos casos efectivamente realizadas. Antes de analizar los efectos políticos y sociales de esta polémica norma que la ley actualmente vigente vino a reemplazar, es fundamental destacar que la misma identificaba una pluralidad de destinos que fueron genéricamente declarados como de utilidad pública, estrechamente vinculados a un modelo de intervención estatal protagonista del desarrollo económico.

Citamos en extenso el artículo 11:

Decláranse de utilidad pública:

- a) Los ferrocarriles de jurisdicción provincial.
- b) Los telégrafos, teléfonos, las estaciones de radiotelefonía, radiotelegrafía o cualquier otro sistema de comunicación dentro del territorio de la provincia.
- c) Los terrenos destinados a ejido de ciudades y pueblos, ferrocarriles, caminos, calles, plazas, futuras ampliaciones, obras complementarias o extracción de tierras u otros materiales, construcción de canales de irrigación y de transporte e instalaciones accesorias y complementarias a establecimientos penales y carcelarios, a casas de justicia, a hospitales, lazaretos y cementerios, a escuelas, comisarías y otros edificios de propiedad fiscal o municipal, a la formación de colonias y parques, balnearios, estadios, campos de deportes y aeródromos, a vivienda de los encargados de la conservación permanente de los caminos generales en una superficie de hasta cinco hectáreas en cada caso, a la formación de nuevos centros de población o ampliación de los existentes o para facilitar la adjudicación en los lugares adecuados de nuevos vecindarios, industrias o establecimientos agropecuarios.

- d) Los caminos, calles, plazas, puentes y canales de irrigación y de transporte ya construidos.
- e) Las corrientes de aguas naturales para ser utilizadas directamente o mediante canales de derivación como fuente de producción de energía para atender edificios públicos o de fomento industrial, como así también los terrenos indispensables para las obras indispensables o accesorias para su mejor desenvolvimiento.
- f) Los cursos de agua en lagunas de propiedad particular y los peces existentes en ellas con destino a cultivo, reproducción y estudio de la piscicultura por parte de la provincia o de las municipalidades.
- g) Los lagos cuyo dominio sea total o parcialmente particular.
- h) Las usinas generadoras, proveedoras o distribuidoras de energía eléctrica o agua corriente, sus instalaciones o accesorios pertenecientes a particulares durante la vigencia o al finalizar el correspondiente contrato de concesión de servicio de luz, fuerza motriz o agua corriente.
- i) Los documentos o publicaciones que revisten interés histórico.

Esta norma sancionada en 1947, y durante su periodo de vigencia, hasta su modificación en 1952, propició numerosas y polémicas expropiaciones que fueron reivindicadas por el gobierno de Juan Domingo Perón como instrumentos fundamentales de un proyecto de desarrollo económico y social. Aunque no se han encontrado trabajos historiográficos que puntualicen en el estudio particular de las expropiaciones, la literatura acerca de la política agraria del peronismo destaca la fundamental importancia de las mismas en la construcción de alineamientos políticos y debates públicos. Así, vemos que tras la sanción de una ley expropiatoria que concedía amplias facultades al Poder Ejecutivo para expropiar sin necesidad de una ley especial que definiera la utilidad pública para los casos arriba mencionados, apenas cinco años después, fue reemplazada por otra ley que retomaba el complejo procedimiento para habilitar el uso de la herramienta expropiatoria que rige en Argentina hasta la actualidad.

Y es que es necesario señalar que durante el periodo 1945-1952 se desarrolló un intenso debate institucional con una amplia resonancia política y social en torno al derecho de propiedad y al papel de la expropiación en la provisión de bienes públicos que no volvió a replicarse con estas características hasta la actualidad. Así, la norma actualmente vigente, si bien establece una excepción al mandato constitucional que reclama ley previa que declare la utilidad pública, implicó en 1952 una restricción con respecto a la norma anterior. Como señala Lattuada (2002), el año posterior a la sanción de la ley que habilitó amplios poderes expropiatorios al estado provincial, es decir, 1948, fue el año más activo en materia de expropiaciones, y en parte por ello, el de la agudización de los conflictos entre el peronismo y los grandes propietarios rurales. Se trató fundamentalmente, de expropiaciones en el ámbito rural, las cuales incluyeron también la expropiación de silos y elevadores de las empresas privadas (Lattuada, 1986).

A contraluz de las escasas modificaciones legales que sufrió el régimen expropiatorio durante la segunda mitad del siglo XX, es notable el pasaje en tan corto lapso temporal desde una ley que concedía al Poder Ejecutivo amplias facultades para expropiar sin necesidad de una ley especial en usos tan amplios como los vinculados al desarrollo urbano, a la provisión de infraestructura, a la conformación de patrimonio histórico y otras funciones vinculadas al equipamiento edilicio de las distintas agencias estatales (comisarías, cárceles, campos de deporte, entre otros usos citados en la norma), hasta su restricción apenas cinco años después. Esta última reforma ha sido estudiada como parte del cambio en la política agraria del peronismo, que se materializó en un cambio de discurso en torno al contenido de la “función social de la propiedad”, que pasa de un claro cuestionamiento del peronismo a la gran propiedad (en términos de extensiones de tierra) al concepto de “explotación irracional”, focalizado en la ociosidad de la tierra.

Durante los años que separan estas dos normas, se sancionaron leyes como la 5.101 (1946) que dispuso la expropiación de 25 mil hectáreas, al tiempo que se sucedieron distintas estrategias de bloqueo a su ejecución. Sin entrar en un estudio pormenorizado del periodo, aquí nos interesa destacar que se trató de un momento histórico inédito, en el cual desde una fuerza política mayoritaria, y ocupando las instituciones representativas del estado, se puso en cuestión el complejo proceso expropiatorio consagrado constitucionalmente.

Al revisar los fundamentos que acompañaron la sanción de la ley 5.708, que vino a cristalizar el retroceso de la capacidad estatal para disponer sobre el propietario privado, es significativo que uno de los ejes de la argumentación descansa en el señalamiento de la necesidad de adecuar el procedimiento expropiatorio de la provincia de Buenos Aires a la tesis constitucional que reclamaba la sanción de ley especial para declarar la utilidad pública ante cada acto expropiatorio. Recuperando en clave constitucionalista el rol del Poder Ejecutivo en la declaración de la utilidad pública:

Tengo el honor de someter a Vuestra Honorabilidad el proyecto de ley que se acompaña a fin de adecuar las normas de expropiación a los preceptos constitucionales correspondientes. En la actualidad, rige en la provincia la Ley General de Expropiaciones número 5.141. Ésta determina en su artículo 11 una declaración de casos de utilidad pública, por lo cual la Honorable Legislatura no se expide en cada caso particular de expropiación. Es decir, el Poder Ejecutivo de la provincia o las municipalidades, según las situaciones, procedan a la expropiación de un bien de acuerdo con la autorización general conferida. La correcta tesis constitucional es la de que, en cada caso de expropiación, debe expedirse el Poder Legislativo. En otros términos, para cada caso se necesita una ley. La Constitución de la provincia, de conformidad con los artículos 5 y 38 de la Constitución Nacional, establece: La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (artículo 30). De esta disposi-

ción, surgen los tres requisitos fundamentales de la expropiación: a) causa de utilidad pública o interés general; b) calificación por ley; c) indemnización previa. El requisito de “calificación” es el que motiva principalmente el presente proyecto. En efecto, “la calificación” significa que cada caso de expropiación debe ser determinado por el Poder Legislativo, consagrándose, así, una mayor garantía para todos los habitantes, a la vez que se asegura un mejor análisis en la disposición de los bienes necesarios.

De esta manera, en los fundamentos de la ley 5.708, los argumentos en favor de un nuevo posicionamiento del Poder Legislativo conviven con la reivindicación de un nuevo sentido y definición de la propiedad privada que se expresaba en la Constitución Nacional de 1949, que incluía una mención explícita a la función social de la propiedad. El artículo 38 de esta Constitución señalaba:

La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

Esta Constitución fue suspendida por el golpe de estado que derrocó al gobierno de Perón en 1955 y que restableció (nominalmente) la Constitución anterior a la reforma de 1949. Es importante señalar que al estudiar 18 países de América Latina, la Constitución (reformada en 1994) es la única que actualmente no menciona de forma explícita la “función social de la propiedad”³ afirma Azuela, Herrera y Saavedra (2009).

³ Pero, como explica Melinda Maldonado (2007), si bien la Constitución Nacional no utiliza en su articulado la palabra “función social”, la función

La ley sancionada en 1952 limitó la definición genérica de utilidad pública exclusivamente a los casos de expropiaciones para proveer la infraestructura necesaria para calles, caminos y vías férreas, así como para la realización de obras hidráulicas.

Las reformas propuestas: que debe ser el Poder Legislativo el que debe decidir acerca de las expropiaciones que fueren convenientes para el normal y progresista desarrollo de los planes de gobierno. Así, se contribuirá a afianzar cada vez más la función social de la propiedad privada que, consagrada en las normas constitucionales, es una de las bases que, como todas las de la Nueva Argentina, propende a elevar el bienestar del pueblo [...] (Fundamentos de la ley 5.708 de la Provincia de Buenos Aires).

Desde 1952 hasta la actualidad, la ley 5.708 continúa vigente y sólo ha recibido reformas parciales. Y es que si durante las décadas centrales del siglo XX la expropiación se mantuvo en el centro del debate político con relación al modelo de desarrollo económico, por el contrario, en la Argentina de las décadas de los años ochenta y noventa, no fue un instrumento jurídico utilizado ni práctica ni retóricamente como eje estructurador de las políticas del estado. Por el contrario, bajo la importancia simbólica asignada al concepto de “seguridad jurídica”, la expropiación desapareció de los grandes debates públicos hasta la

social de la propiedad es una expresión constitucional. Así, una de las más importantes reformas de la ley suprema argentina en 1994 es la contenida en el art. 75 inc. 22, que otorga “jerarquía constitucional” a determinados Tratados Internacionales (los de derechos humanos) que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Uno de esos tratados es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 21 destaca el derecho de propiedad privada con esta fórmula: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.” Maldonado indica que este es uno de los argumentos para sostener que la función social de la propiedad es una noción constitucional en Argentina. Incluso, este es uno de los argumentos utilizados en el documento “Declaración Nacional por la Reforma Urbana en Argentina” (1 de octubre de 2007).

crisis del año 2001. Expresiva de esta tendencia son las escasas reformas que ha sufrido el marco normativo de la expropiación desde la sanción de la ley 21.499 por parte de la dictadura militar en 1977.

Las reformas parciales realizadas incorporan una serie de precisiones de carácter técnico, tales como la posibilidad de expropiar aquellas fracciones de tierra que existan frente a calles y que no puedan ser utilizadas independientemente (a fin de respetar las disposiciones relativas a la formación de parcelas) y la explicitación del modo en que debía ser interpretado el concepto “posesión”, a fin de calcular los intereses a pagar por el expropiante. Por su parte, en 1967, el decreto-ley 7.297 introdujo una serie de reformas, entre las cuales se destaca el establecimiento de un régimen de excepción en la implementación de las costas pautadas por el Código Civil para el juicio de expropiación. También se establecieron nuevas reglas para la emisión de los dictámenes de los peritos y otras precisiones relacionadas con la regulación de los honorarios de los abogados.

En la provincia de Buenos Aires, entre el conjunto de reformas se destaca en 1971 la reglamentación del Consejo de Expropiaciones, organismo de coordinación interministerial aún vigente, que será el encargado de centralizar el procedimiento administrativo y que es presidido por el fiscal de Estado.⁴

Finalmente, entre 2006 y 2008, en el contexto de las numerosas leyes de expropiación de fábricas e industrias en proceso de quiebras realizadas en beneficio de las cooperativas de trabajadores, se dictaron dos normas que incorporan ciertas reformas a la ley de expropiaciones. La ley 13.504 de 2006 incorpora una mención explícita a las unidades productivas, las instalaciones,

⁴ Otras modificaciones de relevancia fueron las sancionadas durante los años 1982 (decreto 836/82) y 1983. Esta última modificó el artículo 5 de la ley marco, estableciendo la necesidad de realizar la anotación preventiva de la expropiación en el Registro de la Propiedad, en el asiento concerniente al bien expropiado, con un plazo máximo de cinco años para concretar la expropiación.

maquinarias, marcas y patentes como unidades objetos de la expropiación. Esta última reforma señala el regreso de este instrumento al centro de la discusión legislativa, de la mano del giro en la política económica que operó en Argentina tras la crisis de 2001. En 2008 se sancionó la ley 13.828, que establece la suspensión por 360 días de los procesos judiciales iniciados en los cuales resulte demandada una unidad de producción cuya gestión se encuentre en manos de sus trabajadores (fábricas recuperadas), que hayan resultado expropiadas o cuyo trámite legislativo de expropiación se haya iniciado hasta el 30 de abril de 2008. Al igual que en la citada norma del 2006, en los fundamentos se hace referencia explícita a la crisis de 2001 y a la necesidad de defender los puestos de trabajo como argumento que legitima la declaración de la utilidad pública:

El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y del conjunto de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ello deriva que el derecho a trabajador debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad y la importancia que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite.

Es necesario remarcar que desde la recuperación democrática no se pusieron en práctica reformas al régimen legal de la expropiación, hasta los cambios de 2006 y 2008, asociados a los procesos de recuperación de fábricas. Y que las dos reformas legales recientes adecuan el régimen legal de la expropiación a las experiencias de las llamadas “fábricas recuperadas” a partir de la reivindicación del protagonismo estatal en la esfera económica. Es notable que hacia el final de nuestro periodo de estudio y tras décadas de opacidad en cuanto al tema de la expropiación en el centro del debate público argentino, reaparezca política y mediáticamente de la mano de la expropiación de Aerolíneas

Argentinas⁵ ya no vinculado al problema de la tenencia de la tierra rural (como en la década de los años cuarenta), ni de la provisión de infraestructura urbana (como en la época de la dictadura) y con menor relevancia mediática que las leyes expropiatorias para regularización dominial. Por el contrario, en la escena política e institucional posterior a la crisis del 2001, la expropiación de la empresa Aerolíneas Argentinas se inscribió dentro del programa de transformación del papel del estado en la economía, desandando las políticas de privatizadoras emblemáticas de la década anterior. En este caso en particular, el discurso de estatización y nacionalización van de la mano, bajo la idea rectora de “recuperación de la línea de bandera”.

Además de los casos de aquellas expropiaciones afectadas a la regularización dominial y a la recuperación de fábricas en manos de cooperativas de trabajadores que, como se analiza en el capítulo de Oyhandy y Duarte, constituyeron novedosos usos de la calificación de utilidad pública en la provincia de Buenos Aires, recientemente, ante episodios de toma de tierras por parte de sectores marginados del acceso a la tierra ha reaparecido el recurso a la expropiación. De forma emblemática, la violenta represión de una toma de tierras en la provincia de Jujuy (julio de 2011) que dejó como resultado el asesinato de cuatro personas, derivó en una ley expropiatoria de las tierras ocupadas. A diferencia de otros casos, una particularidad de la demanda de las organizaciones sociales que aglutinan el reclamo de tierras es el rechazo al pago de la indemnización hacia la empresa propietaria que implica la expropiación. Del mismo modo, la ley expropiatoria no individualiza los lotes a expropiar. Más que examinar aspectos técnicos o legales de estas expropiaciones resonantes, interesa visualizar cómo en el escenario político actual, el recurso a la expropiación sigue gozando de vitalidad

⁵ Las empresas Aerolíneas Argentinas y Austral fueron declaradas de utilidad pública y sujetas a expropiación mediante ley 26.466, sancionada el 17 de diciembre de 2008.

en tanto moneda de intercambio político ante reclamos sociales vinculados al acceso a la tierra y, en menor medida, a la defensa de los puestos de trabajo. Como analizamos en el capítulo anterior, la materialización de estas leyes ha sido absolutamente minoritaria y excepcional en los últimos treinta años, y si bien permite a los actores soluciones coyunturales e inestables, en estos casos la vigencia de la expropiación exhibe la carencia de soluciones de mediano y largo plazo.

ALGUNOS DEBATES JUDICIALES EN TORNO A LA PRÁCTICA DE LA EXPROPIACIÓN

En esta parte queremos analizar algunos debates contenidos en sentencias judiciales que giran en torno a la puesta en funcionamiento de la expropiación. Si bien los debates son numerosos, hemos elegido algunos de ellos, los cuales, de alguna manera, directa o indirectamente tienen relación con el requisito de la declaración de utilidad pública.

En primer lugar, el debate girará en torno al concepto de utilidad pública. En el capítulo anterior, Duarte y Oyhandy exploraron los distintos destinos englobados bajo la categoría de “utilidad pública” durante el lapso 1983-2006 en las leyes expropiatorias sancionadas por el Poder Legislativo de la provincia de Buenos Aires. En este capítulo analizaremos dos aplicaciones de este concepto, pero desde la óptica judicial, específicamente, como casos de “revisión judicial de la utilidad pública”. Uno de ellos es la expropiación como instrumento de recuperación de plusvalías urbanas, y el otro es la expropiación como medio para la regularización dominial. El primer caso, constituye una decisión remota (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1888), pero no por ello menos importante. El segundo caso (Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 2009), constituye una decisión judicial novedosa, que creemos que se constituirá en un *leading case* en la materia.

En segundo lugar veremos dos debates judiciales interesantes que se han desarrollado vinculados con la figura de la “expropiación inversa o irregular”, que es la expropiación iniciada por el propietario afectado (no por la administración pública) y, por lo tanto, no hay una declaración específica de la utilidad pública. Estos debates son la procedencia y la prescripción de la acción de expropiación inversa. Las posturas judiciales que se adopten están íntimamente relacionadas con el impacto económico de la expropiación como instrumento de política urbana.

En tercer lugar, retomaremos el caso del plan de autopistas urbanas de Buenos Aires tratado en el capítulo de Duarte y Oyhandy. En ese capítulo se indicó que fueron mínimos los reclamos judiciales, logrando, en la mayoría de los casos, la expropiación por avenimiento. Aquí, analizaremos algunos de esos “mínimos” reclamos judiciales que se dieron a partir de la utilización de la figura “expropiación diferida”, figura utilizada —aparentemente— porque el municipio no disponía de la totalidad de los recursos para pagar las expropiaciones “de una sola vez”. Este análisis nos planteará preguntas como ¿es conveniente utilizar la figura de la expropiación diferida cuando existen algunas limitaciones para financiar el pago de las expropiaciones?, y ¿qué consecuencias no deseadas puede acarrear la utilización de esta figura? En estos casos volverá a aparecer la figura de expropiación inversa y, por lo tanto, del requisito de la utilidad pública.

Cerraremos esta parte con un tema de bastante actualidad, que es la capacidad del municipio para expropiar con la declaración de utilidad pública. La reflexión recaerá en el papel de los actores de este difícil juego expropiatorio argentino.

¿LA RECUPERACIÓN DE PLUSVALÍAS URBANAS COMO UTILIDAD PÚBLICA?

Examinaremos la utilización de la expropiación como instrumento de recuperación de plusvalías a partir de un caso

judicial decidido en 1888 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la obra de la emblemática Avenida de Mayo de Buenos Aires. Si bien en este fallo no se mencionan estos términos, como veremos más adelante, se está dirimiendo la posibilidad del estado de recurrir a lo que en la actualidad se denomina “recuperación de plusvalías urbanas”. Bajo estos conceptos hacemos referencia a “la movilización de parte (o al límite de la totalidad) de aquellos incrementos del valor de la tierra atribuibles a los esfuerzos de la comunidad para convertirlos en recaudación pública por la vía fiscal (a través de impuestos, tasas, contribuciones y otras formas), o más directamente en mejoramientos *in loco* en beneficio de los ocupantes o de la comunidad en general” (Smolka y Furtado, 2001).

Comencemos con la descripción del caso. Una ley del 31 de octubre de 1884 (Ley Nacional 1584) autorizaba la apertura de la avenida (art. 4) y declaraba la utilidad pública de los terrenos que resultaran afectados por ella (art. 5):

Artículo cuarto. - Autorízase igualmente la apertura de una avenida de treinta metros de ancho por lo menos, que partiendo de la plaza de Mayo, divida por mitad las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y Victoria y termine en la de Entre-Ríos.

Artículo quinto. - A los efectos del artículo anterior, se declara de utilidad pública y se autoriza la expropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida.

Para sintetizar, entonces, el resultado de esta propuesta era que se autorizaba a la Intendencia Municipal a expropiar, no sólo el terreno que debía ocupar la Avenida proyectada, sino el todo de los terrenos y fincas afectados a ella (considerando 3 del fallo). La intención subyacente era que la obra (la apertura de la avenida) incrementara los valores de los terrenos linderos expropiados, y el Municipio pudiera luego revenderlos para capturar el mayor valor del suelo generado por la obra. Lo que no surge con claridad de la lectura del fallo, es el destino de los

recursos obtenidos por la reventa de los inmuebles mencionados. Según un relevamiento histórico,⁶ pareciera que había una

⁶ Para completar los hechos del caso, que no surgen de la lectura del fallo, a continuación nos basamos en el relevamiento histórico realizado en la obra “la Avenida de Mayo: un proyecto inconcluso” (Solsona y Hunter, 1990: 11 y 12). Así, un año después de esta ley, el Concejo Deliberante dicta la ordenanza reglamentaria de dicha ley, de modo que pudiera iniciarse oficialmente los trabajos. Según esta ordenanza: “La intendencia procederá a hacer uso de la expropiación conferida en el artículo 4º de la expresada ley (1583) para la apertura de la avenida [...] que será de 35 metros de ancho, comenzando los trabajos por las manzanas en que se ofrezca menos resistencia en los arreglos que previamente procurará con los propietarios, quedando facultada en ese punto, sea para nombrar comisiones de vecinos para el justiprecio, sea para verificar con dichos propietarios las convenciones que consulten los objetos de la ley, acordando si fuera necesario una compensación moderada por parte del municipio. La intendencia podrá reducir el ancho indicado, si en la ejecución de la obra se ofreciesen inconvenientes que en obsequio de los intereses generales conviniese conciliar, sin que pueda reducirse a menos de 30 metros el ancho de la calle”. El Concejo Deliberante mostraba una preocupación por dotar el proyecto de solvencia económica, previendo los posibles pleitos que derivarían de las necesarias expropiaciones: “Para los gastos que demande la ejecución de la ordenanza y mientras no se reglamente la emisión o negociación de un empréstito votado por el Congreso el 28 de octubre último (1885), la Intendencia podrá hacer uso del crédito hasta la suma de cuatro millones de pesos nacionales, destinando al mismo objeto y a la amortización consiguiente, el producido de las propiedades expropiadas que serán revendidas en remate público, previo aviso de 15 días en los diarios de la capital, deduciendo el terreno que se destine a la rectificación de la línea o a la nueva calle”. Explican Solsona y Hunter que según el esquema trazado por el intendente Torcuato de Alvear, el proyecto de la Avenida no sería una carga para el presupuesto municipal. Por mutua conveniencia entre el sector público y el privado, podrían resolverse rápidamente los posibles litigios que la intervención causare. De acuerdo con la opinión del municipio se lograrían los terrenos por cesiones de los propietarios, a cambio de la evidente alza del valor de los inmuebles frente a la nueva avenida, más la eximición de los derechos de construcción de las nuevas fachadas y una eventual compensación monetaria en los casos en que no hubiese otro camino que la expropiación. Pero a pesar que los acuerdos de cesión, verbales o por documentos privados, permiten iniciar con éxito los trabajos, una confusa interpretación de la ley, unida al afán de enriquecimiento de ciertos propietarios afectados, ocasionó posteriormente demoras y dificultades que echaron por tierra el optimismo inicial. Frente a la generalización

gran preocupación de la municipalidad de Buenos Aires por no afectar al erario público, pero lo que no queda claro es si el producto de la reventa iría a financiar exclusivamente la obra de la avenida, o podría utilizarse para otros fines (financiamiento de otras obras, recaudación general, por ejemplo).

El caso judicial comienza cuando una de las propietarias afectadas por esta expropiación, Isabel A. Elortondo, argumenta que sólo estaba obligada a vender la parte necesaria para la traza de la avenida de referencia, y no toda su propiedad, objetando la inconstitucionalidad de la ley. Así, en el fallo “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” (Fallos 33: 162), el problema central a decidir por la Corte Suprema era el siguiente: ¿es constitucional la ley que declara la utilidad pública y sujetas a expropiación las fracciones situadas fuera del trayecto que ocupará la obra?

No estaba en duda que la apertura de la vía entraba dentro del concepto de utilidad pública, pero sí, lo que se tenía que decidir, es si se podía declarar de utilidad pública esas fracciones linderas a la avenida. La mayoría de los jueces votaron por la inconstitucionalidad de la ley, pero el procurador general, en su dictamen, como el doctor Zavalía, en su voto de disidencia, defendieron la constitucionalidad con argumentos muy interesantes.

El procurador general defendió dos tesis.⁷ La primera de ellas la veremos aparecer una y otra vez a lo largo del siglo XX, y sostiene que los jueces no pueden revisar el concepto de utilidad

del problema, a partir de ese momento, fundándose en el art. 5 de la ley 1583, la Municipalidad pretendía enajenar la totalidad de las fincas incluidas en la nueva traza. Esta actitud extrema dio lugar a reclamos por parte de los particulares y a una resolución final de la Suprema Corte que estableció que sólo se podría expropiar la parte de las fincas comprendidas directamente por la traza del nuevo boulevard (Solsona y Hunter, 1990: 11 y 12).

⁷ Para ello recurrió a cuatro tipos de fuentes argumentativas: 1) la norma vigente (art. 17 de la Constitución Nacional); 2) legislación extranjera (principalmente europea); 3) jurisprudencia estadounidense, y 4) un antecedente argentino de obra pública (ferrocarril)

pública, puesto que la declaración de utilidad pública es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En segundo término, sostiene que la expropiación puede extenderse más allá de los terrenos que se requieran para el trayecto de la obra, con fundamento en la proporcionalidad y cotización (principalmente).

¿Cuáles fueron los argumentos del procurador? En cuanto al primer punto, señaló que la Constitución Argentina establece que la declaración de utilidad pública se realiza por ley (artículo 17). En cuanto al segundo punto, apeló al examen de una serie de antecedentes nacionales y del extranjero,⁸ destacando la coherencia entre esta jurisprudencia y la Constitución Argentina de la que se derivan los siguientes principios:

1º En ejercicio del dominio eminente, el Poder Legislativo está investido del poder de hacer la declaración de utilidad pública, así sobre la totalidad, como sobre parte de la propiedad, cuya apropiación las conveniencias de la comunidad requieren; y esta atribución es política y exclusiva; y el uso que de ella haga el poder al que ha sido conferida, no puede ser objetado ante los Tribunales de Justicia. 2º En ejercicio del poder de establecer impuestos y contribuciones, el Poder Legislativo tiene la facultad de distribuir o cotizar, “*assess*”, el costo de una mejora local entre aquellos propietarios que reciban el beneficio inmediato y especial, determinando el radio dentro del que debe considerarse comprendido el beneficio y la cuota con que cada uno debe contribuir; el

⁸ Primero hizo mención a un caso en el que, para la realización del ferrocarril de Córdoba, fue necesario expropiar dos leguas laterales y esto no fue objetado como inconstitucional. Luego, advirtiendo que los antecedentes en la legislación y jurisprudencia nacional eran escasos, hizo un análisis de la legislación europea y de la jurisprudencia estadounidense. En cuanto a la legislación europea, se basó principalmente en la *expropiación por zonas* del derecho francés que permitió financiar la apertura de las grandes avenidas de París, procedimiento que luego fue seguido por Bélgica y por Italia. Con respecto a la jurisprudencia estadounidense, el procurador hizo un recuento de las decisiones de las Cortes en favor de la constitucionalidad de la legislación que exigía a los propietarios contribuir por los beneficios generados por obras públicas con base en el argumento de la proporcionalidad.

ejercicio de esta atribución es también exclusivo, y no puede ser discutido ante los Tribunales de Justicia.

Y con una reflexión muy interesante expresó:⁹

Con más razón se diría que pretenden lucrar con los intereses de la comunidad aquellos que ya que no piden se les pague la parte necesaria para la vía, entienden que nada más se les puede exigir que su abandono gratuito. Como miembros de la comunidad, reciben el beneficio común a todos. Como propietarios, son beneficiados de una manera imponderable con el aumento del valor de sus fincas. Este beneficio es real, positivo, inmediato; no aleatorio ni fortuito. ¿Es justo que el que lo recibe sólo contribuya como los demás? ¿Es justo se recargue a la generalidad con impuestos en provecho de unos pocos? ¿Puede sostenerse que exista la proporción y equidad que la Constitución exige en el impuesto, que paguen lo mismo los vecinos de la Boca y de Almagro, y los propietarios de la Avenida? Si la Municipalidad, se dice todavía, no tiene recursos propios para costear estas grandes obras, no las emprenda. Importa esto condenar todo progreso. Ni son los propietarios los que han de decidir si una obra ha de realizarse, o no. Si la autoridad competente lo decide, la obra se llevará a ejecución, contribuyendo todos equitativamente, en proporción al beneficio que reciben. Es esta, a mi juicio, la verdadera doctrina; la proporcionalidad; la cotización. Esto es lo que se practica ya entre nosotros con respecto a los empedrados, y no hay razón por qué no rija la misma regla en la apertura de una calle o de una avenida. El principio es el mismo: son todas mejoras locales. Si la expropiación se hubiera hecho por zonas, abrazando la serie de manzanas hasta Entre Ríos, para dejar dos Avenidas con el ensanche de las calles Victoria y Rivadavia, la Municipalidad, a más de la venta de los terrenos restantes en medio, hubiera estado en su derecho, competentemente habilitada, para exigir que los propietarios de Victoria mirando al Norte y los de Rivadavia al Sud, concurrieran a la grande obra por medio de cuotas radiales. Y si estas, con arreglo a la ley italiana, se limitaban a la mitad del mayor valor que adquirieran sus fincas, nadie podrá

⁹ Dictamen del procurador general (Fallos 33: 162).

decir que no fueran notablemente beneficiados . Quédales, en todo caso, optar por la expropiación.

Pero el voto de la mayoría no siguió esta línea argumentativa.¹⁰ La tesis de la mayoría fue, la siguiente: 1) los jueces pueden revisar la calificación de utilidad pública porque la atribución del Congreso no puede ser violatoria de las disposiciones constitucionales, 2) el concepto de utilidad pública sólo puede permitir expropiar los terrenos necesarios para la apertura de la vía: i) de lo contrario, se desnaturalizaría el derecho de expropiación, haciendo de él una fuente ordinaria de recursos y un medio financiero inusitado y anormal, ii) porque la expropiación de las fracciones situadas a uno y otro lado de la vía no son necesarias para la ejecución de la obra, iii) porque el fin de la ley en cuestión es usufructuar las ganancias resultantes de la enajenación de esas fracciones, obligando al propietario a desprenderse de ellas, simplemente para que la municipalidad las negocie.

En el voto de disidencia del doctor Zavalía, siguiendo la línea argumentativa del procurador general —en cuanto a los fundamentos normativos europeos y la jurisprudencia estadounidense— y en contraposición de la mayoría, se centró básicamente en tres argumentos: 1) la calificación de la utilidad pública es competencia del Congreso y, por lo tanto, no puede ser revisada por el poder judicial, 2) la finalidad de la expropiación que se intenta es la equidad, justicia y conveniencia pública y 3) es legal que el municipio se apropie de las plusvalías porque es quien las genera.

Centrándonos en el último argumento, el doctor Zavalía, con una claridad absoluta dijo:

¹⁰ Según la mayoría, el derecho francés no es aplicable fundamentalmente porque esa legislación fue sancionada por gobiernos monárquicos o porque la expropiación por zonas se requirió por otros fundamentos (higiene o por inutilidad del remanente), y además la jurisprudencia estadounidense respalda también esta tesis mayoritaria.

El resultado inmediato de esa obra tal vez será duplicar y triplicar el valor de los fondos de las casas actuales, convertidos en frentes a la Avenida; ese mayor valor creado por la Municipalidad a costa de tan enorme gasto, no pertenece al propietario sino al municipio; justo es entonces que el municipio lo tome, y este es uno de los objetos de la expropiación total de las fincas afectadas por la Avenida, para revender los sobrantes. ¿O se pretende por ventura que ese mayor valor pertenece de derecho al propietario? La ley general de expropiaciones lo niega expresamente, y en esto está de acuerdo con todas las leyes de la materia, al disponer “que el valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada. Renunciar a ese mayor valor en favor del propietario, es imponer al municipio un enorme sacrificio, que nada justificaría y que sus recursos no se lo permiten (Fallos 33: 162).

Pero el voto mayoritario consideró que no existía la utilidad pública en expropiar los terrenos que no eran necesarios para que fueran ocupados por la Avenida de Mayo. En otras palabras, la Corte dijo que no era constitucional que la expropiación fuera utilizada para recuperar plusvalías urbanas.

Lo interesante de este caso es que estaba en juego el concepto de utilidad pública en torno a la expropiación de bienes inmuebles adyacentes a aquellos donde se construirá la obra pública.

Marienhoff (1998) admite la utilización de la expropiación de fracciones adyacentes a la que estrictamente ocupará la obra a construir, cuando esto permita “material” o “financieramente” la construcción de la obra. El jurista habla de dos especies de este tipo de expropiación: 1º, expropiación de la extensión adyacente a efectos de extraer de ella materiales (“tierra”, “arena”, “pedregullo”, etc.), a fin de utilizarlos en la construcción del camino, calle o avenida, a los que entonces, merced a la utilización de esos materiales, podrá dárseles el nivel y estructura necesarios. A estos terrenos excedentes expropiados se les denomina “préstamos”, dado que merced a ellos podrá ejecutarse la obra; 2º, expropiación de una zona adyacente a efectos de

venderla y utilizar su producto en la “financiación” de la obra a construir. En este caso —aclara— no puede hablarse de “especulación” de parte del estado, porque la venta de los inmuebles sobrantes no tiene precisamente por objeto procurar fondos para el erario público, sino concreta y específicamente arbitrar los medios para llevar a cabo la obra pública, determinante de la expropiación. Marienhoff explica que la doctrina prevaleciente acepta la posibilidad de que, en los dos supuestos mencionados, la expropiación incluya zonas laterales a la que estrictamente ocupará la obra a construir, es decir, acepta que la expropiación comprenda un área mayor a la estrictamente requerida por la obra proyectada. En lo relativo a la jurisprudencia, aclara que si bien en un principio la Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitió que la expropiación abarcara una extensión de terreno que excediera la que ocuparía la obra proyectada (el caso “Erlotondo” ya explicado), con posterioridad el Tribunal cambió de parecer, aceptando el criterio extensivo, o sea, la posibilidad de que la expropiación comprendiera una extensión de terreno mayor que la que específicamente ocuparía la obra a realizar.¹¹

En esta misma línea, en el año 1987, se redactó el artículo 7 de la ley Nacional 23.512, aprobada con motivo de la propuesta del traslado de la capital del país a la Patagonia. Si bien la expropiación no se realizó porque el traslado de la capital no ocurrió, lo cierto es que el artículo 7 declaró de utilidad pública y sujetos a la expropiación no sólo los bienes que “resulten necesarios para el establecimiento de la nueva Capital Federal”, sino también

todos aquellos cuya razonable utilización sobre la base de planes, planos y proyectos específicos convenga material o financiera-

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 85, página 303 y siguientes, in re “Carlos Casado c/José Mario Bombal s/expropiación”, sentencia del 19 de junio de 1900; tomo 93, página 219 y siguientes, in re “Jorge Gibbs c/Provincia de Mendoza”, sentencia del 5 de diciembre de 1901.

mente al mismo efecto, de modo que se justifique que las ventajas estimadas serán utilizadas concretamente en la ejecución del programa que motiva esta declaración, o que hagan al desarrollo integral o asentamiento de población en el área.

Vemos que se utiliza la fórmula de “conveniencia material o financiera” a la que se refiere Marienhoff.

La pertinencia del análisis de estos casos radica en que está en juego el concepto de utilidad pública. Marienhoff distingue estas dos especies, que admite como posibles, del supuesto “expropiación por plusvalía” en cuyo mérito el estado expropia por el sólo y único hecho de que los respectivos inmuebles adquirieron un mayor valor como consecuencia de su vecindad con la obra pública construida. En su opinión, esta expropiación es contraria a la noción de justicia y queda fuera del concepto de utilidad pública, ya que habría un interés exclusivamente pecuniario del estado.

Es interesante señalar entonces que la recuperación de plusvalías urbanas aparece como una definición o destino de los bienes de compleja articulación bajo el concepto “utilidad pública”. Este tipo de restricciones en la interpretación no tiene en cuenta los fundamentos generales de los instrumentos de esta clase (como por ejemplo el instituto jurídico del “enriquecimiento sin causa”), como tampoco la razonabilidad de la medida que comprende el análisis de los medios utilizados y los fines procurados (y su relación). En esta línea dejamos abierta la siguiente pregunta: ¿es la expropiación un medio idóneo y necesario para recuperar plusvalías urbanas, en tanto es congruente con el fin que se persigue y no existen otros medios menos gravosos para el afectado?

LA REGULARIZACIÓN DOMINIAL COMO UTILIDAD PÚBLICA

Como se analizó en el capítulo de Duarte y Oyhandy, la expropiación como un instrumento con fines de regularización

dominial ha sido una definición de la utilidad pública recurrentemente utilizada por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires en el periodo 1983-2006. Ahora bien, a partir del análisis del fallo “O’Connor, Alberto M. y otro”, fallado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 18 de febrero de 2009, exploraremos algunos debates en torno a esta calificación en uno de los pocos casos en que se discute judicialmente la calificación de utilidad pública realizada por el Poder Legislativo.

Los señores Alberto Marcos O’Connor y Juan Carlos Falco, promovieron acción contra la provincia de Buenos Aires con el fin de que declararan la inconstitucionalidad de la ley 11.949, que calificaba la utilidad pública y sujetaba a expropiación los terrenos de su propiedad ubicados en el Partido de San Isidro (provincia de Buenos Aires), que debían ser adjudicados en propiedad, a título oneroso, a quienes lo hubieran ocupado durante un plazo no inferior a dos años. Los mencionados actores plantean la inconstitucionalidad de esta ley por mediar “falsa causa de utilidad pública”. Lo interesante de este caso es que el estado expropia para transferir la propiedad a favor de terceros —los ocupantes informales— a fin de regularizar su situación dominial.

El asesor general del gobierno, al contestar la demanda, alegó que la calificación de la utilidad pública realizado por la Legislatura no puede ser revisado por los jueces, del mismo modo que la sentencia a dictarse en la litis tampoco podría sobreponerse a aquel criterio, y al mismo tiempo negó que haya existido falsedad en la razón determinante de la ley y que no exista utilidad pública. Explica que la utilidad pública se configura fundamentalmente porque la ley “tiende a evitar una situación de desamparo que implica la falta de vivienda digna”.

En este orden, los temas que el fallo aborda, con un voto magistral del doctor Soria, son dos: 1) la revisión judicial de la utilidad pública declarada por ley, 2) la constitucionalidad de la ley 11.949.

En cuanto al primer punto, el doctor Soria expresa que no está en duda que la declaración de utilidad pública es potestad privativa del legislador, “cuyo criterio no puede suplantarse por el de los jueces sin riesgo de quebrantar la división e independencia funcional de los poderes estatales (conf. C.S.J.N. Fallos 4: 311; 35: 303; 93:2 19; 191: 424) e interferir con el ejercicio de atribuciones indispensables para la convivencia social (conf. C.S.J.N. Fallos 252:310; 272:88)”. Pero —continúa el magistrado— dicha potestad debe respetar el orden constitucional, por ello, en caso de arbitrariedad del poder público, o si en el ejercicio de esa potestad se incurre en un desvío o exceso notorio de la finalidad invocada (conf. C.S.J.N., Fallos 298: 383), la norma legislativa puede ser privada de validez por irrazonable (arts. 17, 28, 31, 33 y concs., Const. nac.).

Así pues, denunciada la ausencia o distorsionada invocación del fundamento constitucional; más propiamente, puesta en entredicho la ley expropiatoria por no basarse en la utilidad pública, cobra sentido franquear el acceso al control a cargo de los jueces (arg. arts. 17, 18, 28, 31, 33 y concs., Const. nac.; 1, 15, 31, 57, 161 inc. 1 y concs., Const. pcial.).

En cuanto al segundo aspecto, dice el doctor Soria que como en el caso no se ha objetado la constitucionalidad del fin in abstracto procurado por el órgano emisor al dictar la ley, entonces el conflicto, gira alrededor de la utilidad pública en concreto establecida en la ley 11.949. No obstante, hace algunas aclaraciones generales:¹²

1) La constitucionalidad de la expropiación a favor de terceros:

el alcance de la utilidad pública varía en función del cambio de las condiciones económicas, políticas y sociales (conf. doct. causa B. 43.878 cit.). De tal suerte no luce necesariamente contraria

¹² Considerandos 1.c, y 2a y 2b del voto del doctor Soria.

a su recta invocación aquella expropiación que destina el bien expropiado a terceras personas, por ejemplo, para propender a la realización de objetivos de desarrollo industrial (conf. Fallos 298: 383) o de progreso y bienestar de la comunidad (conf. Fallos 318: 445).

2) *Los distintos modos de consecución de la utilidad pública:*

hay supuestos en los que —por la índole del objetivo cuya consecución se ambiciona con la expropiación— la utilidad pública es lograda de modo directo, al incrementarse el dominio público o el patrimonio estatal merced a la incorporación de la cosa expropiada y procurarse con ello un beneficio tangible para una universalidad más o menos indeterminada de personas (v.gr. construcción de caminos, represas, canales, vías férreas, escuelas, hogares de ancianos, por citar algunos ejemplos) [...] Pero en otras situaciones las finalidades que impulsan la expropiación se logran en modo más reflejo o indirecto —pues no media un incremento en los activos del estado ni se confiere un bien público a un conjunto amplio e indeterminado de personas—, mediante la provisión de concretos beneficios a un número limitado y determinable de individuos, incardinada en el marco de políticas sociales, económicas o de otro tipo. Realizar de esa manera el interés público, expropiar en cumplimiento de esta clase de medidas, es factible; pero es también singularmente exigible su justificación, cuando la mayoría de la comunidad no tiene un uso o disfrute directo de tales bienes (sent. de 15-XI-2005, causa núm. 44302/2002, asunto “J. A. Pye [Oxford] Ltd. contra el Reino Unido”). Indudablemente, en el ámbito de ciertas reformas públicas (planes de colonización, vivienda social, reformas agrarias, desarrollos urbanísticos, etc.) la asignación en propiedad a terceras personas puede constituir un medio legítimo para favorecer el interés general (conf. doct. T.E.D.H., sent. de 21-II-1986, caso “James”, n° 40; sent. de 21-II-1990, caso “Hakansson and Stuesson”, n° 44, entre otros), sobre todo, cuando se trata de permitir el acceso a bienes esenciales que dignifican a las personas de bajos recursos, excluidas o marginadas.

3) *Requisitos para revisar la utilidad pública cuando ésta se cumpla de manera indirecta:*

en semejantes hipótesis la deferencia hacia la voluntad legislativa ha de operar de manera diferente, con menor rotundidad, toda vez que la satisfacción de la utilidad pública demandará una evidencia más perceptible sobre: a] el correlato entre las razones que sustentaron la determinación legislativa y las circunstancias fácticas que se alegaron como determinantes para echar mano del instrumento expropiatorio [S.C. U.S.A., *Cincinnati v. Vester*, 281 U.S. 439 (1930)] y b] la vinculación entre la decisión expropiatoria y un plan gubernamental en la materia racionalmente evaluado [doct. *Kelo v. City of New London*, sent. de 23-VI-2005).

Luego de estas nociones generales, el doctor Soria examina el caso concreto la constitucionalidad de la ley que declara la utilidad pública y llega a la conclusión de que la misma es inconstitucional, fundamentalmente porque

ha existido una aplicación irrazonable de las potestades constitucionales por parte del legislador, con grave afectación del derecho de propiedad de los actores (arts. 10, 31, 57 y concs., Const. pcial.), pues: i] se ha basado en motivos determinantes inexistentes o los ha ponderado con manifiesto error de apreciación; ii] ha acudido al instituto expropiatorio sin observar una proporción racional con los fines de interés general que en concreto pretendía realizar.

Todo lo cual determina, en definitiva, la falta de justificación de la causa de utilidad pública o interés general puntualmente invocada.¹³

Con este interesante voto, el doctor Soria deja claro que es constitucional utilizar la expropiación con fines de regularización dominial, pero que en el caso concreto no se dieron los requisitos necesarios para afirmar esa constitucionalidad, primero por errores graves en el supuesto fáctico (inexistencia de

¹³ Considerando K del voto del doctor Soria.

ocupantes ilegales), y segundo, por la desproporcionalidad de la medida (expropiación con estos fines) en relación con el fin de la expropiación (garantizar el derecho a la vivienda de los sectores informales).

Otro tema que nos interesa consignar aquí es que este fallo también ha sido interpretado a la luz de la relación entre Poder Judicial y Legislativo, y en ese sentido, ha sido recepcionado por algunos doctrinarios como un “giro” hacia una mayor intervención del poder judicial en la revisión de la calificación de utilidad pública por parte del Legislativo. Juan Carlos Cassagne (2009) interpreta este cambio como un paso positivo hacia la mayor independencia del poder judicial y en el afianzamiento del “Estado de Derecho”. Desde este punto de vista, dicha sentencia inaugura una auspiciosa intervención judicial en el examen de la facultad expropiatoria:

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires viene produciendo, desde hace algún tiempo, en materia de derecho público, una serie de fallos notables que tanto por su contenido de justicia como por su fundamentación constitucional merecen ser destacados en cuanto contribuyen a la afirmación del Estado de Derecho y, sobre todo, a la independencia del Poder Judicial.

Era hora que le tocase el turno al instituto de la expropiación, una materia que, por lo general, ha sido renuente al control judicial. Lejos de sustraerse a las cuestiones debatidas, la Suprema Corte bonaerense, a través del ilustrado voto del Juez Daniel Fernando Soria, penetra en el meollo del problema y pone las cosas en su lugar deslindando, en forma correcta, el plano propio de la función legislativa que estableció la utilidad pública de la potestad jurisdiccional para declarar la inconstitucionalidad de la una ley provincial que arbitrariamente la dispuso (Cassagne, 2009).

La interpretación de Cassagne da cuenta de cierta expectativa en el control judicial de la declaración de utilidad pública, que fuera capaz de revisar la intensa actividad legislativa en este tipo de expropiaciones que, como vimos, se desarrolló entre 1984 y la actualidad.

DEBATES EN TORNO A LA PROCEDENCIA
DE LA EXPROPIACIÓN IRREGULAR O INVERSA

La expropiación inversa, también llamada “irregular”, es la acción por la que el propietario titular del bien está legitimado para iniciar el procedimiento expropiatorio. La Ley Nacional de Expropiaciones, regula los casos en los que procede la expropiación irregular en su artículo 51:

Art. 51. - Procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos:

- a) Cuando existiendo una *ley que declara de utilidad pública* un bien, el estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización.
- b) Cuando, con motivo de la *ley de declaración de utilidad pública*, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales.
- c) Cuando el estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una *indebida restricción o limitación, que importe una lesión a su derecho de propiedad* (cursiva fuera de texto).

Como puede advertirse, en los dos primeros casos es requisito indispensable la ley de declaración de utilidad pública, lo que no surge expresamente en el último caso.

Si bien nuestro análisis se circunscribe al régimen nacional y al de la provincia de Buenos Aires, queremos indicar que las leyes provinciales de expropiaciones no regulan de manera uniforme los casos de procedencia de la expropiación irregular, observándose la exigencia de la declaración de utilidad pública en todos los casos, o eximiendo de este requisito en algunos casos específicos. Este tema no es menor, porque a la posibilidad del propietario del bien de instar la expropiación, se le suma la posibilidad de que el órgano legislativo esté ausente en este procedimiento expropiatorio. El juego de poderes varía significativamente sin la presencia de un actor que, constitucio-

nalmente, parecía que no podía ausentarse al establecer que “la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada” (art. 17 de la Constitución Nacional).

Esto ha llevado a cuestionarse en la doctrina y jurisprudencia nacional si ¿es indispensable la ley de declaración pública para la procedencia de la expropiación irregular?¹⁴ Por ley de declaración de utilidad pública entendemos una ley formal que específicamente declare la utilidad pública del bien en cuestión. ¿Es posible que el titular de un bien con una indebida restricción o limitación que provoque una lesión a su derecho de propiedad le solicite a la administración que lo expropie, a pesar de no existir una ley que declare la utilidad pública de su bien? Responder a esta pregunta resulta interesante para saber cuándo el afectado por una restricción administrativa (por ejemplo, limitación de la altura edificable) podría instar el procedimiento expropiatorio.

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación, respondió a este problema jurídico en cuatro oportunidades, en tres de ellas como problema jurídico principal y en una como problema accesorio. Consideramos que la línea jurisprudencial está conformada por cuatro fallos y que la sentencia dominante coincide con la sentencia fundadora de línea, que es el caso Ovando Sanabria de 1986 (Maldonado, 2008).

En el caso Ovando Sanabria, el terreno de quien reclamaba expropiación irregular (por el art. 51 inc. c. de LNE) se encontraba comprendido en la zona de retiro obligatorio como consecuencia de la afectación por la traza de la Autopista Perito Moreno.¹⁵ Esta restricción impedía construir en 99.90 m² del predio, debiendo conservar el área como espacio verde y sólo

¹⁴ Este problema jurídico es analizado en Maldonado como problema jurídico A, en el informe al Lincoln Institute of Land Policy presentado en el 2009 sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado en Temas Urbanos.

¹⁵ Esta obra forma parte de la red de autopistas de la ciudad de Buenos Aires.

el remanente resultaba apto para edificar, pero ese remante era de sólo 7.25 m². La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, acogió la acción expropiatoria considerando que la limitación dominial resultaba confiscatoria, haciendo aplicación del artículo 51 inc. c) de la LNE, en la inteligencia que esta causal no requiere ley previa que declare de utilidad pública el inmueble. El caso llegó a la Corte Suprema de la Nación, por recurso extraordinario interpuesto por la municipalidad, quien consideró que la sentencia de la Cámara era inconstitucional por haber dado lugar a la expropiación sin que el inmueble hubiere sido previamente afectado a utilidad pública por ley, según lo dispuesto por el artículo 17 de la CN.

El máximo tribunal, sin compartir el dictamen del procurador general, no consideró necesario la existencia de una ley formal que calificara los bienes de utilidad pública como requisito para la procedencia de la expropiación irregular. Dijo que

de un análisis integral y sistemático de la ley 21.499 surge que el legislador ha previsto en forma expresa distintas situaciones en las que procede la expropiación irregular con prescindencia de la voluntad del ente expropiante, al conjugar en forma armónica el interés general de la comunidad por un lado y las legítimas prerrogativas de los particulares por el otro. Entre esas hipótesis se advierten casos en que, sin mediar declaración de utilidad pública o afectación directa, la propia ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa cuando de modo directo o reflejo —siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública— resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales: arts. 8º, 9º y 51. La restricción que recae sobre el inmueble objeto de esta litis es consecuencia directa de la traza de la Av. Perito Moreno [...], que impide a su titular la libre disponibilidad del predio, toda vez que la carga administrativa impuesta ostenta un carácter y una extensión tales que desnaturalizan el ejercicio del derecho de propiedad, como se desprende del informe técnico emanado de la demandada que determina que “la superficie es edificable reglamentariamente”, pero resulta inútil dadas las escasas dimensiones con que cuenta.

De este fallo se desprenden como criterios valiosos, para interpretar la viabilidad de la acción del art. 51 inc. c), la “desnaturalización del ejercicio del derecho de propiedad”, la “inutilidad de la propiedad” y la limitación en la “disponibilidad del predio”.

En la causas Estrabiz de Sobral (1988) y Ruani (1989), los titulares de los terrenos afectados por limitaciones urbanísticas también instaron el procedimiento de expropiación irregular. En el primer caso se trataba de limitaciones que afectaban la propiedad de la actora, que en parte sujetaban el inmueble a la restricción de “Franja No Edificable” y, en el resto, a normas edilicias especiales en cuanto a destinos y altura máxima de las construcciones. El titular del bien solicitó expropiación irregular por el inc. b del art. 51 de la ley 21.499, que sí requiere declaración de utilidad pública. En el fallo se ratificó la doctrina de Ovando Sanabria, afirmando que la ausencia de declaración legal de utilidad pública faculta al particular a reclamar expropiación irregular, cuando de modo directo o reflejo —siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública— resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales. Igualmente dijo que en el caso sí había declaración de utilidad pública pero consideró que no se había determinado fehacientemente la situación de indisponibilidad del inmueble en condiciones normales tal como lo requiere en el inc. b) del art. 51 y porque la limitación de no edificar a mayor altura que la señalada por la autoridad administrativa, no parece que pueda afectar el patrimonio de la actora como para convertirse en causa eficiente de una expropiación irregular, razones por las cuales no dio lugar a la expropiación irregular.

En la causa Ruani, la Corte Suprema anuló un fallo que había dado lugar a la expropiación del inmueble propiedad de los actores, que se encontraba incluido en el listado 6.1.2 “Vías con Línea de Edificación Particularizada“. La ubicación en este distrito importaba que las futuras construcciones debían

retirarse cinco metros de la actual línea de edificación. El Alto Tribunal ratificó, una vez más, la doctrina de la causa Ovando Sanabria admitiendo que cuando un bien resulta indisponible por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales, no era necesaria la existencia de una declaración legal de utilidad pública en la especie. Pero, en cambio, como en el caso Estrabiz de Sobral, anuló el fallo y mandó dictar nueva sentencia, por cuanto no quedaba configurada la afectación —de modo inmediato— del derecho de propiedad de los actores, por la mera circunstancia que la norma municipal impediría en el futuro construir en la antigua línea de edificación. Dijo expresamente “es improcedente la expropiación inversa, si el perjuicio para los propietarios resulta actualmente hipotético, pues mientras no decidan demoler y encarar nuevas construcciones podrán seguir habilitando el inmueble a pesar de la prohibición de construir en la antigua línea de edificación”.

El caso Faut se da en un escenario de responsabilidad del estado por obras públicas, ya que en virtud de la realización de una obra del Estado, el inmueble del accionante quedó inundado por el crecimiento del Lago Epecuén. Los actores demandaron la expropiación irregular con base en la Ley de Expropiación de la Provincia de Buenos Aires (ley 5.708) que exige, en todos los casos, el requisito de declaración legal de utilidad pública para la procedencia de la expropiación irregular. En este caso, el Máximo Tribunal no hizo mención a la doctrina sentada en Ovando Sanabria, y decía expresamente, en el voto de la doctora Elena Highton de Nolasco,

que en la ley local 5.708 se requiere expresamente la declaración de utilidad pública para que el propietario pueda iniciar la acción de expropiación, requisito que para el supuesto del art. 51, inc. c, de la ley 21.499 no está expresamente previsto, y esa norma provincial no fue objeto de impugnación constitucional por los actores.

Con esta distinción, pareciera que la Corte está señalando una estrategia: si se acciona por expropiación irregular sin contar con una declaración legal de utilidad pública, debe hacerse con base en la ley Nacional de Expropiaciones, o a ley provincial, pero invocando su inconstitucionalidad por ser contraria a ley nacional. En su defecto, el afectado tiene otra vía en tanto los actos del estado hubieran lesionado el derecho de propiedad, esto es, la acción de daños y perjuicios. Por eso, en este caso, la postura de la Corte es intermedia, y la respuesta al problema jurídico depende de la normativa en que se funde la acción de expropiación irregular.

Esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene como eje central de discusión la Ley Nacional de Expropiaciones, que contempla un caso de expropiación irregular sin declaración de utilidad pública y analiza, en contraste, la diferencia en el régimen de expropiaciones de la provincia de Buenos Aires, que exige en todos los casos este requisito (en el caso *Faut*).

La pregunta que se nos formula es si estos contrastes se replican en los regímenes expropiatorios provinciales. Como anticipamos, no hay uniformidad en este tema y encontramos provincias en cuyos regímenes expropiatorios se requiere, en todos los casos, la declaración de utilidad pública como requisito de procedencia de la expropiación irregular y otros regímenes expropiatorios en donde este requisito no es indispensable.

En el primer supuesto se encuentran, como ejemplo, las siguientes provincias: Buenos Aires (art. 41 de la ley 5.708 en 1986), Córdoba (art. 32 de la ley 6.394 de 1980), Chubut (art. 50 de la ley 1.739 de 1979), Formosa (art. 60 de la ley 490 de 1977), Tucumán (art. 62 de la Ley 5.006 de 1978), Santiago del Estero (art. 40 de la ley 4.630 de 1978), Mendoza (art. 46 del Decreto-Ley 1.447/75), Chaco (art. 61 de la ley 2.289 de 1978), Santa Fe (art. 51 de ley 7.534 de 1975 modificado por Ley 12.167). El caso de Santa Fe es interesante porque hubo un intento de introducir un supuesto en el que no se requería la declaración

de utilidad pública. El supuesto permitía al propietario de un bien promover el juicio de expropiación “cuando en los casos de ocupación temporal de un bien no se produjera la devolución del mismo, en el término establecido, o en el máximo legal fijado por esta ley para dicho supuesto”. Este artículo fue vetado con el argumento de que la no intervención de la Legislatura en el procedimiento expropiatorio era contraria a las exigencias constitucionales, proponiéndose agregar al caso la exigencia expresa de la declaración de utilidad pública.

En el segundo supuesto encontramos a las provincias de la Pampa, Misiones, Tierra del Fuego, San Juan y San Luis. Las leyes de las provincias de la Pampa, Misiones y Tierra del Fuego utilizan la fórmula de la Ley Nacional de Expropiaciones al regular que procede la acción de expropiación irregular “cuando el estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad” (inc. c del art. 60 de la ley 908 de 1979 de La Pampa, inc. c del art. 52 de la Ley 421 de 1998 de Tierra del Fuego, art. 51 c de la ley 1.105 de 1979 de Misiones). En una fórmula que sigue la misma línea, la ley 5.639 de 1987 de San Juan contempla el siguiente supuesto: “Cuando la autoridad provincial o municipal turba o restrinja, por acción u omisión, en forma alternada o continua los derechos del propietario” (inc. d art. 51). La ley de expropiación de San Luis, prevé un caso singular al establecer que el propietario de un bien puede promover el juicio de expropiación

cuando se deniegue o demore en forma injustificada la fijación de la línea de edificación, o el otorgamiento de la autorización o permiso para construir; o bien que dicha línea se fije o la autorización o permiso se conceda de manera que prive en todo o en parte de la propiedad al reclamante o se le turbe o restrinja de otro modo en los derechos al uso y goce de su propiedad. No están comprendidas en estos casos las disposiciones generales relativas a edificación, higiene, seguridad y demás normas policiales, provinciales o municipales (inc. d, art. 57 de la ley 5.497 de 2004).

Lo interesante de este simple ejercicio comparativo de regímenes expropiatorios provinciales, es observar las distintas alternativas de procedencia de la expropiación inversa, y cómo en algunas provincias (al igual que en el Régimen Nacional de Expropiaciones) se prevé la posibilidad de una expropiación instada por el propietario del bien sin intervención de la Legislatura provincial. Lo llamativo es que la mayoría de las provincias no sigue este criterio, y pareciera que hay una fuerte defensa de la necesaria intervención de la legislatura en los procesos de expropiación inversa.

Una pregunta que queda en el tintero es si es posible pensar en que el panorama tenderá a cambiar y la balanza a invertir siguiendo el criterio de la Ley Nacional de Expropiaciones y de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo que está en debate en la manera de regular los casos de procedencia de la expropiación inversa, no es sólo la concepción de la propiedad (podría entenderse que la protección de la propiedad es de tal magnitud que ni siquiera es necesaria la declaración de utilidad pública de la misma), sino también la reformulación del juego entre los tres poderes del estado (de la tríada de poderes al dúo entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en caso de no ser necesaria la declaración de utilidad pública).

LA PRESCRIPCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN IRREGULAR O INVERSA

Otro problema mencionado en las entrevistas como un grave problema para el erario público, estrechamente vinculado al tema anterior, es el de la prescripción de la expropiación inversa. En nuestro periodo de estudio hubo virajes en la consideración de esta materia. En 1994 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo “Pefaure”¹⁶ aceptó la

¹⁶ “Pefaure, Pablo Marcelo y otros c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa, SCBA, Ac 52386 S 26-7-1994.

prescripción de la expropiación inversa. ¿Qué quiere decir esto? Simplificando, diremos que en aquellos casos en que el estado había afectado el derecho de propiedad privada pero no había perfeccionado la expropiación (no había pagado ni escriturado a su favor) se admitió la prescripción a los cinco años de la acción del propietario para reclamar judicialmente la realización de la expropiación y el pago de la correspondiente indemnización. Se trata de un punto que ha sido históricamente conflictivo y a propósito del cual se han realizado marchas y contramarchas a lo largo de los años.

Tras la aceptación de la prescripción (“un triunfo” desde el punto de vista de los funcionarios encargados de defender los intereses del Fisco), en 2004, en el caso “Aguilar”,¹⁷ el máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires, por decisión mayoritaria, ha rechazado nuevamente la prescripción con fundamento en el respeto de propiedad y, a partir de allí, ha ido adecuándose progresivamente hasta lograr unanimidad en la votación en los fallos más recientes a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación.

¿Qué significa esto en términos prácticos? Este tipo de criterio ha habilitado la presentación de juicios de expropiación inversa por obras realizadas hasta hace 100 años que nunca fueron formalizadas en una escritura ni indemnizadas.

Como decíamos, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es pacífica. En distintas oportunidades el máximo tribunal ha tenido que responder al siguiente problema jurídico: ¿es constitucional la prescripción normativa que determina que el plazo de la prescripción de la expropiación irregular debe computarse desde la fecha en que tuvieron lugar los actos o comportamientos del estado que tornan viable esta acción? Esta prescripción normativa corresponde al artículo 56 de la

¹⁷ “Aguilar, María Lucía contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. expropiación inversa”. SCBA, Ac 85060 S 1-4-2004

Ley Nacional de Expropiaciones y a normas similares contenidas en las leyes provinciales de expropiaciones

La línea jurisprudencial¹⁸ en torno a este problema jurídico está consolidada, y la doctrina del máximo tribunal de la nación es que el plazo de la prescripción de la expropiación irregular no puede comenzar a computarse sin que estén cumplidos los requisitos del artículo 17 de la Constitución Nacional, es decir, sin que haya una indemnización previa. Otro de los argumentos esgrimidos por la Corte es que no es posible que el derecho se extinga porque es inexigible. Haciendo uso de estos argumentos dijo la Corte en “Aranda Camacho”.¹⁹

En consecuencia, ha afirmado el tribunal que, siendo la indemnización condicionante del desapropio (art. 17 Constitución Nacional), representa la contrapartida del derecho real a adquirir por el estado, dentro de una misma relación jurídica. El derecho al cobro del valor del objeto expropiado ha de calificarse como crédito líquido del expropiado que, a falta de acuerdo, sólo puede ser determinado por sentencia judicial. Es inexigible, por tanto, hasta que su valor no sea concretado en una suma de dinero líquida. Esta inexigibilidad hace que, entre tanto, aquel derecho no pueda extinguirse por prescripción, desde que ésta sólo principia en el momento en que el crédito líquido se torna cantidad cierta (Fallos: 287: 387; 296: 55).

Similar doctrina, en el sentido de que recién a partir del momento en que ha quedado determinada la indemnización previa puede comenzar a correr el término de prescripción, ha sido rei-

¹⁸ “Helina A. Recabarren de Pérez Caillet y otro c. Provincia de San Juan”, del 15 de junio de 1982, Fallos: 304:862 - La Ley, 1983-A, 134-; “Bianchi, Héctor A. y otro c. Dirección Provincial de Vialidad s/ expropiación inversa” del 12/12/1985; “Aranda Camacho, Carlos c. Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular”, del 07/04/1992 (Fallos 315: 606); “Garden Jacobo Aarón y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ expropiación inversa” 01/07/1997 (Fallos 320: 1263); Staudt Juan Pedro Guillermo c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires, 27/05/2004 (Fallos 327: 1706).

¹⁹ Considerando V “Aranda Camacho, Carlos c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular”; 07-04-1992; T. 315 P. 596.

terada en Fallos: 304: 862 y en la sentencia del 12/12/85, recaída en la causa: “Bianchi, Héctor A. y otro c. Dirección Provincial de Vialidad”. En este último caso, referido a la impugnación de una norma similar a la aquí cuestionada (art. 36 de la ley 6.394 de la Provincia de Córdoba), dijo V. E. que la aplicación del citado art. 36, que establece el término de cinco años para la prescripción de la acción de expropiación irregular, tiene el alcance de justificar la transferencia de bienes al estado provincial sin la correspondiente sentencia de indemnización, que establece el art. 17 de la Constitución Nacional, por lo que lesiona el derecho que consagra esta norma y justifica invalidar la disposición cuestionada.

Esta doctrina tiene una consecuencia muy relevante y es que mientras no haya avenimiento o sentencia judicial que determine el precio o indemnización expropiatoria no comienza a computarse el plazo de la prescripción de la expropiación irregular, y entonces los hechos o actos del estado de tiempos muy lejanos que lesionen el derecho de propiedad, permiten al propietario solicitar que le expropien su inmueble.

EL “LEVANTAMIENTO” DE LA UTILIDAD PÚBLICA

Otro tipo de conflicto interesante en tanto pone en juego variaciones en la definición de la utilidad pública, es lo que podemos llamar el “levantamiento” de la utilidad pública. Jurídicamente se denomina “desafectación de un inmueble a la utilidad pública”. Analizaremos este tema a partir de un conjunto de casos judiciales que surgieron de la utilización de la figura “expropiación diferida” para la creación de infraestructura vial en Buenos Aires.²⁰

Comencemos con el relato del caso que realiza Uslengui (1998: 515 y 516). Con motivo de la realización de un vasto plan de autopistas encarado a partir de 1977 por la municipalidad de

²⁰ Véase capítulo de Duarte y Oyhandy en que se trata el tema de la “construcción de las autopistas urbanas”.

la ciudad de Buenos Aires, se dispuso la declaración de utilidad pública, sujetando a expropiación numerosos inmuebles, con el objeto de incorporarlos al dominio público, para construir sobre los mismos las futuras autopistas. La municipalidad inició las acciones legales correspondientes tendientes a la expropiación de dichos predios, cuando no pudo adquirirlos por la vía de avenimiento. Como eran varias las autopistas a construirse, la afectación de los inmuebles correspondientes a varias de ellas se produjo con efecto diferido, empleando esta nueva figura aparecida en la ley nacional 21.499 de expropiación, insertada en la norma, precisamente a pedido de las autoridades comunales de la capital federal. Con este resorte legal, la municipalidad esperaba efectuar de manera progresiva su plan de desarrollo de las autopistas, al expropiar los inmuebles en distintos plazos, según un cronograma establecido en las mismas ordenanzas, que disponían la traza de las vías y, consecuentemente, afectaban los inmuebles de los particulares a expropiación a partir de distintas fechas futuras. En la práctica, una buena parte de los propietarios afectados por la expropiación para el futuro, iniciaron de inmediato acciones de expropiación irregular, tendientes a que las sentencias ordenaran a la municipalidad tomar su inmueble, previo pago de la indemnización fijada en el procedimiento judicial. De esta manera, se frustró en gran medida el cronograma escalonado de afectaciones de futuro de los inmuebles, con lo que se obligó a la municipalidad a enfrentar una gran cantidad de demandas, por valores económicos cuantiosos, que no tenía previsto en tiempo tan cercano. Por otra parte, las circunstancias económicas por las que atravesaba el país, que repercutieron en el presupuesto municipal, obligaron en los años siguientes a dejar sin efecto el ambicioso plan de autopistas, desafectando los inmuebles de la declaración de utilidad pública, mediante ordenanzas que derogaron las trazas de esas vías rápidas de circulación. Debido a estas circunstancias, numerosos predios soportaron primero una afectación a expropiación por causa de utilidad pública, con destino a la apertura de las

vías de circulación, que luego fue dejada sin efecto, cuando ya se habían celebrado avenimientos con la municipalidad por parte de sus titulares, o cuando éstos llevaban iniciadas y adelantadas las acciones de expropiación irregular —en algunos casos se había llegado a la sentencia firme— faltando tan sólo el pago de la indemnización y consiguiente toma de posesión por parte de la municipalidad. Los propietarios afectados por estos cambios normativos, consecuencia de planes urbanísticos que no se llevan a cabo y son dejados sin efecto demandaron —en numerosos casos— a la municipalidad por daños y perjuicios.

Queremos detenernos en algunos aspectos. Uno de ellos es que la construcción de las autopistas urbanas en la ciudad de Buenos Aires, como explicaron Duarte y Oyhandy en el capítulo anterior, constituyó una de las políticas que fueron particularmente importantes en el gobierno de la dictadura, en términos de transformación territorial y porque requirieron el uso de la expropiación en una escala masiva. El segundo aspecto, está vinculado con la utilización de la figura de la expropiación diferida. Explica Cassagne (2002: 488) que la principal innovación que introdujo la Ley de Expropiaciones vigente, con relación a las anteriores, fue la regulación de la denominada *reserva de inmuebles para obras o planes de ejecución diferida*, que reglamenta el art. 34 de dicha ley.²¹ Esta figura es una excepción

²¹ Artículo 34. Las disposiciones contenidas en el primer párrafo del artículo anterior no serán aplicables en los casos de reserva de inmuebles para obras o planes de ejecución diferida, calificados por ley formal. En tal supuesto se aplicarán las siguientes normas: i) El expropiante, luego de declarar que se trata de una expropiación diferida, obtendrá la tasación del bien afectado con intervención del Tribunal de Tasaciones de la Nación y notificará al propietario el importe resultante. ii) Si el valor de tasación fuere aceptado por el propietario, cualquiera de las partes podrá pedir su homologación judicial y, una vez homologado, dicho valor será considerado como firme para ambas partes, pudiendo reajustarse sólo de acuerdo con el procedimiento previsto en el inciso d) del presente artículo. iii) Si el propietario no aceptara el valor de tasación ofrecido, el expropiante deberá solicitar judicialmente la fijación del valor del bien, de conformidad con las

al abandono.²² La expropiación diferida, por lo tanto, pareciera “ideal” para un gran plan de autopistas, porque permite declarar la utilidad pública y sujeción de bienes a la expropiación, y no estar preocupado por la frustración de dicho plan a causa de que el estado no promueva el juicio de expropiación en el plazo legal. Pero, en opinión sostenida por Cassagne al sancionarse la ley de expropiaciones, aunque la ley no lo indica expresamente, el particular se encuentra habilitado ante la inacción del poder administrador, a promover la acción de expropiación irregular prevista en el art. 51 de la ley nacional (Cassagne, 2002:489). Y esto es justamente lo que sucedió. En tercer lugar, debe notarse que la municipalidad inició juicio de expropiación, mediante esta figura, cuando no logró el avenimiento y, según explican Duarte y Oyhandy en este libro, el avenimiento se logró en 97% de los casos.²³

normas de los artículos 10 y 11. iv) La indemnización será reajustada en la forma prevista en el artículo 10. v) Si durante la tramitación del caso y antes de que se dicte la sentencia definitiva el expropiante necesitara disponer en forma inmediata del inmueble, regirá lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24. vi) Los inmuebles afectados podrán ser transferidos libremente a terceros, a condición de que el adquirente conozca la afectación y consienta el valor fijado, si éste estuviera determinado. Con tal finalidad una vez firme dicho valor, será comunicado de oficio por el ente expropiante o, en su caso, por el juzgado interviniente al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda. Los certificados que expidan los Registros en relación con el inmueble afectado deberán hacer constar ese valor firme. En las escrituras traslativas de dominio de los inmuebles comprendidos en este artículo, los escribanos que las autoricen deberán dejar expresa constancia del conocimiento por el adquirente de la afectación, o de su consentimiento del valor firme, según corresponda.

²² El abandono significa que si el expropiante no promueve el juicio dentro de determinado plazo (dos, cinco o diez años, según el caso) de vigencia de la ley que la autorice, se entiende abandonada la expropiación (conf. art. 33 Ley 21.499).

²³ Oscar Oszlak explica cuáles son las causas de la “efectividad” de las expropiaciones y del alto porcentaje de la solución por avenimiento en *Merecer la ciudad. Los pobres y el espacio Urbano*, capítulo V.

Estos hechos llevan a reflexionar sobre las políticas que se emprenden, sobre todo cuando responden a planes faraónicos. En primer lugar, habría que analizar la conveniencia de utilizar la figura de expropiación diferida cuando están involucrados numerosos casos, que pueden revertirse en expropiaciones irregulares a las que el estado no pueda responder por la magnitud de indemnizaciones expropiatorias demandadas. Estas expropiaciones irregulares evidentemente se presentan como efectos indeseados de las regulaciones urbanísticas que supone el proceso de expropiación diferida propuesto.

El municipio, al disponer que los terrenos incluidos dentro del plan de autopistas sean los expropiados en la modalidad diferida, no pretendía, ni preveía, que esto ocasionaría una reacción de solicitud de expropiaciones por parte de los afectados. Así, la decisión de incorporar todos los terrenos dentro de la expropiación diferida, trajo como consecuencia la obstaculización de las políticas de suelo planteadas. Incluso, en este caso, el estado tuvo que enfrentar las demandas por daños ante la afectación y posterior desafectación.

Ese es el problema jurídico que planteamos y que los tribunales han tenido que resolver en el caso del plan de autopistas: *¿Debe el estado responder por los daños ocasionados por la afectación y posterior desafectación de la propiedad a la utilidad pública?*²⁴

Lo que está en juego en este problema jurídico es la prudencia y previsión que debe tener el estado para tomar la decisión de expropiar, porque si decide hacerlo y luego se le torna imposible por distintos motivos, tendrá que desafectar esos bienes y responder por el impacto que la afectación de los mismos tuvo en su derecho de propiedad durante el tiempo correspondiente.

²⁴ La presentación de este tema en general, y en especial el planteamiento del problema jurídico es analizado en Melinda Maldonado, *Responsabilidad del Estado en temas urbanos*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2009.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha respondido este problema jurídico relativo al plan de autopistas de la ciudad de Buenos Aires en cinco casos: Begher (86), Klyck S.A. (86), Costoya (87), Galanti (88) y López Dardo (89).

Estos fallos configuran una línea jurisprudencial sin variaciones, siendo Begher la sentencia fundadora de línea. Lo llamativo en esta línea jurisprudencial es que en los casos posteriores se repite la misma estructura argumental de Begher, aún sin mencionar estos casos que se basan totalmente en éste. Dicha estructura argumental fue planteada en el primer caso de esta línea y consta de tres argumentos principales:

1. *Facultad del expropiante de desistir de la acción*: “Conforme al art. 29 de la ley 21.499, resulta innegable la facultad del expropiante de desistir de la acción —en tanto no haya mediado perfeccionamiento— cuando circunstancias sobrevinientes o hechos anteriores desconocidos demuestran, a juicio de los poderes del estado, que la utilidad pública declarada no existe o ha desaparecido”. Esta doctrina no es creación de los jueces en el caso Bergher, sino que proviene del caso “Cerdea, Gabriel C. y otros c/ estado Nacional (Ministerio de Educación) s/expropiación irregular”, fallado el 19 de octubre de 1982 (Fallos 304: 1484), que no se trataba de desistimiento, sino de abandono de la acción de expropiación, y tampoco del caso de las autopistas, razones por las cuales no conforman la línea jurisprudencial.

2. *Derecho del afectado de reclamar resarcimientos en caso de daños derivados de la desafectación*: “resulta indiscutible que, si como consecuencia del desistimiento llevado a cabo por el expropiante, se ocasionaran perjuicios al propietario, éste tendrá derecho a ejercer las acciones legales correspondientes para obtener el respectivo resarcimiento”. Los fallos que se basan en la estructura argumental de Begher, utilizan este argumento que, en el caso Begher, se cita como perteneciente al fallo “Nación c. Las Palmas del Chaco Austral”, de 1975 (Fallos: 291: 507), pero en realidad, esta doctrina pertenece a dos fallos de 1946 (Fallos: 206: 195, 197).

3. *Prudencia de los jueces en temas de resarcimiento*. En el caso Begher, los jueces sientan una doctrina sumamente importante. Es el único de los argumentos que le pertenece a este caso y no a precedentes como los anteriores argumentos:

Los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir tales daños, verificando con antelación si efectivamente se han producido y, en su caso, constatar si éstos fueron una consecuencia directa e inmediata de la afectación y posterior desafectación del inmueble, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables.

Entonces, en todos los casos, se sentó la doctrina en el sentido de que el estado debe resarcir los daños ocasionados por la afectación y posterior desafectación si su accionar produce daños en el afectado. Sin embargo, en ninguno de ellos se admitieron esas demandas de daños y perjuicios, fundamentalmente porque faltaban dos requisitos esenciales de la responsabilidad del estado (tanto por actividad lícita como por la ilícita): i) la existencia de un daño, ii) la relación de causalidad entre el accionar del estado y los daños invocados.

La existencia del daño es un requisito fundamental y supone varios aspectos: a) que exista ese daño, b) que ese daño se haya acreditado, c) que ese daño sea indemnizable.

En varios de los fallos se afirmó que el hecho de que el afectado continuara en la posesión sin turbación por actos de la administración, implicaba que no existía daño. Así, en el fallo Klick S.A. y Costoya, la Corte dijo que los actores conservaron la posesión material del bien durante el juicio promovido contra la municipalidad de Buenos Aires —proceso extinto con el desistimiento de la afectación—, sin existir actos posesorios que le hayan impedido a los actores lucrar con el valor de su renta. Asimismo, en Begher, el Máximo Tribunal dijo que afectación no significa desposesión: “La mera existencia de una ley que afecta el bien por causa de utilidad pública, no traduce un

supuesto equiparable a la desposesión material que prive a su propietario de las prerrogativas de uso y goce del inmueble”.

El hecho que el daño no haya sido acreditado impide reclamar la responsabilidad del estado. El daño es requisito indispensable, tanto en la responsabilidad del estado como en la responsabilidad civil. En la causa Costoya, la Corte afirmó que la indemnización otorgada por haber mantenido el inmueble indisponible, sujeto al juicio de escrituración y pago del precio de venta, carecía de fundamentos, porque no se acreditó en el pleito, al menos, la existencia de algún contrato de locación o, en todo caso, la intención cierta en ese sentido y su frustración por la causa alegada; y en lo que hace a los gastos de subdivisión que los actores se habrían visto obligados a realizar para lograr enajenar el predio, a raíz de su depreciación, el tribunal consideró que no habían sido debidamente probados.

El daño, además de existir y haber sido acreditado, tiene que ser indemnizable. En este aspecto, la Corte siempre ha dicho, en materia de responsabilidad del estado, que el lucro cesante no es indemnizable, ni tampoco las ventajas y los daños hipotéticos o conjeturales.

En efecto, en Galanti, sostuvo que no podía prosperar el reclamo de los actores,

en la medida en que se funda en el cambio de fisonomía del vecindario, pues tal hecho no constituye una lesión indemnizable por no atacar de manera esencial el dominio. Dicha circunstancia constituiría a lo máximo una privación al propietario de una ventaja de la que gozaba, lo cual no daría derecho a reparación alguna (arg. art. 2620, Cód. Civil).

En Costoya, la Cámara Nacional de Apelaciones había hecho lugar al lucro cesante consistente en la compensación por la indisponibilidad del inmueble durante el tiempo transcurrido entre la entrega de la posesión del inmueble a la comuna y el dictado de la sentencia que rechazó la demanda de escrituración, por haberse desafectado el bien de la expropiación. La

Corte Suprema anuló parcialmente esta sentencia, descartando la reparación del lucro cesante. En *Klick S.A.* el alto tribunal descartó la indemnización de un daño por considerarlo hipotético diciendo que la circunstancia de no ser indemnizable toda mejora que haya podido introducirse en el inmueble con posterioridad a la ordenanza de afectación (art. 11, ley 21.499) no configura por sí misma un daño cierto que deba ser reparado: es indispensable demostrar, al menos, que por dicha causa se han frustrado proyectos en curso de ejecución o a concretarse sobre el bien afectado.

Con respecto al segundo requisito señalado, la relación de causalidad entre el accionar del estado y los daños invocados, dijo la Corte en *Galanti*:

No procede la acción de daños y perjuicios contra la comuna fundada en la existencia de terrenos baldíos, fruto de demoliciones efectuadas a efectos de la traza de una autopista, terrenos que son usados como basurales y refugio de vagabundos, pues además de su carácter circunstancial, tales perjuicios no son consecuencia directa e inmediata de la afectación o desafectación del inmueble a la traza de la autopista.

Haciendo referencia a este indispensable requisito, también el máximo Tribunal afirmó en *López Dardo*:

Cabe rechazar la acción por los daños y perjuicios derivados de la afectación del inmueble del actor a los fines de su expropiación y el posterior desestimiento de la misma, toda vez que no existe relación causal entre los actos de afectación y desafectación y los deterioros sufridos en el inmueble, ya que el perjuicio alegado no proviene de la actividad de la comuna sino de su propia conducta, pues conocida la declaración de utilidad pública optó por abandonar la propiedad y omitió realizar los trabajos tendientes a su mantenimiento y conservación.

Si bien la Corte Suprema sostiene que es facultad de la administración la de desistir de la acción de expropiación, también

indica que si de esa desafectación se produce un daño, los afectados tienen derecho a reclamar indemnización. Ello significa que existe una protección a la propiedad ante ese accionar del estado, protección que se traduce en la posibilidad de invocar la responsabilidad del estado si se dan todos los requisitos necesarios para su procedencia.

LA CAPACIDAD DEL MUNICIPIO PARA EXPROPIAR

Por último, otro tema motivo de controversia refiere a la relación entre los distintos niveles estatales en tanto actores con capacidad de expropiar, fundamentalmente a la luz de la reforma constitucional de 1994. Como señalamos al comienzo, la nación y las provincias son los únicos titulares de la competencia expropiatoria, pues ejercen por sí mismas y directamente la facultad de declarar la utilidad pública.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se torna relevante la pregunta acerca de si la articulación de los poderes del estado ha cambiado a partir de la reforma de 1994. En opinión de algunos autores, como Ábalos (2001), se profundiza la descentralización y se fracciona el poder en relación con el territorio, incorporándose a los municipios y a la ciudad autónoma de Buenos Aires. Entre otros autores, Antonio M. Hernández opina que luego de la reforma constitucional de 1994 existen cuatro órdenes de gobierno en la federación argentina: el gobierno federal, los gobiernos de provincia, el gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires y los gobiernos municipales autónomos. Y agrega que

[...] la consagración constitucional de las autonomías de la ciudad de Buenos Aires y de los municipios significan incuestionablemente la afirmación del federalismo, por la íntima relación entre estas instituciones. Asimismo, en la misma línea de fortalecimiento del federalismo, se debe inscribir la posibilidad del nivel regional, para el desarrollo económico y social, pero no como gobierno

político de un conjunto de provincias, según lo prescripto por el art. 124 de la Ley suprema.

También Bidart Campos entiende que la dualidad de poderes que implicaba el estado federal y los estados locales se triplica con la reforma de 1994, pues dentro de cada provincia los municipios revisten un tercer poder, que es el poder municipal, también autónomo (Ábalos, 2001).

No obstante el reconocimiento expreso de la autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994, los municipios carecen de poder expropiatorio y por lo tanto, en nada se ha alterado el juego de poderes, llevándolo a una escala municipal. No obstante esta limitación constitucional, funcionarios y expertos entrevistados nos han acercado relatos de experiencias de expropiaciones llevadas a cabo por municipios. En este sentido, es interesante no perder de vista la respuesta que la Corte Suprema emita en torno al caso de la Municipalidad de Avellaneda contra C/Pavillon S.A. (S/Expropiación. Causa 70361), en el que se discuten los límites y posibilidades de los municipios para recurrir a este instrumento.

ALGUNAS CONCLUSIONES

A la hora de cerrar este capítulo, nos interesa destacar la estabilidad que ha caracterizado al régimen constitucional de la expropiación en Argentina. La complejidad del procedimiento expropiatorio que en ocasiones involucra a los tres poderes del estado no se ha modificado, sin contar las excepciones establecidas a la necesidad de ley especial que califique la utilidad pública, como la analizada en el caso de la provincia de Buenos Aires para la realización de obras viales e hidráulicas. A diferencia de otros países de la región, en Argentina tampoco se ha avanzado hacia la descentralización de la capacidad expropiatoria en el nivel municipal.

También es necesario señalar que la complejidad del marco constitucional de la expropiación configura una arena de conflictos y tensiones dentro del estado. Es decir, más allá de la dicotomía entre lo público y lo privado, que es constitutiva de la expropiación, es posible observar importantes tensiones en la propia delimitación de lo público por parte de las distintos niveles estatales intervinientes, y aun cada poder, en las distintas agencias intervinientes. El juego de vetos establecido entre los tres poderes, que hacen al proceso expropiatorio argentino uno de los más problemáticos de América Latina, nos permite observar distintas concepciones sobre la utilidad pública y la propiedad privada. Así, expropiar constituye una tarea compleja y plagada de obstáculos: menos producto de una planificación central deliberada que resultado de iniciativas acotadas y fragmentarias, en ocasiones defensivas, que por ejemplo en el caso de la regularización dominial opera difiriendo un situación sumamente lesiva (desalojos) pero que es incapaz de plantear respuesta de largo plazo a los problemas planteados.

Esta estabilidad no implica asumir la ausencia de innovaciones, conflictos y disputas durante los años estudiados, en los que el poder judicial ha desempeñado un papel protagónico. Por ejemplo, en 1977, en plena dictadura militar, se sancionó la Ley Nacional de Expropiaciones (21.499), que recoge algunas necesidades del gobierno de facto para la realización de autopistas. Una de las innovaciones legislativas que introdujo esta ley fue la creación de la figura de la expropiación diferida, cuyo objetivo apuntaba a la realización de expropiaciones en distintos plazos para otorgarle al estado municipal la posibilidad de adquirir el financiamiento necesario para una obra del tal envergadura. Sin embargo, los propietarios que accionaron reclamando la efectivización de la expropiación encontraron eco en el poder judicial, frustrando en parte la planificación inicial. Así, vemos cómo la actividad de los jueces en beneficio de los propietarios afectados, junto con otros factores que se examinaron a profundidad más arriba, han obstaculizado la actividad estatal.

Otro de los temas que hemos revisado, con relación al establecimiento de límites temporales a la capacidad de los propietarios afectados por expropiaciones realizadas varias décadas atrás, la línea jurisprudencial prevaleciente, que rechaza la prescripción de la expropiación inversa cuando no ha mediado declaración de utilidad pública, descansa en una defensa del derecho de propiedad, con escasa sensibilidad a los contextos históricos, políticos e institucionales en que se han realizado estas expropiaciones (sobre todo en aquellos casos en que la expropiación para realizar vialidades y/o obras hidráulicas ha propiciado la valorización de los terrenos). Así, parece primar en el poder judicial una defensa del derecho de propiedad poco receptiva a las necesidades y problemas que enfrenta la gestión estatal de los problemas colectivos.

Como contrapartida, una innovación que arroja el análisis de los debates jurídicos aquí analizados es la legitimación de aquellas expropiaciones realizadas para transferir la propiedad a terceros (es decir a otros privados), siempre que medien objetivos de “desarrollo industrial o bienestar para la comunidad”. En este sentido, a la masiva aprobación legislativa de estos nuevos usos de la calificación de utilidad pública que se expresó en las expropiaciones para regularización dominial y la recuperación de fábricas en manos de las cooperativas de trabajadores, encuentra en el fallo O’ Connor de 2009, legitimación jurisprudencial. Si bien se ha consolidado la interpretación jurisprudencial acerca de que la calificación de la utilidad pública es una facultad del Legislativo que no puede ser revisada judicialmente, no deja de ser significativa la argumentación en favor de una definición de este tipo de la utilidad pública, que ha sido tan frecuente interpelada por el legislativo dicho poder en los últimos treinta años.

BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, María Gabriela. 2001. *El municipio y sus relaciones con la provincia en el federalismo argentino luego de la reforma de 1994*, LA LEY 2001-F, 1164. Buenos Aires
- Azuela, Antonio. 2007. "Takings at the other end: eminent domain and urban development in Sao Paulo, Bogota and Mexico City". Ponencia presentada para el Seminar on Land Policies and Property Rights. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Azuela, Antonio, Carlos Herrera y Camilo Saavedra. 2009. "La expropiación y las transformaciones del Estado". *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 71, núm. 3(julio-septiembre): 525-555.
- Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, t. I. Buenos Aires: Ed. Ediar, p. 438.
- Cassagne, Juan Carlos. 2002. *Derecho Administrativo*, tomo 2, 7a ed. actualizada. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Cassagne, Juan Carlos. 2009. *Expropiación: revisión judicial de la declaración de utilidad pública. Arbitrariedad de la ley que la dispuso*, LA LEY 2009-C, 186. Buenos Aires.
- Dromi Roberto. 2006. *Derecho Administrativo*, 11ª Edición. Buenos Aires-Madrid-México: Ed. Ciudad Argentina-Hispania Libros.
- Hernández, Antonio M. 1997. *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Lattuada, Mario. 1986. *La política agraria peronista (1943-1983)*. Buenos Aires: CEAL
- Lattuada, Mario. 2002. "El peronismo y los sectores sociales agrarios. La resignificación del discurso como articulador de los cambios en las relaciones de dominación y la permanencia en las relaciones de producción". *Revista Mundo Agrario*, vol. 3, núm. 5.

- Maldonado, Melinda. 2007. "Recuperación de plusvalías urbanas en Argentina: retrato de los 'no se puede'". Informe presentado al Lincoln Institute of Land Policy (mayo), publicado en Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), 15/11/2007.
- Maldonado, Melinda. 2008. "La responsabilidad patrimonial del estado en temas urbanos". Informe. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Marienhoff, Miguel, 1998, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Merklen, Denis. 2010. *Pobres ciudadanos: las clases populares en la era de la democracia argentina*. Buenos Aires: Editorial Gorla.
- Nuñez, Pedro. 2010. "Arreglos locales y principios de justicia en pugna". En Gabriel Kessler, Maristela Svampa e Inés Bombal González. *Reconfiguraciones del mundo popular*. Buenos Aires: Editorial Prometeo y Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Oyhandy, Angela. 2010. "La expropiación como herramienta de las políticas urbanas en la Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires (1983-2006)". Informe. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Rabotnikof, Nora. 2005. *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. México: UNAM.
- Smolka, Martim y Fernanda Furtado. 2001. *Recuperación de plusvalías en Latinoamérica: ¿bravura o bravata?* Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Solsona, Justo y Hunter Carlos. 1990. *La Avenida de Mayo: un proyecto inconcluso*. Buenos Aires: Librería Técnica.
- Svampa, Maristela e Inés Gonzalez Bombal. *Reconfiguraciones del mundo popular*. Buenos Aires: Prometeo.
- Uslengui, Alejandro Juan. 1998. "Planificación Urbana y responsabilidad estatal", *Derecho Administrativo. Homenaje al Prof. Marienhoff*, dirigido por Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Aguilar, María Lucía c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/expropiación inversa. Suprema Corte de Buenos Aires, Ac 85060 S 1-4-2004
- Begher, Carlos c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1-07-1986. T. 308 P. 1049
- Blas Ovando Sanabria y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21-08-1986. T. 308 P. 1282.
- Carlos Casado c/ José Mario Bombal s/expropiación, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-06-1900, T. 85 P. 303.
- Cerda, Gabriel C. y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación) s/expropiación irregular, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-10-1982. T. 304 P. 1484.
- Enriqueta María C. Ruani y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17-08-1989. T. 312 P. 1363.
- Faut, Pedro y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27-12-2005. T. 328 P. 4782
- Galanti, Carlos A. c/ Municipalidad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22-12-1987. T. 310 P. 2824
- Jesús Costoya y Otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05-02-1987. T. 310 P. 190
- Jorge Gibbs c/Provincia de Mendoza, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05-12-1901, T. 93, P. 219.
- Klyck, S. A. c/ Municipalidad de la Capital, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-12-1986.
- López, Dardo Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21-02-1989. T. 312 P. 204.

- Martha Estrabiz de Sobral c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17-03-1988. T. 311 P. 297.
- Municipalidad de Avellaneda contra c/ Pavillon S.A. s/expropiación, pendiente de sentencia en Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa 70.361.
- Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14-04-1888. T. 33 P. 162.
- Nación c/ Las Palmas del Chaco Austral, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1975. T. 291 P. 507.
- O'Connor, Alberto M. y otro s/ Inconstitucionalidad ley 11.959, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, I 2107 18-02-2009.
- Oszlak, Oscar. 1991. *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano*. Buenos Aires: CEDES-Humanitas.
- Pefaure, Pablo Marcelo y otros c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa, Suprema Corte de Buenos Aires, Ac 52.386 S 26-7-1994.
- Uslengui, Alejandro Juan. 1998. "Planificación Urbana y responsabilidad estatal". *Derecho Administrativo. Homenaje al Prof. Marienhoff*. Coordinado por, Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Capítulo tercero
Valuación judicial y demora en el pago de
indemnizaciones: el caso de las expropiaciones
en el estado de São Paulo, Brasil

Emílio Haddad y Cacilda Lopes dos Santos

INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene por objeto profundizar en la reflexión sobre el papel de la figura de la expropiación en las transformaciones sociales y urbanas, así como sobre la función del Poder Judicial para garantizar el pago anticipado de un valor justo en los procesos judiciales de expropiación en Brasil.

Para empezar, es importante señalar que Brasil, con una población estimada de cerca de 192 millones de habitantes en 2011, tiene un vasto territorio, de 8.5 millones de km², que ocupa 47% de América del Sur. Cuenta con un gran capital en tierras públicas que lo distingue de otros países. La propiedad y la administración de ese patrimonio público se distribuyen entre los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal) y empresas públicas. Recordemos que Brasil es una república federativa constituida por 26 estados y un distrito federal, bastante heterogéneos en muchos aspectos. Además, cada estado se divide, a su vez, en municipios, que en total suman 5 565.

Nos referiremos al caso del estado de São Paulo y sus municipios. Esta selección obedece a motivos que expondremos más adelante, pero que reflejan tanto la dificultad de abordar el tema con mayor detalle a escala nacional dentro de los límites de este texto, como el hecho de que es el caso sobre el que se dispone de información de mayor calidad.

En el estado de São Paulo, para ser más específicos en la ciudad de São Paulo y sus alrededores, la sociedad vive una situación paradójica. Por un lado, se registra un gran número de expropiaciones de inmuebles, a menudo relacionadas con obras de transporte y vivienda popular, por las que muchos de los propietarios reciben un anticipo de la indemnización, aunque no estén satisfechos con el avalúo. Por otro lado, en un sistema aparte fundamentado en la ley y en la propia Constitución hay una enorme cantidad de adeudos, denominados *precatórios*, por concepto de expropiaciones pasadas en espera de pago.

El sistema de *precatórios* es un instrumento específico para el pago de los adeudos judiciales que el poder público brasileño tiene con un particular. Es la etapa final del proceso judicial contra el poder público, en el que éste fue sentenciado al pago de determinada cantidad a un particular. Ninguna norma impide a los poderes públicos efectuar nuevas expropiaciones aunque no hayan pagado sus adeudos atrasados. Cabe destacar que el sistema de *precatórios* sólo existe en Brasil, es una figura única en el mundo y, si bien relevante, ha recibido poca atención en la bibliografía sobre el tema de la expropiación en el país.¹

En relación con los *precatórios* hay mucha información discrepante respecto de los valores. En Brasil, el poder legislativo de cada entidad federativa* también tiene la facultad de

¹ El análisis sobre los *precatórios* estuvo prácticamente ausente en los trabajos que forman parte del libro editado por Fernandes y Alfonsin (2009), que se considera un hito en los esfuerzos recientes de volver a examinar el tema a la luz de conceptos actualizados del derecho urbanístico.

* Nota de la traductora: Para los efectos de este capítulo, entiéndase *entidad federativa* como estado o municipio.

fiscalizar las cuentas del Poder Ejecutivo. De acuerdo con datos recabados por el Poder Legislativo del estado de São Paulo en mayo de 2011, tan sólo ese estado tiene casi 400 mil *precatórios* pendientes de pago, lo que equivale a aproximadamente 13 mil millones de dólares. De ese monto, se calcula que 40% corresponde a *precatórios* por concepto de expropiación.

Es importante señalar que esos datos no incluyen los adeudos de los municipios que integran el estado de São Paulo, pues mucho de ellos aún no habían informado al Tribunal de Justicia de São Paulo cuál era el monto actualizado de sus respectivos *precatórios*.

Para entender mejor los cambios ocurridos en el procedimiento de expropiación en el caso de São Paulo y sus resultados desalentadores para contener los *precatórios* pendientes de pago, este capítulo se divide en dos partes.

En la primera parte se hace una breve introducción del análisis sobre el tema de las expropiaciones en Brasil, con el propósito de examinar uno de los aspectos relevantes específicos del caso brasileño: la fase del pago de los valores fijados en los procesos judiciales de expropiación, denominada emisión de *precatórios*. Se presenta un esbozo de la figura del *precatório* y se aprovecha la oportunidad para tratar de ofrecer un panorama más amplio de los fundamentos sociales, políticos y jurídicos de la expropiación y su complejidad.

La segunda parte tiene por objeto contextualizar el análisis, tomando como ejemplo lo que ocurre en la ciudad de São Paulo, en relación con los *precatórios* existentes y las nuevas expropiaciones. Se aborda la iniciativa que, a principios de los años noventa, adoptaron jueces de primera instancia integrantes del Poder Judicial del municipio de São Paulo con miras a evitar que en nuevas expropiaciones demoraran el pago de la indemnización a los propietarios.

LA EXPROPIACIÓN EN BRASIL

Características de la figura de la expropiación

En Brasil, la figura de la expropiación está regulada por una legislación muy antigua: el Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de junio de 1941, y la Ley núm. 4.132, del 10 de septiembre de 1962, ambos anteriores a la Constitución de 1988 y con poquísimas modificaciones desde su respectiva publicación (Lopes dos Santos, 2010).

A partir de la Constitución Federal de 1988 y del nuevo orden urbanístico instituido por la Ley núm. 10.257, del 10 de julio de 2001 (Estatuto de la Ciudad), muchos instrumentos de intervención quedaron amparados por ley y alteraron profundamente la conformación del derecho de propiedad urbana al establecer que la gestión territorial del espacio urbano fuera competencia del municipio, que para ello debería aprobar un plan maestro fundamentado, sobre todo, en la función social de la propiedad urbana y la participación ciudadana.

A pesar de la profunda alteración del modo de gestionar las propiedades urbanas que trajo consigo el Estatuto de la Ciudad, el nuevo orden jurídico mantuvo el mismo abordaje de más de seis décadas de expropiación, lo que resultó compatible con la visión autocrática prevaleciente en el régimen militar.

Fernandes (1998) retomó el tema en su obra *Direito Urbanístico*, donde exponía:

La sociología urbana ha tenido, hasta ahora, una escasa comprensión sobre la naturaleza y las implicaciones de las acciones del Estado en el proceso de urbanización, a través tanto de la aprobación de la legislación como de la formulación de resoluciones judiciales. Tampoco existe una comprensión más amplia del papel que desempeña el Derecho en la determinación de nuevas prácticas sociales, a menudo contrarias al orden jurídico prevaleciente, pero que han constituido las diversas formas de “justicia informal” existentes en las áreas urbanas. Por otro lado, el estudio

del proceso de urbanización también ha sido descuidado por los juristas, quienes, salvo contadas excepciones, como veremos más adelante, se han negado a entender que, luego de seis décadas de crecimiento urbano intensivo, el orden jurídico vigente ha dejado de expresar el orden urbano-social real, mientras que el orden jurídico-institucional prevaleciente no refleja el actual orden urbano-espacial.

A pesar de que Brasil posee un gran patrimonio en tierras públicas, en la fase actual de desarrollo del país, que careció de una planeación de su crecimiento, los distintos niveles de gobierno promueven expropiaciones para compensar el déficit de vivienda e infraestructura, demanda impulsada por eventos de gran envergadura como el Mundial de Fútbol y los Juegos Olímpicos, que se celebrarán en breve en el país.

En la Constitución Federal de 1988 se instituyó la obligatoriedad de la planeación para el poder público,² normatividad que empieza a incorporarse a la administración pública, aunque sus resultados no podrán evaluarse sino hasta dentro de muchos años. Para proponer una política de ordenamiento en su territorio, el estado brasileño debe partir de un buen conocimiento y comprensión de la situación de la tenencia de la tierra en el país. La propiedad pública se debe usar para dirigir el ordenamiento y reencauzar el modelo de desarrollo nacional.

Conforme al derecho administrativo, todo acto administrativo, como es el caso de un decreto expropiatorio, debe cumplir ciertos requisitos, en particular la justificación de motivo y finalidad o interés público.³ En Brasil, el procedimiento

² Artículo 174 de la Constitución Federal: "Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en forma de ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeación, siendo esta última de carácter vinculante para el sector público e indicativo para el sector privado.

³ Sobre los requisitos esenciales de los actos administrativos, véanse obras de Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello y Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

de expropiación se inicia con un decreto de utilidad pública o interés social elaborado por un representante del poder público, la entidad pública o la concesionaria del servicio público, normalmente facultado por un contrato, que se interese en el área que se expropiará, en los tres órdenes de la federación, ya sea la Unión, los estados miembros o los municipios.

Aunque las administraciones públicas brasileñas observan estos requisitos, es un hecho que las decisiones de expropiar áreas para atender determinada utilidad pública o interés social se han tomado de manera aislada, es decir, sin ningún tipo de planeación. Además de esa falta de previsión de las expropiaciones necesarias para la planeación urbana municipal, se observa que *la ley no alienta la celebración de acuerdos en el proceso de expropiación, lo que redundando en innumerables procesos en trámite ante el Poder Judicial*. Si bien es cierto que algunas administraciones tratan de promover la expropiación de una manera conciliatoria, dado el gran número de procesos de esta índole que están en trámite o en espera de solución para su liquidación, se puede afirmar que hay una *judicialización* excesiva de las cuestiones expropiatorias en Brasil.

Es necesario que los agentes públicos modifiquen su postura. Una disposición legal que establezca la necesidad de iniciar el procedimiento con la propuesta de un acuerdo podría reforzar la importancia del acuerdo en los casos de expropiación y contribuir a modificar la práctica brasileña de acudir al Poder Judicial para resolver cuestiones que se podrían solucionar en el ámbito administrativo, como ocurre en muchos países.

De hecho, además de los serios problemas relativos a la valuación e indemnización en las expropiaciones, la falta de planeación y la inercia administrativa para celebrar acuerdos con los propietarios de las áreas en las que tiene interés la administración pública, son factores que contribuyen a la crisis de este instrumento en la práctica brasileña (LAB-HAB, 2002).

En cuanto a su papel en las expropiaciones practicadas en Brasil, el Poder Judicial concentra la actividad de arbitrar o fijar

las indemnizaciones en el proceso judicial de expropiación. En otros sistemas, la actividad del Poder Judicial es de mero control. Por ejemplo, el Código de Expropiaciones de Portugal, que consiste en la Ley núm. 168/99 (artículo 38 y siguientes), exime al Poder Judicial de la tarea de fijar la indemnización adeudada. Si no se llega a un acuerdo, el Tribunal de Relación nombra una comisión de tres árbitros y, después de que ésta adopta una resolución, se puede interponer un recurso ante los tribunales ordinarios, de modo que, por regla general, no se llevan a cabo procesos judiciales, lo que también se observa en la Ley de Expropiación española⁴ de 1954, que remite esta tarea a un jurado conformado por cinco integrantes (artículos 31 y 32).

Desarticulación entre las esferas de gobierno

En virtud de la federación instituida en la Constitución Federal de 1988, el estado brasileño se divide en las siguientes entidades políticas: Unión, estados miembros, municipios y Distrito Federal. Dada esta división federativa, en materia de expropiación es posible acudir a la justicia en dos ámbitos. El juicio es del ámbito federal cuando la acción de expropiación tiene como parte interesada a la Unión. Compete a la justicia estatal y sus tribunales el juicio de las acciones de expropiación cuando los interesados son los municipios, los estados miembros o el Distrito Federal. Esta división ha propiciado algunas dificultades, sobre todo cuando el estado miembro y la Unión tienen un interés en la misma área, lo que arroja como resultado dos

⁴En España, el Jurado Provincial de Expropiación fija el monto de la indemnización. Este órgano colegiado debe fundamentar sus resoluciones, contra las que se podrá interponer un recurso contencioso-administrativo (artículos 31 a 35 de la Ley de Expropiación Forzosa del 16/12/1954). En Italia es de competencia exclusiva del juez administrativo la controversia sobre los actos, procedimientos, acuerdos y comportamientos de la administración pública y los sujetos que se equiparen a ella, mientras que fijar el monto de la indemnización es competencia del juez ordinario.

procesos judiciales para la misma área, en particular en el caso de áreas destinadas a la protección del medio ambiente.

Entre los instrumentos de la política nacional de ordenamiento territorial están los planes nacional, regionales y locales de ordenamiento territorial previstos, respectivamente, en los artículos 21, IX, y 30, VIII, de la Constitución Federal de 1988, que deben ser elaborados por las diferentes entidades estatales en el ámbito de sus respectivas competencias. En el caso específico de los planes locales, se deberá observar la competencia de los municipios para promover el adecuado ordenamiento territorial del suelo urbano, en los términos del artículo 30, VIII.

Ante las dificultades de índole federativa que enfrentan las administraciones públicas en Brasil, que acaban reflejándose en el tema de la expropiación, la solución de controversias debe pasar por una mayor cooperación entre las entidades de la federación, cuyo arreglo institucional se establece en la reciente Ley de Asociaciones de Entidades Federativas,⁵ lo que exige una acción más planeada de la Unión y los estados respecto de la creación de unidades de conservación, parques, reservas ambientales y estaciones ecológicas, cooperación que puede extenderse a los casos que deriven en procesos judiciales.

Conviene resaltar que en la Constitución brasileña no se tuvo el cuidado de integrar la actividad de planeación territorial de sus diversas entidades federativas, lo que repercute en la falta de coordinación entre dichas entidades en cuanto a sus

⁵ Ley Federal núm. 11.107/2005: "Artículo 1o. La presente ley establece normas generales para que la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios contraten asociaciones de entidades federativas para la consecución de objetivos de interés común, entre otras disposiciones.

Párrafo primero. La asociación de entidades federativas constituirá una asociación pública o persona moral de derecho privado.

Párrafo segundo. La Unión sólo participará en asociaciones de entidades federativas de las que también formen parte todos los estados en cuyos territorios se ubiquen los municipios asociados".

decisiones de expropiación. De este modo, entre las competencias materiales exclusivas de la Unión, figura la de elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenamiento territorial y de desarrollo económico y social (artículo 21, IX, CF/88). Aunque entra en el ámbito de las competencias materiales, que no implican la facultad de legislar, es necesario avanzar hacia la formulación de un marco legal que permita integrar las diversas normas que regulan las diferentes formas de uso, ocupación y protección del suelo urbano, pues las distintas disposiciones legales y actos normativos vigentes no guardan relación.

El uso de la expropiación-sanción, que se caracteriza por pagarse con títulos de deuda pública instituida por el Estatuto de la Ciudad, está condicionado a que las áreas sujetas a esa modalidad de expropiación estén previstas en el plan maestro. Sin embargo, esta práctica no se ha asimilado en los planes maestros de los municipios, hecho que se agrava cuando las expropiaciones son efectuadas por los estados miembros o la Unión, ya que no existe un plan de expropiaciones de estas entidades federativas, ni tampoco un arreglo que permita que las expropiaciones efectuadas por los estados miembros y la Unión sean compatibles con las planeadas por los municipios.

Dado que la elaboración de planes nacionales y regionales de ordenamiento territorial es competencia del Poder Ejecutivo federal, resulta indispensable que haya normas vigentes que sustenten esa actividad administrativa. Así, sería necesaria la promulgación de una nueva ley que instituya lo que en algunos estudios se denomina plan nacional de ordenamiento del territorio. Sin embargo, como estos planes son en realidad instrumentos de una política de ordenamiento territorial de mucho mayor alcance, dicha ley deberá definir los límites de la política nacional, lo que posibilitará un campo de acción mucho más amplio para el Ejecutivo federal.

En algunos estudios académicos⁶ se propone la promulgación de una ley sobre la política nacional de ordenamiento territorial, la cual debería contener, como mínimo, un sistema de gestión del territorio, lo que incluiría una coordinación de planes de expropiación, compuesto por órganos y entidades de administración directa e indirecta de la Unión, los estados y los municipios. Asimismo, debería definir el área de actuación de los planes nacional, regionales y locales, que podrá coincidir con los límites políticos de los estados miembros o determinar otra unidad de gestión, como las regiones ecológicas, las cuencas hidrográficas, los límites políticos del territorio municipal, etc.

*El Estatuto de la Ciudad como promotor
de mecanismos alternativos*

La expropiación es sin duda un importante mecanismo de desarrollo urbano. En un marco de crisis fiscal crónica del estado, se buscan alternativas para su viabilidad mediante la recuperación para el poder público de parte de las plusvalías generadas. La mayor utilización de estos instrumentos tropieza con la falta de estructuras políticas y administrativas, y con acciones que faciliten esa práctica.

En el Estatuto de la Ciudad, por ejemplo, se prevén instrumentos alternativos a la expropiación, como el derecho de preferencia: el poder público delimita las áreas que revisten interés para futuros proyectos y, en caso de que el propietario quiera enajenarlas, es obligatorio que dé preferencia al poder público municipal. Debería aplicarse el mismo principio a las áreas que se expropiarán por utilidad pública o interés social, de

⁶ Aldomar A. Rückert. "A política nacional de ordenamento territorial, Brasil. Uma política territorial contemporânea em construção". *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona., vol. XI, núm. 245 (66), 1 de agosto de 2007. [Nueva serie de Geo Crítica. Cuadernos Críticos de Geografía Humana.]

modo que las adquisiciones sean compatibles con la planeación municipal.

A este respecto, es importante recordar que aunque se usa poco en Brasil para abordar el tema de la recuperación de plusvalías de tierras asociada a la realización de proyectos urbanos, existe la denominada expropiación por zona, estipulada en el artículo 4º del Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de julio de 1941:

La expropiación podrá abarcar el área contigua necesaria para el desarrollo de la obra a la que se destina, así como las zonas que se valoricen de manera extraordinaria, como consecuencia de la realización de dicha obra. En cualquier caso, la declaración de utilidad pública deberá incluirlas, especificando cuáles son indispensables para la construcción de la obra y cuáles se destinarán a reventa.

En estos casos, la expropiación se extiende a áreas mayores a la necesaria para la realización de la obra, ya sea en función de futuras ampliaciones o de un aumento previsible del valor de los inmuebles adyacentes. Las futuras ampliaciones deberán preverse en el propio proyecto de la obra, incluida la remanente. Si posteriormente no fuera utilizada de manera apropiada, esa área podrá ser objeto de retrocesión. La ausencia de una disposición expresa sobre el plazo en que se debe utilizar el bien expropiado para la finalidad en función de la cual se expropió no corresponde a una autorización para que el poder público utilice o no el bien, elija con total libertad el momento de utilización o decida sin ningún límite la extensión del área expropiada (Dallari, 1981).

En los casos en que el área se reserve para un crecimiento posterior de inmuebles adyacentes, el mantenimiento de esa área se dará en función de la plusvalía que se genera por la obra realizada. Esa reventa de las áreas expropiadas que después ganan valor está autorizada por ley con base en una especie de avalúo de la obra generadora de la plusvalía. Por lo general, el

costo de las obras se da a través de la contribución de todos; sin embargo, en esos casos se autoriza la expropiación de las áreas mayores que la obra en cuestión para sufragar los gastos con la reventa posterior.

No obstante, la doctrina se encuentra dividida respecto al tipo de expropiación, puesto que la forma de costear las obras públicas se realiza por medio de las contribuciones para mejoramiento y no de las expropiaciones. En este sentido, Dallari (1981: 93) afirma:

siendo la contribución para mejoramiento sólo una institución afín y alternativa a la expropiación por zona, es verdad que la existencia de la primera no implica la inconstitucionalidad de la segunda. Además, es perfectamente legítimo que el poder público absorba la plusvalía cuando ésta se deriva de la obra que realice con base en el principio que prohíbe el enriquecimiento inexplicable y el antiquísimo principio de equidad (*suum cuique tribuere*).

Otro instrumento que está ganando notoriedad en Brasil, especialmente en São Paulo, es la “concesión urbanística”, que consiste en una autorización por parte del poder público para particulares a fin de realizar obras públicas que permitan la urbanización o incluso la revitalización de áreas ya urbanizadas. Este instrumento se ha utilizado en leyes municipales, en virtud de la ley general de expropiaciones y concesión de servicios públicos.⁷

Silva (2006: 324) elabora la posibilidad de la concesión urbanística para particulares en los siguientes términos:

⁷ En la ciudad de São Paulo, la Ley Municipal núm. 14.918, del 7 de mayo de 2009, autoriza la concesión urbanística Nova Luz, región muy degradada de la ciudad, conocida como *Cracolândia*, donde la empresa que gane la licitación podrá expropiar áreas particulares con miras a una reclasificación urbana. Aún no se han definido las áreas que podrán expropiarse y los habitantes y comerciantes de la zona se están movilizandando contra la concesión urbanística porque consideran que el proyecto del municipio sólo favorece al mercado inmobiliario.

La concesión urbanística consiste en una especie de concesión de obras públicas no para explotación subsiguiente de servicios y rescaramiento mediante cobro de tarifas. Será entonces una concesión pura de obras públicas, no una concesión mixta de obras públicas, figura que se asoma, aún muy tímidamente, en la dogmática jurídica. El ya citado Francisco Lliset Borrell nos ofrece lo esencial de su configuración cuando expone en los términos siguientes: “La concesión pura de una obra pública tiene por objeto la transferencia de facultades propias de la Administración a un particular para la ejecución de obras de uso y aprovechamiento generales y de construcciones destinadas a servicios que se encuentren a cargo de un estado, provincia o municipio, en cuyo costo participará el concesionario no por medio de tarifas de prestación de servicios o de oferta de bienes para uso público, sino de la explotación de la plusvalía o subproductos de la obra misma”. Así sucede, por ejemplo, cuando el poder público municipal elabora un plan de reurbanización o de renovación urbana de algún área; si dicha área es propiedad privada, será expropiada para la ejecución del plan. Esta ejecución podrá correr por cuenta directa de los órganos de la alcaldía o por cuenta de una de sus empresas públicas, como la EMURB (Empresa Municipal de Urbanização de São Paulo) o realizarse por vía de una concesión, en la que el concesionario asumirá los gastos de la ejecución del plan, con el derecho de venta de terrenos o de nuevas edificaciones del área urbanizada.

Cabe destacar que la concesión urbanística no debe entenderse ni como una especie de prestación de servicios para la realización de determinada obra, ni como mera concesión de servicios públicos, situación que permite que dicha concesión también sea facilitada por la ley que prevé las asociaciones público-privadas.⁸ La concesión se ofrece al particular sólo en lo que se refiere a la ejecución de la obra, pues la titularidad o regulación seguirá correspondiendo al poder público. La concesión deberá

⁸ Ley Federal núm. 11.079/2004. Las asociaciones público-privadas son contratos establecidos entre la administración pública y particulares para viabilizar la realización de actividades de interés general.

ser fiscalizada por éste y se establecerá de acuerdo con sus pautas, plan maestro y leyes municipales.

Así pues, ejecutar una expropiación no es facultad exclusiva de entidades políticas y, en consecuencia, los bienes expropiados no siempre entran en el dominio de la entidad que declaró la utilidad pública del bien; no obstante, aunque los particulares puedan aprovechar bienes expropiados para la ejecución de planes urbanísticos, será necesario el acto declaratorio para la posterior promoción de la expropiación.

Se observa entonces que la propia Constitución Federal no impone que el bien expropiado obligatoriamente deba formar parte del patrimonio público. La finalidad de la figura de la expropiación es el interés público y el hecho de que la administración pública tenga como función primordial la búsqueda del interés público no quiere decir que sólo sea posible alcanzar tal objetivo a través de ella. Lo que resulta inaceptable como fundamento de la expropiación es el interés particular. Lo mismo sucede con la reventa de propiedades ya expropiadas, cuyo característica fundamental es mantener el objetivo del interés público.

En este momento hay un gran interés en aplicar la concesión urbanística en la ciudad de São Paulo, que es la primera tentativa de uso de este instrumento en Brasil. Se aguardan las próximas acciones del municipio de São Paulo, a fin de evaluar su repercusión para la ciudad y para las personas que viven y trabajan en la localidad que sufrirá la intervención. Se está tramitando una acción de inconstitucionalidad, de ámbito estatal,⁹ en el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo. Esta acción tuvo su primera resolución judicial el 27 de abril de 2011, la cual impedía las expropiaciones promovidas por el

⁹ En Brasil hay dos modelos de acción directa de inconstitucionalidad: la de ámbito federal, en el marco de la Constitución Federal, y la de ámbito estatal, procesada en los tribunales de justicia de los estados, para la protección de las constituciones estatales.

proyecto Nova Luz, en São Paulo. Sin embargo, el juez Souza Lima, del Tribunal de Justicia de São Paulo (TJ-SP), revirtió la medida provisional que él mismo había dictado para suspender el avance de las acciones de la alcaldía de la región conocida como Cracolândia. El juez había acatado una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el Sindicato de Trabajadores de Empresas de Electricidad. Las obras se detuvieron en virtud de dicha medida.

El principal motivo de impugnación de los comerciantes es que la administración municipal estaría delegando a la iniciativa privada el poder de expropiar inmuebles de la zona, facultad exclusiva de las autoridades públicas. En su última resolución, Souza Lima concluye que es legal “la expropiación por parte de concesionarios de servicios públicos, establecimientos de carácter público o que ejerzan funciones delegadas por el poder público”. De este modo, un particular puede promover la expropiación y la reglamentación impugnada permitirá que entidades privadas promuevan las expropiaciones necesarias para la instrumentación del programa de revitalización de una de las zonas más deterioradas de la ciudad, afirma el juez en su resolución.

Con todo, las expropiaciones mencionadas que se delegaron a entidades privadas han sido objeto constante de otras acciones judiciales. La última de ellas fue una acción popular entablada por un comerciante que labora en la localidad. El 26 de enero de 2012, en el proceso núm. 0043538-86.2011.8.26.0053, el Juzgado Octavo en materia de Hacienda Pública otorgó la suspensión provisional de los efectos de la Ley Municipal núm. 14.918/2009, sobre la aplicación de la concesión urbanística en el área del proyecto Nova Luz. También suspendió el proceso administrativo núm. 2009.0.209.264-9, que se tramita en la Secretaría Municipal de Desarrollo Urbano y que trata de la elaboración del proceso urbanístico para el área y su estudio de viabilidad económica.

La acción fue entablada por André Carlos Livovschi, quien sostuvo, entre otras cosas, que el alcalde de São Paulo no había celebrado ninguna audiencia pública en el ámbito del Ejecutivo para mostrar el proyecto a la población, sobre todo a aquella afectada por la intervención.

De acuerdo con la resolución del juez Adriano Marcos Laroca, en la Ley Federal núm. 10.257/2011, el Estatuto de la Ciudad, que establece directrices generales para la política urbana de la administración pública, se prevé la gestión democrática por medio de la participación ciudadana y de asociaciones representativas de varios segmentos de la comunidad. La decisión política de aplicar el instrumento de la concesión urbanística al proyecto Nova Luz no tuvo en cuenta la participación ciudadana, sobre todo de la comunidad heterogénea (residentes de bajos ingresos, pequeños comerciantes de productos electrónicos, empresarios, etc.) afectada por la intervención, afirmó el magistrado.

El juez también resaltó que el motivo preponderante para el uso de la concesión urbanística en el proyecto Nova Luz era que propiciaría, con inversión de la iniciativa privada, la ejecución de obras y servicios públicos sin necesidad de grandes inversiones del gobierno municipal. No obstante, en estudios elaborados por la Fundación Getúlio Vargas (FGV) se señaló que el proyecto sólo se materializaría con una inversión pública de alrededor de 600 millones de reales, además de la ya realizada con instrumentos de incentivos fiscales.

Se indica que el motivo principal que justificó la aplicación de la concesión urbanística en las áreas del proyecto Nova Luz resultó falso. Dicho de otra forma, la Ley de Efectos Concretos, objeto de la acción popular como acto administrativo en sentido material, se encuentra viciada por la falsedad del motivo (ausencia de gran inversión pública) que llevó a su promulgación, fundamentó el magistrado.

Se puede recurrir a esta resolución. Entendemos que el hecho de que la administración pública no abra el debate y reconozca

el derecho de los propietarios de áreas que serán expropiadas a opinar sobre la intervención indica que habrá muchas acciones judiciales más relacionadas con esta intervención que pretende el municipio de São Paulo.

LA CUESTIÓN DEL VALOR

A la par de los problemas de orden fiscal y la demora e imprevisibilidad de los pagos dentro del sistema de *precatórios*, hay otros elementos en el proceso de expropiación que pueden potencializar su anormalidad, entre ellos destaca la determinación de los montos de indemnización.

En un estudio comparativo de diversos países, Azuela y Herrera (2009) consideran que la determinación del monto de indemnización del inmueble, junto con su justificación, es la principal dificultad que se enfrenta durante el proceso de expropiación. Hay motivos para ello.

Uno de los problemas es la omisión en la legislación brasileña en lo tocante a los procedimientos procesales para la valuación de los bienes inmuebles. A falta de ellos, las actividades de valuación siguen las reglas del peritaje, con las que tienen semejanzas, pero también diferencias específicas.

El peritaje en el acto expropiatorio posee normas en el Código de Proceso Civil, en los artículos referentes al perito, 145 a 147, y a la prueba pericial, 420 a 439. Es importante resaltar que, junto con el Código de Proceso Civil, se debe analizar el Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de julio de 1941, que trata sobre las hipótesis de expropiación por utilidad pública, en especial en sus disposiciones 14, 23 y 27.

Para empezar, veamos los artículos sobre peritaje presentes en la Ley de Expropiación para una plena comprensión de su alcance. En el artículo 14, se dispone lo siguiente:

Cuando despache la solicitud inicial, el juez designará un perito de su libre elección, siempre que sea posible técnico, para que proceda al avalúo de los bienes. Párrafo único. El actor y el demandado podrán designar un asistente técnico para el perito.

En este artículo se observa que luego de despachar la solicitud inicial, el juez deberá proceder a seleccionar un perito, en este caso, la disposición no exige que la persona seleccionada posea conocimientos técnicos si no fuera posible seleccionar un perito técnico. Sobre este tema, De Moraes Salles (2006: 307) afirma:

Siempre que sea posible, la selección del perito, como señalamos anteriormente, debe corresponder a un técnico (artículo 14 del Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de julio de 1941). Es decir, cuando no sea posible, el juez podrá designar una persona lega para proceder al peritaje en el acto expropiatorio.

El párrafo único de la disposición permite a las partes del litigio designar auxiliares para el perito. Se concede esa autorización legal porque muchas veces las partes se encuentran en la misma situación del magistrado, que desconoce las especificidades técnicas del litigio, por lo que pueden acudir a un perito para aclarar lo necesario. El asistente técnico tiene por función auxiliar a las partes que lo designaron, de la misma forma en que el perito auxilia al juez.

En este aspecto, De Moraes Salles (2006: 318) afirma que la función del asistente va más allá, pues también tiene la facultad de criticar el dictamen del perito, señalar sus fallas e incoherencias.

Como se desprende del análisis del renombrado autor brasileño, la ausencia de criterios de avalúo para llegar a un valor justo de indemnización ya está consolidada en el sistema brasileño. De Moraes Salles incluso afirma que el papel del asistente técnico es ilustrar al juez según el punto de vista de la parte que lo

haya designado y el juez debe considerar la idoneidad personal y técnica del asistente.

Cabe destacar que la idoneidad es relevante, pero la existencia de parámetros objetivos de avalúo eliminaría, en gran medida, la subjetividad de los dictámenes. En realidad, el hecho de que los asistentes técnicos defiendan exclusivamente el interés de las partes contribuye a que en un mismo proceso pueda haber tres dictámenes de valores muy discrepantes, situación que propicia la morosidad de una resolución judicial respecto de una indemnización justa.

La necesidad de un perito en las acciones judiciales obedece a que el magistrado carece de conocimientos específicos sobre las peculiaridades de los temas tan diversos que se abordan en el Poder Judicial. Al magistrado le toca ser un profundo conocedor de la ley, no de las especificidades de cada caso concreto.

En cuanto al contenido del dictamen pericial, es exigible que sea información veraz. De Moraes Salles (2006: 310) señala:

Obsérvese, además, que el perito debe presentar información verídica. Por ello, quien, por dolo o culpa, presente información no verídica responderá por los daños que ocasione a la otra parte, será inhabilitado por dos años para participar en otros peritajes y se le aplicará la sanción que establezca la ley penal (artículo 147 del Código de Proceso Civil y 342 del Código Penal).

En el artículo 420 del Código de Proceso Civil se define prueba pericial como examen, inspección física o avalúo. En el caso de los actos expropiatorios, corresponde un peritaje que consiste en el avalúo del bien discutido en el acto.

En relación con el contenido de los dictámenes valuatorios, advertimos que la legislación brasileña atribuye grandes facultades al perito y no menciona las normas mínimas que se deberán observar para la realización del peritaje, hecho que ha propiciado la rendición de peritajes muy subjetivos y con valores

muy discrepantes respecto de otros realizados para áreas con las mismas características.

Sin embargo, el Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de junio de 1941 establece criterios muy simples que deben ser aplicados por el juez en el momento de fijar el monto de la indemnización, sin distinguir el tipo de suelo, ni referirse a la observancia de la legislación urbanística:

Artículo 27. El juez indicará en su sentencia los hechos que motivaron su convencimiento y deberá atender, especialmente, a la estimación de los bienes para efectos fiscales, al precio de adquisición y el interés que representa para el propietario, su situación, estado de conservación y seguridad, el valor venal de bienes de la misma especie en los últimos cinco años, y la valoración o depreciación del área remanente, perteneciente al demandado.

Con base en estos valores fijados en el peritaje, que normalmente no reciben cuestionamiento alguno del Poder Judicial, se aplican intereses moratorios, compensatorios o corrección monetaria, elementos que, sumados, arrojan el valor final de la indemnización. De este modo, no obstante que se cuestione la incidencia de las tasas de interés en el valor dictaminado en el peritaje, el principal problema está en conocer qué caminos siguieron los peritos para atribuir el valor a la propiedad, lo que genera distorsiones aún mayores con la aplicación de las tasas de interés y la corrección monetaria.

A pesar de estas disposiciones procedimentales de las que se ocupa la legislación brasileña, no podemos olvidar que una fuente de dificultades que suele enfrentar el perito valuador radica en la propia naturaleza del bien expropiado, que por motivos diversos puede constituir casos especiales de avalúo. Por ejemplo, las áreas de expropiación para obras públicas pueden ser de gran tamaño, lo que vuelve imposible obtener elementos comparativos, sus perímetros no coinciden necesariamente con los de los inmuebles expropiados; los bienes preservados o sujetos a catalogación por su valor histórico o artístico representan situa-

ciones que no son de mercado; hay casos de terrenos ocupados por invasiones y otros que van a requerir alteración del uso.

Son casos que pueden alejarse del modelo paradigmático, que presuponen la existencia de un mercado de competencia perfecta, para el que fueron formulados los métodos de valuación y cuya aplicación de forma acrítica puede tener, y ha tenido, resultados desproporcionales. Sin embargo, hay varios ejemplos de sobrevaluación que, en el estado de São Paulo, han requerido la intervención de la Procuraduría General del Estado.¹⁰

La percepción de que los problemas derivados de las valuaciones han obstaculizado las políticas urbanas motivó la realización de investigaciones y seminarios para analizar el tema. Entre ellos, destacan el proyecto “Precio de expropiación de tierras, límites a las políticas públicas en las áreas de vivienda, medio ambiente y vías públicas en São Paulo”, del Laboratório de Habitação de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de São Paulo (LAB-HAB, 2002) y el Taller sobre Avalúos y Procesos de Gestión del Suelo, celebrado en Bogotá, en 2004, ambos patrocinados por el Lincoln Institute of Land Policy.

La acción de los tribunales tiende a reflejar la estructura de poder de la sociedad de clases de la que forma parte. En Brasil, como en otros países capitalistas, el acceso a la representación depende de la capacidad financiera de la parte, lo que le permite, o no, contratar despachos de abogados prestigiosos.

Eso cuando no hay una colusión entre el estado, el expropiado y el juez para dar sentencias con valores elevados de expropiación. Es lo que puede sospecharse en los casos en que el juez autoriza la toma de posesión mediante el depósito simbó-

¹⁰ La Procuraduría General del Estado de São Paulo es el órgano responsable de la defensa del estado de São Paulo en un juicio. En caso de expropiaciones millonarias, algunos procuradores fueron precursores en solicitar la “revisión” de la cosa juzgada para no perjudicar sus arcas. El poder judicial, al ser cuestionado, entiende que hay un “exceso” de defensa por parte del estado, lo que le dificulta al propietario recibir su indemnización.

lico de 1.00 real, lo que en principio va contra el valor mínimo establecido en la ley de expropiación, lo que dio origen a un número considerable de *precatórios*, pues algunos propietarios aceptaban¹¹ que el poder público ingresara en su inmueble sin un depósito inicial, como ocurrió en el Parque Guapituba, en la ciudad de Mauá, expropiado en 2000, con la anuencia de los propietarios para que el municipio ingresara en el inmueble sin que se hubiera efectuado el depósito previo.

Otro aspecto se refiere a la postura ideológica de la justicia en cuanto a la defensa intransigente del expropiado. Maldonado (2009), a partir de una investigación con jueces argentinos, señala que en Argentina los jueces tienden a proteger los derechos de propiedad. No parece que en Brasil sea distinto. En este contexto, al valuador le resulta difícil independizarse del juez, quien lo designa, y termina poniéndose al servicio de esa mentalidad e ideología de sustrato patrimonialista.

Para este fin ha servido mucho la llamada “escuela univalente”, según la cual el valor del avalúo es independiente de su finalidad: ya sea una expropiación en la que el poder público recurre a su prerrogativa de apropiarse del inmueble teniendo en consideración el interés colectivo, la determinación de un valor para la garantía de un préstamo o la actualización del valor patrimonial de una empresa.

Por fortuna, este concepto de la escuela univalente se superó con la deliberación aprobada en la asamblea de la Unión Panamericana de Asociaciones de Valuación (UPAV) celebrada con motivo de su congreso en 2006, en la ciudad de Fortaleza, que cambió el paradigma existente al asentar en su Declaración que “el valor de un bien depende del propósito y de

¹¹ En el pasado reciente, el hecho de que el propietario consintiera en el ingreso anticipado en el área expropiada sin el depósito previo resultaba ventajoso, pues en esos casos el Poder Judicial fijaba un aumento en la indemnización, doce por ciento anual, con base en el valor determinado. Actualmente este porcentaje se redujo por la jurisprudencia y puede fijarse como máximo en seis por ciento sobre el valor de la indemnización.

la definición que se aplique para el caso específico que se analice en el momento establecido para el trabajo valuatorio”.

Este planteamiento crea la oportunidad de un trabajo de valuación que contextualice la expropiación, con lo que surge un nuevo paradigma en el que, respetando los métodos tradicionales de análisis, se incorpora una consideración más amplia de la influencia de los diferentes elementos que implica una expropiación y se obtienen resultados pacificadores (Haddad y Santos, 2009).

De manera paralela, se observa un esfuerzo de perfeccionamiento de la norma brasileña de valuación de bienes NBR 14653 (Associação Brasileira de Normas Técnicas, sin fecha). La nueva versión de su sección 2, “Inmuebles urbanos”, en vigor a partir de marzo de 2011, ya fue aprobada. Además, considerando el abordaje de casos más específicos, se incluyeron dos secciones nuevas e importantes —la 6, “Recursos naturales y ambientales”, cuya versión actual es de julio de 2008 y la 7, “Bienes de patrimonios históricos y artísticos”, en vigor desde marzo de 2009—, que ya incorporaron en su texto la citada Declaración de Fortaleza.

Cabe señalar que, en Brasil, los recursos interpuestos ante los tribunales superiores para impugnar resoluciones judiciales en procesos de expropiación se han fundamentado en cuestiones de naturaleza procesal, pues no existe una instancia superior que sirva efectivamente de salvaguardia técnica en el caso de valuaciones con resultados cuestionables.

ORIGEN DE LOS *PRECATÓRIOS*

En este apartado reflexionaremos sobre un aspecto de gran relevancia para los procesos judiciales de expropiación: la fase del pago de los montos fijados por el Poder Judicial. En Brasil, esta fase procesal se denomina emisión de *precatórios*, es decir, una orden judicial que se dicta luego de la resolución definitiva, di-

rigida a la autoridad pública que promovió la expropiación para que efectúe el pago del inmueble al propietario expropiado.

El sistema de *precatórios* se basa, según la vasta doctrina del país, en la supremacía del interés público, lo que significa no permitir que la reparación económica de un particular que deba sufragarse con el patrimonio público interfiera con los intereses de la mayoría, de la colectividad. Por ello, se atribuyen a la administración pública prerrogativas para efectuar el pago de estos adeudos según el régimen de *precatórios*, a fin de poder programar los pagos dentro el presupuesto público.

El gran problema radica en que rara vez sobran recursos en los presupuestos de las entidades públicas de todo el país, lo que ha dado como resultado que se acumule una enorme cantidad de *precatórios* por pagar como rubro importante de la deuda pública. Teniendo en consideración que los *precatórios* se distribuyen en las diferentes esferas de gobierno, no se sabe con exactitud a cuánto asciende el total, aunque en 2006 la Orden de Abogados de Brasil, sección federal, estimó que eran 58 mil millones de dólares.¹²

Debemos considerar que la demora en el pago implica gastos adicionales por intereses moratorios, intereses compensatorios y un ajuste monetario por la inflación, lo que se incorpora al valor de la indemnización.

En resumen, el sistema de *precatórios* es un instrumento específico para el pago de deudas judiciales con el que cuenta el poder público ante un particular. Es la etapa final del proceso judicial contra el poder público, en el que se le sentenció a pagar determinada suma a un particular.

Recordemos que en Brasil, el poder público se somete al mismo ordenamiento jurídico procesal de los particulares en caso de un juicio, excepto en la fase de ejecución de la sen-

¹² Orden de Abogados de Brasil, sección federal, entidad que representa y controla las actividades de los abogados habilitados para ejercer en Brasil en el ámbito federal.

tencia definitiva. Si un particular no paga de manera voluntaria cuando se falla en su contra, deberá efectuar el pago en un plazo de 24 horas bajo pena de embargo y posterior subasta de bienes suficientes para cubrir el adeudo.

Si se falla en contra del poder público, éste cumplirá con el pago acogiéndose al sistema de *precatórios*, previsto en el artículo 100 de la Constitución Federal brasileña, disposición que lesiona el principio de igualdad de las partes en un proceso judicial.

Desde su origen, la citada disposición apuntó al fracaso del sistema. Recién promulgada, la Constitución Federal de 1988 previó en su artículo 78, sobre las disposiciones constitucionales transitorias, la posibilidad de un pago a ocho años de los adeudos que en aquella fecha estuvieran atrasados. A esta ampliación del plazo para el pago de adeudos atrasados, siguieron otras, por medio de dos modificaciones constitucionales, la más reciente de las cuales fue la polémica enmienda constitucional núm. 62 de 2009, que más adelante analizaremos con mayor detenimiento.

Es importante destacar que el sistema de pago de *precatórios* no guarda semejanza con ninguna figura en otros países avanzados. Países como Italia, Inglaterra, Alemania y Estados Unidos simplemente acatan sus resoluciones judiciales. Las autoridades públicas dan seguimiento a sus procesos judiciales y logran prever lo que se debe desembolsar por motivo de esas adquisiciones.

Bruno Espiñeira, en referencia a García de Enterría (Fernandez, 1997: 921), relata que en España los jueces ordinarios detentan poderes de ejecución directa contra la Hacienda Pública, y de ninguna manera pueden debilitarse sus efectos alegando falta o insuficiencia de dotación presupuestaria. El maestro español alude a una resolución del Tribunal Constitucional español del mes de julio de 1998 (STC núm. 166/98, del 15 de julio de 1998), en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 154 del Reglamento de Haciendas Locales,

que prohibía, de forma genérica, el embargo de bienes públicos, pertenecieran o no al patrimonio disponible.¹³

Francia posee un sistema diferente. Hay un contencioso administrativo especializado en resolver cuestiones de expropiación (*Juridiction Départementale de L'expropriation*), de modo que no hay resoluciones judiciales que cumplir en esta materia. Corresponde al juez de expropiación (*juge de l'expropriation*) arbitrar el valor de la indemnización, mientras que un tribunal de apelación analiza los recursos asesorado por jueces de expropiación de departamentos vecinos.¹⁴

En Brasil, los orígenes del procedimiento de pago por sistema de *precatório* se remontan a la época del Brasil Imperial, en virtud de la Instrucción del 10 de abril de 1851. En la fase republicana, la primera constitución en preverlo fue la de 1934, en la que se especificaba que los adeudos federales se pagarían mediante *precatório*.

Antes de 1934, había una triste “realidad tras bambalinas”, caracterizada por privilegios y padrinzos, que incluso llegaba a vulnerar la independencia del Poder Judicial. Se volvieron comunes las llamadas *caudas orçamentárias*,* con la designación nominal por parte del Legislativo de los acreedores que serían atendidos en el ejercicio siguiente.¹⁵

En el Poder Legislativo, se llegaba al absurdo de discutir el tenor y el acierto (o no) de las sentencias generadoras de créditos.

¹³ Bruno Espiñera Lemos. *Trajetória e Desvirtuamento de um Instituto. Necessidade de Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 37.

¹⁴ Véase *Institutions juridictionnelles* en la página <[<http://www.evadoc.com/doc/23544/institutions-juridictionnelles-\(cour-de-droit-11\)>](http://www.evadoc.com/doc/23544/institutions-juridictionnelles-(cour-de-droit-11))>.

* Nota de la traductora: Nombre que se daba antiguamente a las disposiciones no relacionadas con el presupuesto y que a menudo se incluían en los proyectos de ley de presupuesto, por medio de modificaciones, con objeto de facilitar su aprobación.

¹⁵ Viana, J. V. “Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 30, 1998.

Si los fundamentos de dichas sentencias no eran de su agrado, entonces se negaba el crédito solicitado. Es decir, la cosa juzgada se sometía a un control político *a posteriori*.

La Constitución de 1937 siguió este mismo modelo y la de 1946 extendió el sistema a estados y municipios. En el gobierno militar, la Constitución de 1967, modificada por la de 1969, ciñó esta figura a los lineamientos de la Constitución actual, al estipular que la expedición de un *precatório* hasta el 1 de julio debía incluirse para su pago en el presupuesto del ejercicio siguiente, respetándose el número de orden que recibía en el tribunal de origen. En aquella época, esta disposición tenía por objeto impedir los innumerables abusos del poder público al pagar sólo a quienes le convenía políticamente.

En la actualidad, el acreedor del poder público enfrenta serias dificultades para recibir el pago de lo que se le adeuda. En una investigación realizada en el municipio de Mauá, en la región metropolitana de São Paulo, en noviembre de 2010, la secretaria de Asuntos Jurídicos, Ana Paula Ribeiro, destacó que el actual alcalde, cuando asumió el gobierno municipal en 2008, no encontró ningún archivo que contuviera el estado de los procesos judiciales en curso de transformarse en resoluciones que darían origen a *precatórios*. Para estimar la magnitud de la deuda de ese municipio, fue necesario contratar a una empresa consultora que auditara los procesos y adeudos atrasados.

Por desgracia, el ejemplo de Mauá es común en el país. Recientemente, el propio municipio de São Paulo fue sorprendido por una resolución judicial, de acuerdo con la cual el gobernador del estado debe nombrar un interino para sustituir al alcalde electo y restablecer el pago de los adeudos judiciales.

Se trata de la resolución con fecha del 11 de agosto de 2010, que se transcribe a continuación:

Resumen: Constitucional – Intervención estatal en el municipio de São Paulo – Incumplimiento de *precatório* derivado de un acto expropiatorio. Legitimación activa del acreedor - Precedentes de

este tribunal. Inaplicabilidad de la enmienda constitucional 62/09, dada la inconstitucionalidad de la retroactividad ahí prevista – Transgresión de un principio constitucional inmutable (artículo 5o, inciso XXXVI, con el artículo 60, párrafo cuarto, inciso 4). Inobservancia del plazo previsto en el párrafo 1º del artículo 100 de la Constitución Federal – Justificación inconsistente de la parte demandada – Obligatoriedad del administrador de mantener el equilibrio de las cuentas públicas - Incidencia de los artículos 35, inciso IV, de la Constitución Federal y 149, inciso IV, de la Constitución del Estado de São Paulo – Intervención concedida.

Vistos, relatados y discutidos estos autos de intervención

En el municipio núm. 994.09.002451-6, de la comarca de São Paulo, siendo el demandante LUIZ GUILHERME DA SILVEIRA RIBEIRO y el demandado ALCALDE MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACUERDAN, en el Órgano Especial del Tribunal de Justicia de São Paulo, dictar la siguiente resolución: “POR MAYORÍA DE VOTOS, CONCEDIERON LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN”, de conformidad con el voto del relator, que integra esta resolución colegiada.

En el caso del juicio anterior, no se cumplió ni se cumplirá la resolución. Ciertamente, el nuevo gobernador electo no nombrará a un interino para sustituir al alcalde en funciones, un aliado político.

La intervención de una entidad federativa en otra es una figura de excepción en el federalismo brasileño. La Constitución autoriza a la Unión a intervenir en los estados y a los estados en los municipios en caso de que el Poder Ejecutivo incumpla resoluciones judiciales.

El procedimiento consta de dos fases. En la primera fase, el ministerio público o la parte interesada hacen una solicitud al Poder Judicial para que éste declare la existencia del desacato de una resolución judicial. En la segunda fase hay una decisión política del presidente de la República, en el caso de intervención de la Unión en los estados, o del gobernador, en el caso de intervención del estado en sus municipios, de nombrar, por decreto, un interino que asumirá el poder estatal o municipal

para restablecer los pagos judiciales. Estas disposiciones están previstas en los artículos 34 a 36 de la Constitución Federal; sin embargo, a pesar de haber resoluciones judiciales que las autorizan, dichas intervenciones nunca se han llevado a cabo.

PROCEDIMIENTO DEL *PRECATÓRIO*

En el ordenamiento constitucional vigente, y en una situación de normalidad,¹⁶ es decir, en los casos en que las administraciones públicas estén al corriente en los pagos de su *precatório*, la previsión del pago de nuevos adeudos de la hacienda pública derivados de una resolución judicial definitiva se establece en el artículo 100 de la Constitución Federal.

En dicho sistema se prevé la observancia rigurosa del orden cronológico de presentación de los *precatórios* y, excepto en los casos de créditos de naturaleza alimenticia, que se pueden pagar de inmediato, se pagan mediante la inclusión de los adeudos en los presupuestos públicos. Estos adeudos se comunican a la administración pública mediante oficio del tribunal de origen del adeudo.

Sin embargo, la inclusión de los adeudos en el presupuesto se realiza conforme a las posibilidades de la administración pública, prerrogativa muy cuestionada y que genera inseguridad jurídica, sobre todo entre los acreedores de *precatórios* derivados de procesos judiciales de expropiación.

De hecho, conforme al párrafo primero del artículo 100 de la Constitución Federal, el valor de un *precatório* entregado hasta el día 1 de julio debe consignarse en el presupuesto del ejercicio siguiente, para el pago actualizado hasta el final de ese ejercicio, respetando rigurosamente el orden cronológico de su presentación.

¹⁶ Nótese que en los casos de adeudos atrasados, como ocurre con la mayoría de las entidades públicas del país, el pago se hará mediante un régimen especial, instituido por la enmienda constitucional núm. 62/2009.

No obstante, la mayoría de las haciendas públicas del país, ya sea la federal, las estatales o las municipales, no cumplen con esa determinación constitucional. En el mismo artículo 100 constitucional se prevén dos hipótesis para obligar a la administración pública a efectuar el pago de los *precatórios*: una es que la parte afectada solicite el secuestro judicial de las rentas públicas cuando el poder público efectúe el pago sin respetar el orden cronológico, otra es que la parte afectada o el Ministerio Público requiera la solicitud de intervención en la entidad pública que incumple las resoluciones judiciales.

Como la intervención, aunque regularmente autorizada por el Poder Judicial, nunca es ejecutada por la Unión ante un estado de la federación o por un estado de la federación ante un municipio, según vimos en la resolución reciente antes transcrita para la intervención en el municipio de São Paulo, lo que la sociedad brasileña presencia paralizada es una gran moratoria instalada desde que se promulgó la Constitución Federal de 1988.

Además, en relación con el tema de la intervención, el Supremo Tribunal Federal (STF) ha venido consolidando la tesis de que no procede su decreto en vista de la comprobada imposibilidad presupuestaria, a lo que denominó “teoría de reserva de lo posible”.¹⁷

¹⁷ En un artículo publicado por el ministro Gilmar Mendes, del Supremo Tribunal Federal dice: “Obsérvese que, si bien tales decisiones están vinculadas jurídicamente, es cierto que su aplicación está sometida, entre otras cosas, a la reserva de lo financieramente posible (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*). En este sentido, el Tribunal Constitucional alemán reconoció, en su célebre resolución sobre el *numerus clausus* de lugares en las universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), que las pretensiones destinadas a crear presuposiciones fácticas necesarias para el ejercicio de determinado derecho están sometidas a la “reserva de lo posible” (*Vorbehalt des Möglichen*), en “Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional”, *Revista Jurídica Virtual*, núm. 14, julio de 2000, <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>.

Ante el incumplimiento de pago de las haciendas públicas y el atolladero que enfrentan los acreedores, recientemente se modificó la Constitución Federal a fin de viabilizar el pago de los *precatórios* atrasados, lo que muchos llaman tercera moratoria.

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA ENMIENDA
CONSTITUCIONAL NÚM. 62/2009

La enmienda constitucional núm. 62, promulgada el 9 de diciembre de 2009, instituye un complejo procedimiento para que la Unión,¹⁸ los estados de la federación, el Distrito Federal y los municipios paguen los *precatórios* judiciales atrasados. La innovación del legislador constituyente derivado consiste en la previsión de un depósito judicial por parte de la hacienda pública, subastas electrónicas, clasificación por orden de menor valor, preferencia para las personas mayores de 60 años o que padecen una enfermedad grave.

Dicha enmienda, así como las anteriores, fue fruto de la gran movilización de alcaldes y gobernadores ante el Congreso Nacional, en vista del elevado endeudamiento del sector público.

Sin embargo, muchos sectores sociales no aceptan los términos de esa enmienda y la consideran inconstitucional. Se han promovido varias acciones directas de inconstitucionalidad contra la enmienda constitucional núm. 62/2009, en las que principalmente se sostiene que las “subastas de descuentos” desacatan las resoluciones del Poder Judicial.

Obsérvese que el procedimiento de pagos por *precatórios* no guarda semejanza con ninguna figura de ningún otro sistema jurídico extranjero.

¹⁸ La Unión no tiene adeudos atrasados por concepto de *precatórios*.

En la acción directa de inconstitucionalidad propuesta por la Confederación Nacional de Industrias (ADI 4425, con fecha del 6 de junio de 2010, teniendo como relator al ministro Carlos Ayres Britto), se señala en su fundamentación que en algunos países, como Italia, España, Portugal y Argentina, se acordó brindar una mayor protección a los acreedores limitando la inembargabilidad de los bienes públicos, para admitir el embargo de bienes propiedad del Estado y de ingresos públicos no vinculados con el ejercicio de actividades esenciales.

En Portugal, los bienes de los cuerpos administrativos, las cosas de su dominio privado pueden embargarse, siempre y cuando no estén destinados a un fin de utilidad pública. En España, en 1998, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Reglamento de Haciendas Locales, que prohibía en términos generales el embargo de bienes públicos, formaran parte o no del patrimonio disponible. En Argentina, si el Estado se vuelve moroso, podrán embargarse bienes públicos de uso privado.

En el derecho italiano, no son inembargables el dinero público ni los créditos registrados en balance, salvo los originarios de relaciones de derecho público, entendidas como tales las resultantes de actos cumplidos en el ejercicio de facultades de imperio de la administración; los créditos públicos de origen privado, que no tienen un destino público previamente establecido.¹⁹

La idea de la enmienda constitucional núm. 62 fue hallar una solución para el gran pasivo judicial existente en las administraciones públicas a causa de los pagos parciales que antes permitía la Constitución, pero que no se cumplieron regularmente. Es importante recordar que en 1988, cuando se promulgó la Constitución Federal, se concedieron ocho años para liquidar

¹⁹ Cfr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 49 y ss.; Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. II. Río de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 536 y ss.

los *precatórios* pendientes y 12 años después, en el año 2000, mediante la enmienda constitucional núm. 30, se autorizó un nuevo pago en parcialidades, a 10 años, para las acciones entabladas hasta el 31 de diciembre de 1999.

De hecho, con la enmienda núm. 62 se instituyó la tercera moratoria desde que se promulgó la Constitución Federal de 1988, denominada “régimen especial de pagos de los *precatórios*”.

Mientras no se publique la ley complementaria que podrá establecer, en definitiva, el régimen especial de los *precatórios*, las administraciones públicas que adopten el régimen especial establecido por la enmienda constitucional núm. 62 quedan sujetas a las reglas del artículo 97 del acto de las disposiciones constitucionales transitorias, es decir, en ese periodo de ajuste se vuelve inaplicable el artículo 100 de la Constitución, salvo lo que se refiere al derecho de preferencia de los adultos mayores y quienes padecen enfermedades graves, compensación con la deuda activa, *precatórios* en el pago de inmuebles subastados y corrección exclusivamente de acuerdo con la libreta de ahorro, entre otras.

Conforme al nuevo procedimiento, las administraciones públicas deberán depositar en una cuenta bancaria especial, que será administrada por el Poder Judicial, montos suficientes para liquidar *precatórios* de la siguiente forma: i) 50% según el orden cronológico tradicional de exigibilidad;²⁰ ii) el 50% restante mediante subastas de “descuentos”, según el orden de menor valor del *precatório*, o según las mesas de negociación con los acreedores.

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 97 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), la cuenta especial de los depósitos será administrada

²⁰ Los argumentos contrarios a la enmienda son que el Poder Legislativo, al prever una dilación en el plazo y subastas de “descuentos” mediante la enmienda constitucional núm. 62/2009, acaba por alterar y desacatar la resolución judicial que ya había fijado el valor de la indemnización que debe pagar el poder público.

por el tribunal de justicia local, aunque los tribunales en materia laboral expidan los *precatórios*.

Los estados y municipios que, por decreto del gobernador o el alcalde, adoptaron el régimen especial de pago en marzo de 2010 eligieron una de dos posibilidades de solución del pasivo judicial: vinculación mensual de una parte de los ingresos públicos o parcialidades en hasta 15 años.²¹ Transcurrirán más de 15 años para que las administraciones liquiden sus adeudos atrasados, considerando que en las dos moratorias concedidas anteriormente las entidades públicas no lograron liquidar sus adeudos.

En la práctica, por lo menos en el estado de São Paulo, el Tribunal de Justicia aún no logró establecer un sistema que controle satisfactoriamente los adeudos de la administración pública en los casos en que se adoptó el régimen especial de pago. El sistema establecido depende de que los municipios informen el monto de sus adeudos y muchos municipios no poseen el control de estos adeudos.

De manera paralela, en el Supremo Tribunal Federal se tramitan diversas acciones que cuestionan la constitucionalidad de la enmienda núm. 62, en virtud de que permite alterar resoluciones judiciales definitivas e impide a los acreedores saber cuándo se cubrirán sus créditos.

Frente a esta crisis, y con objeto de evitar la paralización de los pagos, consideramos que las administraciones públicas interesadas en saldar parte de sus adeudos, sobre todo aquellos derivados de la expropiación ambiental, podrían basarse en la enmienda constitucional para llegar a acuerdos con los pro-

²¹ En una resolución reciente, núm. 115/2010, del Consejo Nacional de Justicia, órgano constitucional integrado por jueces de todo el país y que tiene por objeto fiscalizar administrativamente a los órganos de justicia de todo el país, se estableció que cualquiera que sea la opción de la entidad pública en el régimen especial, o sea, pago mensual o anual, el plazo máximo para la liquidación de los *precatórios* será de 15 años.

pietarios mediante el uso de instrumentos alternativos, como analizaremos más adelante.

EXPROPIACIONES: EL CASO DE LA CIUDAD DE SÃO PAULO

En líneas generales, conforme al procedimiento previsto en el Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de junio de 1941, en el que se dispone que la expropiación se hará por medio de un decreto expedido por el jefe del Ejecutivo federal, estatal o municipal, al proponer la acción de expropiación, el poder público podía requerir con urgencia la toma de posesión²² del inmueble, incluso antes de que se declarara expropiado, en cuyo caso depositaba el valor ofertado, correspondiente al valor catastral municipal de los inmuebles usado para fijar el monto del impuesto territorial, urbano y rural, siempre que el valor referido se hubiera actualizado en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior.

Luego de hacer el depósito previo para fines de toma de posesión, el expropiado podía requerir el retiro de 80% del valor ofertado, aunque difiriera del monto ofertado, siempre que se comprobara la propiedad y la liquidación de deudas fiscales, y se publicaran edictos para informar a terceros.

En caso de que no se solicitara urgencia para la expropiación del inmueble, el proceso seguía su trámite ordinario: el juez debía nombrar un perito judicial para elaborar un dictamen técnico y, luego de cumplir todas las formalidades legales, pronunciaba un fallo.

Sin embargo, a lo largo del tiempo se observó que el valor catastral municipal, que servía de base para el depósito previo, casi siempre estaba muy desfasado respecto del valor comercial del inmueble expropiado y que no se actualizaría sino durante el proceso judicial y su pago se efectuaría muchos años después, por medio de *precatórios*.

²² Toma de posesión: figura que permite el ingreso en la propiedad del expropiado al inicio del proceso judicial.

En vista del atraso de las administraciones públicas en el pago de las indemnizaciones en proceso judicial de expropiación y con objeto de evitar que en nuevas expropiaciones pasaran muchos años para que los propietarios recibieran el valor de su indemnización, el Poder Judicial del estado de São Paulo, a principios de la década de 1990, por la iniciativa de 59 jueces de primera instancia que se desempeñan en el Poder Judicial del estado, se dio una nueva interpretación a la ley de expropiación y a la Constitución Federal para tratar de garantizar el pago previo y efectivo a los propietarios de terrenos expropiados por el estado de São Paulo y por el municipio, actuación que no eliminó el problema de la judicialización que implica el avalúo del inmueble.

La fórmula que encontraron los jueces que actúan en São Paulo se basa en una revisión de la ley que estableció el procedimiento judicial de expropiación por utilidad pública previsto en el Decreto Ley núm. 3.365, del 21 de junio de 1941. La propia ley permite a los jueces fijar el valor del depósito previo cuando se verifica que el valor de valuación fiscal está desfasado, aunque los jueces no aplicaban esa licencia, pues para fijar valores era necesario un apoyo técnico inexistente en el servicio público prestado por el Poder Judicial.

En estas circunstancias se creó el Centro de Apoyo a los Jueces de los Juzgados de la Hacienda Pública (Cajufa), un grupo de estudios cuyas conclusiones se refieren a los valores de terrenos y los criterios de valuación adoptados por los Juzgados de la Hacienda Pública de la comarca de São Paulo, en procesos de expropiación promovidos por el estado de São Paulo o sus empresas, para terrenos ubicados en la ciudad de São Paulo, o por el municipio de São Paulo o sus empresas (Lopes dos Santos y Haddad, 2009).

La creación del Cajufa fue una respuesta a los cuestionamientos judiciales interminables sobre las valuaciones realizadas en procesos judiciales de expropiación y que tenían como resultado un gran número de *precatórios* que hasta el día de hoy

aguardan su pago. Además de revisar el procedimiento de ley, uno de sus fundamentos fue hacer efectivo el principio constitucional de la justa y previa indemnización monetaria prevista en el inciso XXIV, artículo 5º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, más allá de que trabaje exclusivamente con la noción de valor de mercado de los inmuebles valuados sin considerar el valor de otros bienes, como los que prestan servicios ambientales.

De hecho, con la creación del Cajufa, al inicio del proceso judicial el juez deja de considerar el valor ofertado por el poder público, pues generalmente se basa en una valuación fiscal desfasada, y designa un perito para la elaboración del dictamen previo, pagado por el poder público expropiante. El dictamen previo se elabora con apego a las normas y parámetros establecidos por el Cajufa, pues en la ley no se definieron parámetros para la valuación.

De este modo, una vez iniciado el proceso judicial de expropiación y requerida la urgencia en la toma de posesión, el poder público ofrece cierto valor de acuerdo con un avalúo realizado por sus técnicos. El juez solicita entonces la comparecencia de los expropiados y en el mismo trámite nombra al perito judicial para la elaboración del dictamen previo, de acuerdo con las normas y parámetros establecidos por el Cajufa.

Este dictamen previo es el que determinará el valor que deberá depositar el poder público en caso de urgencia en la toma de posesión. Con el cambio de procedimiento instituido por los jueces de São Paulo, después de que se presente el dictamen inicial elaborado conforme a las normas del Cajufa, el juez ordenará al expropiante depositar el valor dictaminado por el perito judicial en su análisis técnico. Una vez realizado el depósito previo, el juez notificará al expropiado que deberá requerir el retiro de 80% del valor depositado y mostrar su conformidad con la toma de posesión provisional.

Aquí se reconoce que, si los jueces de São Paulo no atribuyeran una nueva interpretación a la ley de expropiaciones, el

expropiado recibiría un valor mucho más desfasado al inicio del proceso, pues los valores de las valuaciones fiscales que forman parte de la tabla genérica de valores de los municipios también están muy desactualizadas y dieron origen a miles de *precatórios* pendientes de pago.

El proceso seguirá su curso acostumbrado y el juez ordenará que el perito judicial elabore el dictamen definitivo, que será analizado por los asistentes que designen las partes. Después de las deliberaciones, el juez pronunciará un fallo que fije el monto de la indemnización y demás disposiciones legales analizadas en el curso del proceso.

Otro aspecto importante de este procedimiento es el hecho de que un depósito previo basado en parámetros más objetivos evitaría la generación de intereses, principalmente los compensatorios, que aumentan mucho la deuda pública, lo que impediría que algunos gobernantes transfirieran a sus sucesores la responsabilidad del pago de estas indemnizaciones, además de representar un ahorro para el erario, pues la demora en el pago aumenta mucho el valor de la indemnización.

Con el paso de los años, este procedimiento fue ganando importancia, sobre todo en los casos de expropiación cuyas indemnizaciones se volvieron excesivamente onerosas y que aguardan el pago de sus *precatórios*. Lo cierto es que ese procedimiento instituido por los jueces de São Paulo ha quedado definitivamente consolidado y se ha extendido al resto de los municipios del estado, conforme a resoluciones recientes de segunda instancia del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo.²³

²³ Resoluciones recientes del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, en vía de recurso, confirmaron la legalidad de la aplicación de las normas establecidas por el Cajufa. La resolución sobre el recurso de apelación contra sentencia interlocutoria núm. 990.10.199.301-5, del año 2010, y la resolución del recurso núm. 0377590-68.2009.8.26.0000, emitida en octubre de 2011: Expropiación – Valuación - Criterio de valuación ecomendado por las normas del Cajufa y paradigmas adecuados - Apoyo en datos

Sin embargo, no se evitó que el proceso judicial siguiera adelante, pues muchos propietarios de nuevas áreas expropiadas no estuvieron de acuerdo con el avalúo del inmueble, aunque se haya realizado con base en los parámetros objeto de estudio del Cajufa. De este modo, aunque con la creación de dicho centro los jueces de São Paulo hayan buscado dar mayor celeridad a los procesos para el pago de una indemnización previa y justa a los expropiados, la cuestión de los parámetros utilizados sigue siendo objeto de mucha polémica judicial, lo que genera insatisfacción de los expropiados, largos procesos y demora del pago, es decir, no se logra eliminar el problema de los *precatórios*.

Ante ello, nos parece necesario un debate de mayor alcance entre jueces, asociaciones profesionales y la posible participación de universidades para adecuar los estudios del Cajufa y zanjar las divergencias entre dictámenes observadas en el trámite de los procesos, lo que permitiría la aplicación efectiva del pago previo y justo de las indemnizaciones por concepto de expropiación.

En resumen, el procedimiento adoptado por los jueces de São Paulo —encaminado a superar el problema de la irrealidad del valor catastral de los inmuebles, que históricamente es siempre inferior al valor de mercado, así como evitar las expropiaciones oportunistas para que paguen por ellas las futuras administraciones y, desde luego, pagar ya a los expropiados, ofreciéndoles una vía rápida para solucionar los trastornos ocasionados por la expropiación— tendrá un gran éxito con la profundización y discusión de los parámetros establecidos por el Cajufa y adoptados en la valuación, de modo que se impida tanto la divergencia entre dictámenes como la demora en los

objetivos, fundamentación y equilibrio - Prevalencia del dictamen oficial ante el dictamen crítico del asistente técnico del recurrente - Pretensión no aceptada de la expropiante de reducir el valor de la indemnización - Intereses compensatorios, moratorios y honorarios de abogados, que se mantienen como se indica en el fallo - Recurso denegado.

procesos judiciales y el pago consiguiente de las indemnizaciones por medio de *precatórios*.

EXPROPIACIONES PREVISTAS EN SÃO PAULO

Aunque São Paulo tenga una deuda muy elevada en *precatórios* de expropiación en espera de pago, lo cierto es que tanto el estado de São Paulo como sus municipios siguen utilizando el instrumento de la expropiación de forma muy considerable en la actualidad y, en esas circunstancias, el posicionamiento de los jueces de São Paulo, a saber, establecer la emisión de un dictamen previo al inicio del proceso con reglas preestablecidas por el Cajufa, podría contribuir a evitar que las nuevas expropiaciones generen una numerosa lista de *precatórios*. Sin embargo, esto exigiría un análisis y una reflexión más amplios en relación con las normas elaboradas por el Cajufa, a fin de evitar una larga discusión sobre las valuaciones realizadas cuando hay una discrepancia de valores entre el dictamen previo y el definitivo.

Aun sin una planeación, la ciudad de São Paulo y su entorno promueven, y seguirán promoviendo, grandes expropiaciones. De acuerdo con información periodística de julio de 2011, se estima que se expropiarán más de 12 mil inmuebles hasta finales de 2012.²⁴ En un gran bloque están las expropiaciones destinadas a obras de infraestructura y transporte, ordenadas tanto por el estado de São Paulo, a través de sus empresas públicas, como por el municipio. Esas grandes obras poseen dos grandes motivaciones: el tránsito vehicular caótico de la ciudad de São Paulo y el hecho de que Brasil será la sede de la próxima Copa Mundial de Fútbol en 2014 y los Juegos Olímpicos en 2016.

En otro bloque de expropiaciones figuran las destinadas a la construcción de vivienda popular y regularización de tierras,

²⁴ O Estado de São Paulo, <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,sp-tera-um-bairro-do-bras-desapropriado-ate-o-fim-de-2012,746287,0.htm>>.

en buena medida financiadas con recursos del gobierno federal por medio de dos grandes programas: el Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC) y el Programa Mi Casa Mi Vida (PMCMV), que han logrado transformaciones en las ciudades brasileñas que ameritan un estudio aparte.

El uso de la figura de expropiación en la ciudad de São Paulo, ahora y en los años venideros, deberá transformar considerablemente la estructura urbana de la ciudad. No es exagerado decir que tal vez éste sea uno de los momentos en la historia de la ciudad en que más se ha recurrido a la expropiación para ejecutar obras, construir viviendas y regularizar tierras, a causa de algunas decisiones políticas en materia de inversión pública que se han tomando en los últimos años, muchas de ellas encabezadas por el gobierno federal.

Entre las expropiaciones previstas en la ciudad de São Paulo a corto plazo y que tendrán implicaciones en la tenencia de la tierra, podemos mencionar algunas que corresponden a lo que en la bibliografía recibe el nombre de “grandes proyectos urbanos”:

- proyectos de ampliación del metro (líneas 17-Oro, 5-Lila y 6-Naranja);
- proyecto del *Rodoanel* (anillo periférico);
- proyectos de vivienda popular y regularización de la tierra.

EXPROPIACIÓN PARA LA LÍNEA 17-ORO DEL METRO

En este contexto, para la Línea 17-Oro del metro de São Paulo, que conectará el aeropuerto de São Paulo con el barrio de Morumbi, la empresa estatal publicó, a mediados de 2010, edictos de valuación de los inmuebles lo que “permitirá el conocimiento macro de sus valores de mercado”,²⁵ que son necesarios para la

²⁵ *Folha de São Paulo*, 14/09/2010.

declaratoria de utilidad pública. La inspección será de la calle, pero cada inmueble tendrá una ficha individual con datos que permitan calcular el valor.

El edicto de avalúo de los inmuebles que serán expropiados se basó en las normas del Cajufa y, por determinación de los jueces de São Paulo, se integraron varias comisiones de peritos para estudiar los valores de las diversas áreas de la ciudad, una tentativa más de evitar la interminable discusión judicial sobre la valuación que constará en el dictamen previo de cada inmueble.

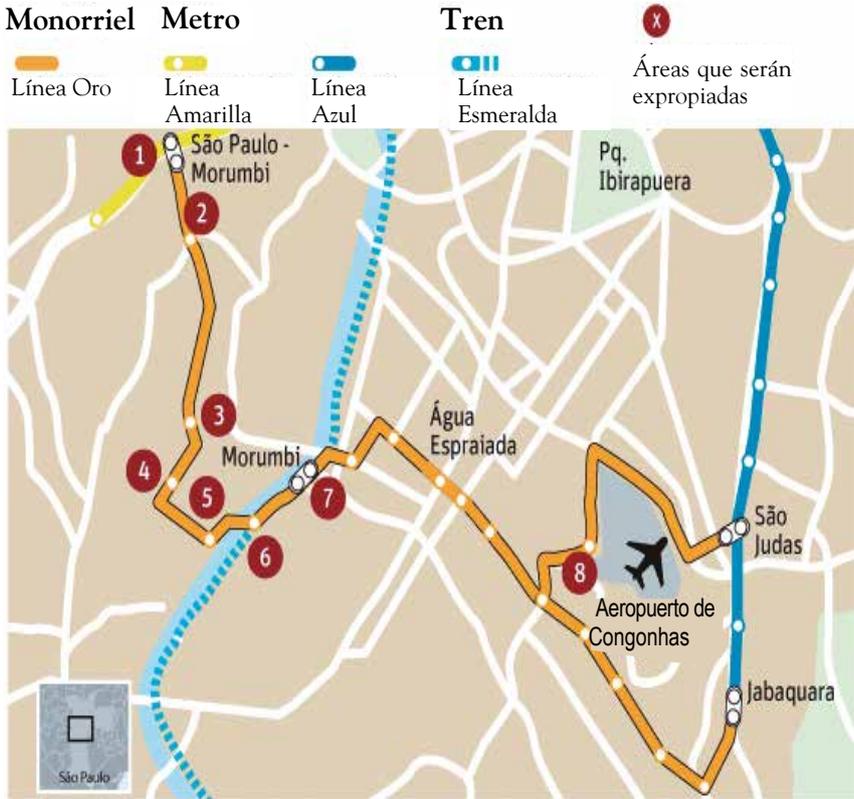
Según la Empresa Brasileira de Estudos do Patrimônio (Embraesp), en la región marginal de Pinheiros, con dos áreas incluidas en la lista, el valor del terreno oscila entre 2 500 y 3 500 dólares el metro cuadrado. También se avalúan las regiones en el entorno del aeropuerto de Congonhas y el estadio de Morumbi.

La Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) espera gastar 110 millones de dólares para expropiar 132 mil metros cuadrados —área equivalente a 18 canchas de fútbol— lo que da, en promedio, 900 dólares por metro cuadrado. De acuerdo con el estudio encomendado por Metrô, 19.5% de las expropiaciones deberán ser de inmuebles residenciales de lujo y 7.6% de inmuebles residenciales de nivel medio, 42.2% de los inmuebles son terrenos o están desocupados. Metrô señala que sólo después de concluido el proyecto básico se definirá con exactitud el trazo de la línea y los inmuebles que serán expropiados.

MAPA DE LA REGIÓN DE LA CIUDAD DE SÃO PAULO
DONDE SE CORRERÁ LA LÍNEA 17-ORO DEL METRO, QUE SE UNIRÁ
A LA LÍNEA 4-AMARILLA Y A LA LÍNEA 1-AZUL

Expropiaciones en Morumbi.

Metrô define ocho áreas que se expropiarán para el monorriel



RADIOGRAFÍA DE LA LÍNEA 17-ORO

TRAYECTO. Conectará las estaciones São Judas y SP-Morumbi, pasando por el aeropuerto de Congonhas.

EXTENSIÓN. 21.6 km.

COSTO. Metrô prevé gastar 2 mil millones de reales sólo en obras.

PLAZO. Prometida por el gobierno de São Paulo para 2013.

PASAJEROS. Cerca de 200 mil usuarios.

La previsión de gasto en expropiaciones es de **185 millones de reales**

Área de 132 mil metros cuadrados, equivalente a **18 canchas de futbol**

Se gastarán 110 millones de dólares en expropiaciones y 1 200 millones de dólares en obras.

EXPROPIACIÓN PARA LA LÍNEA 5-LILA

En otro bloque de expropiaciones, esta vez para la construcción de la Línea 5-Lila del metro, el gobierno del estado decidió expropiar 114 inmuebles de barrios de alto nivel económico en las zonas sur y oeste de São Paulo, equivalentes a casi diez canchas oficiales de fútbol, para la ampliación de la Línea 5-Lila del metro de la ciudad.²⁶

Estos inmuebles se ubican en Campo Belo, Itaim Bibi y Santo Amaro. En total, suman 68 800 metros cuadrados, los cuales serán desocupados para la construcción del nuevo tramo del metro entre las estaciones Largo Treze y Chácara Klabin.

El decreto del gobernador en el que se declara que la nueva región es de “interés público” y será expropiada por “vía amigable o judicial” se publicó el 21 de febrero de 2010 en el *Diário Oficial*. Metrô afirma que en su “mayoría” los inmuebles afectados son comerciales, pero no dio detalles, ni costos. Se limitó a informar que serán 114.

Las primeras expropiaciones por motivo de las obras se definieron en abril de 2010, en un área inicial de 32 mil metros cuadrados y 147 inmuebles, principalmente para la construcción de la futura estación Adolfo Pinheiro.

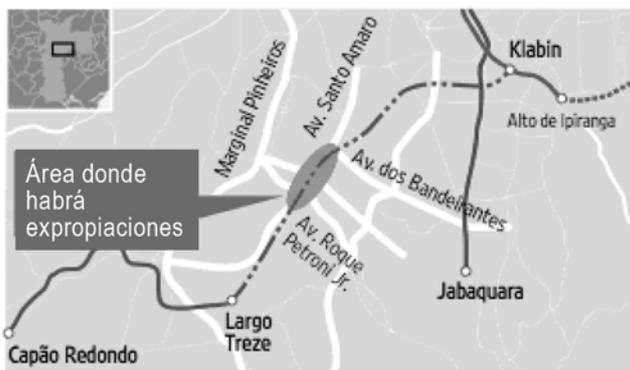
En aquel momento, los medios de comunicación destacaron que si bien ya había muchos rumores, la noticia de la expropiación sorprendió a comerciantes y residentes. La medida provocó protestas de los comerciantes que serían desalojados del pasaje Borba Gato y que lograron revertir parte de los planes. Antonio Cunha, presidente del Movimiento de Residentes de Campo Belo (Movibelo), dijo sentirse “perplejo” ante el hecho de que calles residenciales formaran parte del proyecto, pues el barrio sería “destruido”.

²⁶ *Folha de São Paulo*, 03/03/2010.

MAPA DE LA REGIÓN DE LA CIUDAD DE SÃO PAULO
DONDE CORRERÁ LA LÍNEA 5-LILA

EXTENSIÓN DEL METRO

Santo Amaro, Itaim y Campo Belo sufrirán expropiaciones



Expropiaciones

» Se expropiará un área equivalente a diez canchas de fútbol a causa de la ampliación de la Línea 5 del metro.

» La Línea 5-Lila, que hoy conecta la estación Capão Redondo con la de Largo Treze, llegará hasta la estación Chácara Klabin, de la Línea 2-Verde. 114 inmuebles, residenciales y comerciales, serán expropiados.

68 800 metros cuadrados es el área total que se consideró de interés público.



EXPROPIACIÓN PARA LA LÍNEA 6-NARANJA

Otra línea del metro, la 6-Naranja, conectará la estación São Joaquim (Línea 1-Azul), en la zona sur, con el barrio de Brasilândia, en la zona norte. Esta línea tendrá una extensión de 16 km y 14 estaciones. En total, Metrô pretende expropiar hasta 350 inmuebles comerciales y residenciales, y más de una decena de grandes terrenos. De acuerdo con las primeras indicaciones de la compañía, habrá más de 50 expropiaciones en las zonas de alto nivel económico de Consolação, Higienópolis y Perdizes. Este número podría reducirse un poco dependiendo de las negociaciones; entre los posibles expropiados a lo largo del tramo figuran edificios residenciales, la sede de la escuela de samba Vai-Vai, estacionamientos y un supermercado de la Avenida Angélica.²⁷

La línea comenzará en la estación São Joaquim y pasará por las estaciones 13 de Maio/14 Bis, Higienópolis/Mackenzie, Angélica, Cardoso de Almeida, Perdizes, Pompéia, Água Branca, Santa Marina, Freguesia do Ó, João Paulo I, Itaberaba, Cardoso y Brasilândia. Según las proyecciones de demanda de Metrô, la línea deberá tener un movimiento diario de 598 426 usuarios. La mayor estación que se construirá será la de Santa Marina, cerca de la vía rápida Marginal do Tietê, donde se proyecta un flujo de 73 157 usuarios por día.

Todos los datos de la Línea 6-Naranja aparecen en el edicto para la contratación del plan macro de las expropiaciones, publicado a finales de mayo de 2010. Al analizar el material se aprecia una gran preocupación por evitar la expropiación de inmuebles residenciales en barrios centrales y de mayor plusvalía,

²⁷ O *Estado de São Paulo*, 10/06/2010. La línea referida cruza un barrio tradicional de São Paulo, Higienópolis, y sus residentes promovieron todo el mes de abril de 2011 manifestaciones contra la construcción de una estación del metro en la Avenida Angélica, aduciendo que la estación atraería a personas en situación de calle. La Companhia do Metrô de São Paulo piensa revisar la construcción de esta estación.

mientras que no ocurre así en la periferia. También llama la atención el hecho de que el barrio de Pacaembu, de alto nivel económico, se mantendrá sin estaciones, mientras que la zona del parque Antártica tendrá otra línea, cerca de la estación Barra Funda.

De acuerdo con la compañía, los nombres de las estaciones sufrirán modificaciones —habrá historiadores que ayuden a bautizar las nuevas paradas—, pero no su ubicación. Los asesores de Metrô también afirman que el proyecto básico aún “está en proceso y, mientras no se concluya, no es posible afirmar cuántos y cuáles inmuebles será necesario expropiar para la construcción”. El proyecto ejecutivo de la Línea 6-Naranja no quedará terminado sino hasta el segundo semestre de 2011 y se hará entrega de las primeras estaciones entre 2013 y 2014.

A pesar de que la ubicación de las estaciones aún no está definida, Metrô dice que “no hay manera de hacer un metro en São Paulo sin expropiaciones”, si bien señala que intenta minimizarlas.

EXPROPIACIÓN PARA EL RODOANEL (ANILLO PERIFÉRICO)

Otra expropiación importante es la que se destinará a la obra vial que circundará São Paulo, el Rodoanel, actualmente en la fase de su tramo norte.

Previendo que los trabajos arranquen a finales de este año, con recursos del gobierno estatal, el gobierno federal y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el tramo norte del Rodoanel cruzará la Serra da Cantareira con seis túneles y tendrá un costo cercano a los 3 400 millones de dólares, de los cuales 2 500 millones se destinarán a obras de ingeniería.

Los recursos restantes se destinarán al pago de las compensaciones ambientales, las expropiaciones y los reasentamientos, y de 1 300 viviendas debido al trazo de la vía. Este tramo de la obra cruzará seis municipios de la región metropolitana: Ri-

beirão Pires, Mauá, Suzano, Poá, Itaquaquecetuba y Arujá, y se prevé la expropiación de 16.7 millones de metros cuadrados.²⁸

REGIÓN EXPROPIADA DEL TRAMO NORTE DEL RODOANEL,
VÍA QUE CIRCUNDARÁ LA CIUDAD DE SÃO PAULO.



EXPROPIACIÓN PARA VIVIENDA POPULAR
Y REGULARIZACIÓN DE LA TIERRA

No es posible contabilizar el volumen de terrenos en proceso de expropiación para regularización de la tierra y construcción de viviendas populares. Lo que se sabe es que muchos municipios recibirán recursos del gobierno federal por medio del Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC), para promover la expropiación encaminada a regularizar la tenencia de la

²⁸ O Estado de São Paulo, 07/03/2011.

tierra en asentamientos informales. El gobierno federal cuenta con programas para la regularización de la tenencia de la tierra en asentamientos informales, lo que permite que los municipios empiecen a promover un desarrollo urbano adecuado en sus territorios. Como la irregularidad en la mayoría de los municipios brasileños es muy grande, para obtener resultados será necesario que estos programas inviertan durante algunos años.

Para la construcción de nuevas unidades habitacionales, se consultó a dos empresas públicas: la Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU) y la Companhia de Habitação do Município de São Paulo (Cohab). Al consultar al departamento de regularización de la tenencia de la tierra del CDHU, se nos informó que la empresa posee inmuebles, todos en proceso de expropiación, pero que no utiliza la vía de los acuerdos, sino que opta por el proceso judicial a fin de evitar cuestionamientos de fraude y corrupción de funcionarios públicos.

En cambio, la Companhia Metropolitana de Habitação de la ciudad de São Paulo (Cohab-SP) informó, a través de su presidente, Ricardo Pereira Leite, que posee terrenos suficientes para la construcción de aproximadamente 20 mil viviendas y que 90% de las expropiaciones de estas zonas se efectuaron amigablemente, es decir, sin entablar un proceso judicial.

Por otra parte, la Secretaría Municipal de Vivienda tiene planes de expropiar 80 inmuebles desocupados en la región central de São Paulo, seleccionados a partir de un levantamiento realizado por la Facultad de Arquitectura y Urbanismo con objeto de recuperarlos para uso habitacional y albergar a alrededor de 4 300 personas en viviendas de cerca de 60 metros cuadrados.²⁹

²⁹ *Folha de São Paulo*, <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u593894.shtml>>, consultado el 20 de febrero de 2012.

EFFECTOS SOCIALES DE LAS EXPROPIACIONES

En una primera observación de los ejemplos presentados, llaman la atención tres aspectos:

- a) Las nuevas expropiaciones se realizan sin haber abordado el tema de los adeudos de *precatórios* aún pendientes de pago.
- b) Las expropiaciones no están vinculadas con la planeación urbana y, más específicamente, con los planes maestros de las ciudades implicadas.
- c) Cuando se toma la decisión de expropiar, no se ha tenido la preocupación de entablar un diálogo más profundo con la población afectada, lo que ha ocasionado la oposición de los habitantes de algunos barrios, aunque esa resistencia resulte poco eficaz ante la magnitud de las obras y la dinámica de la ciudad, que es poco propicia para el encuentro de las partes implicadas.

Estos aspectos, que están interrelacionados, sumados a la falta de conectividad de las políticas —que debemos atribuir en gran medida al predominio del poder central sobre los niveles inferiores de administración y a la virtual ausencia de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones en relación con los grandes proyectos urbanos— son vestigios de un modelo autócrata, que deberá revisarse por medio de una reforma política largamente esperada. A continuación abordaremos cada uno de estos aspectos.

1) Articulación entre los órdenes de gobierno estatal y municipal

Un aspecto que merece especial atención en los casos estudiados es el de la supremacía que el estado de São Paulo ejerce sobre el municipio, lo cual no debería ocurrir porque el municipio también posee la categoría de entidad federativa y una autonomía expresa en la Constitución brasileña. En vista de lo anterior, las

obras de las empresas estatales se realizan sin estar vinculadas con la planeación del municipio. Un mejor estudio podría medir el grado de interferencia de las expropiaciones efectuadas por el estado de São Paulo en el plan maestro de la ciudad.

Por otro lado, el Ministerio Público del estado de São Paulo ha intervenido más en relación con las obras a cargo de los municipios y, por razones políticas, ha evitado demandas a las empresas del estado de São Paulo, como sucede con las empresas Metrô y Desenvolvimento Rodoviário (Dersa), así como el departamento de carreteras, también perteneciente al estado de São Paulo, entidad federativa a la que está vinculado el Ministerio Público estatal.

2) Participación ciudadana

Otro aspecto interesante en los casos estudiados es el de la participación ciudadana. Dos movimientos de residentes de los barrios Vila Mariana y Jardim Novo Mundo, en la zona de Moema, planean entablar en breve demandas civiles ante el Ministerio Público para inconformarse respecto a las zonas expropiadas. Algunas de ellas, señalan los residentes, están catalogadas, como ciertas áreas del barrio de Chácara Klabin, información que no aparece en los informes ambientales de la obra de la Línea 5-Lila. De acuerdo con Metrô, ya fueron notificados todos los propietarios. En plazos que varían de seis a ocho meses, tendrán que desalojar los inmuebles. La empresa dice que no habrá alteraciones en el proyecto. El problema, según los propietarios de los inmuebles, es que la empresa estatal ofrece una indemnización baja. “Una verdadera estafa”, dice Eduardo Miamoto, de 34 años, quien deberá desocupar su farmacia.

Cuando se le notifica la expropiación, el propietario del inmueble puede aceptar amigablemente el valor ofrecido por Metrô o, en caso de inconformidad, recibir de inmediato 80% del valor ofrecido.

La discusión sobre un posible aumento de valor se hace en juicio, sobre el 20% restante. No obstante, según la experiencia en la construcción de otras líneas del metro, 90% de los expropiados, según la propia Companhia do Metrô, se inconforman ante la justicia por la indemnización, un proceso que puede llevar años.

Cabe destacar que los movimientos de residentes que se oponen a las expropiaciones son localizados. En el caso anterior, los barrios de Vila Mariana y Moema se caracterizan por su mayor plusvalía. Los residentes no se movilizan cuando la expropiación ocurre en barrios de menor plusvalía.

En las ciudades de Guarulhos y Arujá, región metropolitana de São Paulo, hay registros de que algunos barrios se han movilizado ante la gran expropiación que se realizará por motivo del Rodoanel para evitar que se pierda la identidad de barrios enteros.

Como conclusión, pensamos que todo este cambio en la estructura de varios barrios de la ciudad de São Paulo, que afecta incluso a ciudades ubicadas en la zona metropolitana, a semejanza de lo que ocurre en otras democracias, exigiría una postura más democrática de los órganos gubernamentales que promueven la expropiación, a fin de que se cumpla el Estatuto de la Ciudad, en el que se establece la participación ciudadana en proyectos que tengan un gran impacto en la sociedad.

Aunque Brasil disponga de instrumentos para ello, en la práctica los órganos y entidades públicas tienen muchas dificultades para conducir procedimientos de discusión sobre las repercusiones generadas por la intervención de sus obras en propiedad privada. Así ha ocurrido con las empresas estatales Metrô y Dersa, que promueven audiencias públicas para hablar de los proyectos y, por consiguiente, de las expropiaciones, poco divulgadas y en horarios que no permiten una participación ciudadana efectiva.

Como en un proceso judicial sólo se permite inconformarse con el avalúo del inmueble expropiado, no con la decisión del poder público de expropiar, los propietarios afectados se someten a la decisión de los poderes expropiantes, además de tener dificultad para organizarse y exigir que su participación sea más efectiva.

Por último, se observa que el caso de São Paulo es representativo de lo que sucede en materia de expropiación en el resto del país. En particular, podemos mencionar la ciudad de Río de Janeiro, elegida como sede de los Juegos Olímpicos de 2016, en función de lo cual se elaboró un enorme plan de obras, que incluye un número importante de expropiaciones que han sido objeto de una gran oposición por parte de movimientos organizados.³⁰

En las expropiaciones antes citadas, no obstante la tentativa de los jueces de São Paulo de establecer un valor de mercado para los inmuebles por medio de un dictamen previo basado en los estudios del Cajufa, la tendencia será que los expropiados reciban sus indemnizaciones por medio de *precatórios*: como hemos visto, hay innumerables procesos pendientes de pago porque después del pago previo en el proceso se registra una discrepancia entre los valores de avalúo señalados en el dictamen previo, realizado conforme a las normas del Cajufa, y en el dictamen definitivo, favorable al expropiado; no obstante, la diferencia de valor sólo se recibirá por medio de un *precatório*.³¹

³⁰ Muchas de estas expropiaciones de inmuebles residenciales y desalojo de ocupantes de *favelas* han sido causa de protestas de los habitantes afectados y de grupos de defensa de derechos humanos, como Amnistía Internacional. Existe una articulación nacional de los movimientos locales respecto de las expropiaciones, que tiene un sitio en internet (<<http://megaeventos.tk>>). El Congreso Nacional integró una comisión para dar seguimiento a estas intervenciones. El reportaje del diario británico *The Guardian* puede dar una idea de la repercusión internacional de estos hechos (<<http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/26/favela-ghost-own-rio-world-cup>>).

³¹ En el caso de una expropiación realizada por la Companhia do Metrô, al final de proceso, luego de que se emite una resolución definitiva, o sea,

De hecho, aunque São Paulo tenga una deuda muy elevada en *precatórios*, en el caso de las expropiaciones actuales el Poder Judicial de São Paulo exige ahora el depósito previo de la indemnización, como ya mencionamos en la introducción de este apartado, cuando nos referimos a la creación del Centro de Apoyo a los Jueces de los Juzgados de la Hacienda Pública (Cajufa) de São Paulo.

ETAPA ACTUAL DE LOS *PRECATÓRIOS* JUDICIALES EN EL ESTADO DE SÃO PAULO

En este punto podemos afirmar con alguna seguridad que una persona a quien se le expropió un bien en São Paulo en el pasado reciente y aún espera el pago de su indemnización corre el riesgo de nunca recibirlo en vida,³² pues el Poder Judicial no exigía el depósito previo³³ para que los poderes públicos tomaran posesión del inmueble. Aunque la ley así lo exigía, ni el Poder Judicial ni las administraciones públicas expropiantes la cumplían adecuadamente. Así, una expropiación en São Paulo y en los demás estados de Brasil puede equipararse, en muchas ocasiones, con una confiscación, lo que también está prohibido por la Constitución Federal vigente.

El Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo está intentando construir un sistema que pueda controlar la nueva mo-

cuando la resolución judicial no admite más recursos, el pago se efectúa de una manera procesal más rápida, pues el régimen jurídico de la Companhia do Metrô es privado y el sistema de *precatórios* es un régimen de derecho público, que sólo se aplica a los adeudos judiciales del poder público y no de sus empresas.

³² Hay miles de *precatórios* pendientes de pago, cuya solución todavía podría demorar años. Por eso algunos expropiados no saben si recibirán su indemnización en vida.

³³ Subrayamos que el depósito previo, en São Paulo, aunque presentado conforme a los parámetros del Cajufa, no tiene por efecto volver justa la indemnización, pues con el dictamen definitivo se verifica que el valor ofrecido anteriormente también estaba desfasado.

dadidad para pagar los adeudos de los *precatórios* atrasados. El sistema ya se estableció y depende de la aportación, por parte de las propias entidades deudoras, del monto de sus adeudos con sus acreedores.

El juez³⁴ responsable del control de los *precatórios* en el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo publicó una norma que obligaba a las entidades públicas a informar a la brevedad posible el monto de estos adeudos so pena de que los agentes públicos tuvieran que responder por falta de probidad administrativa.³⁵

ORDEN ADMINISTRATIVA NÚM. 03/2010

21.8 (...)

Párrafo único: Si la entidad pública deudora no se registra o presenta datos incorrectos ante el Sistema de Control de Pago de *Precatórios* del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo-Dirección de Ejecución de *Precatórios* (Depre), obstaculizará la efectivación del crédito individualizado por autor/acreedor o por proceso, lo que podría sujetar a los responsables a las penas señaladas en la Ley núm. 8.429/92, artículo 11, inciso II.

El estado de São Paulo posee 645 municipios, 328 de los cuales ya notificaron al Tribunal de Justicia cuál era su opción para el pago de los *precatórios* atrasados, pero aún no informan el monto de estos adeudos. Por ejemplo, en el caso del municipio de Mauá, perteneciente a la zona metropolitana de São Paulo, la administración local aún está en proceso de auditoría para recopilar los procesos sobre los que ya se dictó una resolución definitiva y los valores respectivos de los *precatórios* originados.

³⁴ Magistrado Venício Salles. Tómese nota de que este juez, que actuaba en la primera instancia, posee un perfil muy orientado a cuestiones urbanísticas y es uno de los pocos que entendían la causas urbanas con un enfoque basado en el principio de la función social de la ciudad.

³⁵ En la Ley 8429/92 se establecen las conductas que caracterizan la falta de probidad administrativa y sujeta a sus agentes a penas de multa, reparación o pérdida del cargo público, así como a la prohibición de contender para nuevos cargos de elección durante un periodo de ocho años.

En octubre de 2010, el Tribunal de Justicia de São Paulo liberó el primer lote de *precatórios*. Las dos listas divulgadas en el sitio del Tribunal beneficiarán a 37 personas. La primera sigue el orden cronológico de los *precatórios* y la segunda, el orden de prioridad. No obstante, la iniciativa aún es tímida si consideramos que el número de *precatórios* existentes en el estado de São Paulo. Actualmente, el estado sobrepasa 222 mil procesos que esperan su ejecución para el pago de 380 mil acreedores.³⁶

Sin embargo, cabe destacar la interpretación que el Tribunal de Justicia del estado de São Paulo ha dado a la enmienda constitucional núm. 62/2009, como una de las formas de control de constitucionalidad ejercido en Brasil, el denominado control difuso, o tratándose de un caso concreto que sólo tiene efecto entre las partes litigantes, a diferencia del control ejercido por el Supremo Tribunal Federal, que emite resoluciones aplicables a todos.

La posición mayoritaria del Órgano Especial del Tribunal de Justicia de São Paulo para declarar la inconstitucionalidad incidental, entre las partes y sólo para el caso en proceso, es que el régimen que se pretende establecer con la enmienda constitucional núm. 62/09 es inconstitucional porque afecta a los *precatórios* pendientes de pago por una resolución judicial anterior a esa norma.

La mayoría de los miembros del cuerpo colegiado, en la parte relativa a los *precatórios* anteriores a la publicación de la enmienda constitucional núm. 62/2009, consideró que esa norma está condenada a que se le declare inconstitucional, pues se estaría descatando la cosa juzgada y vulnerando las garantías constitucionales básicas.

El caso en proceso se refería a la solicitud de intervención estatal presentada por Tarcísio Ribeiro de Oliveira, titular de

³⁶ Consultor Jurídico, <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-22/emenda-precatórios-afrenta-independencia-entre-poderes-tj-sp>>.

un crédito alimenticio reconocido por el Tribunal Laboral y adeudado por la alcaldía de Osasco. La deuda debía haberse liquidado en el ejercicio de 2008.

El argumento esgrimido por la alcaldía de Osasco para justificar el incumplimiento de la resolución del Tribunal y no pagar el adeudo fue que sería obligación del administrador mantener el equilibrio de las cuentas públicas. Para la mayoría del cuerpo colegiado, el incumplimiento de pago indica “desdén” respecto de la resolución judicial que ordenó saldar el débito. La resolución, que determinó la intervención estatal en el municipio de Osasco, se adoptó por mayoría de votos.

La enmienda núm. 62 también prevé la aplicación de un nuevo régimen de pago para los *precatórios* ya vencidos en la fecha de su publicación. En este sentido, el Órgano Especial entendió que la retroactividad viola el inciso 36 del artículo 5º de la Constitución Federal.

De acuerdo con la Constitución Federal, “la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada”. El Cuerpo Colegiado del Tribunal del estado de São Paulo también entendió que la enmienda núm. 62 viola principios constitucionales como los de proporcionalidad y razonabilidad. La resolución citada se traduce en una mayor concreción de la dignidad de los ciudadanos, al incorporar los principios de un estado de derecho democrático.

Hacemos notar que el Supremo Tribunal Federal aún no se ha pronunciado sobre las acciones directas de inconstitucionalidad propuestas, a semejanza de lo que ocurrió en las acciones anteriores propuestas luego de la primera y la segunda moratorias.

PRECATÓRIOS: SÍNTOMAS DE UN ESTADO EN CRISIS

Problemas en la aplicación del instrumento de la expropiación

De este modo, si pudiéramos clasificar los problemas que enfrenta la aplicación del instrumento de la expropiación en Brasil, sin duda colocaríamos en el mismo nivel la valoración y el avalúo del bien expropiado, lo que ha dado como resultado desviaciones y, por otro lado, la práctica contumaz de las autoridades públicas que promueven la expropiación al no cumplir las resoluciones judiciales de pago, no obstante haber casos de avalúos fraudulentos.

Después vendría la falta de disposición del poder público para promover la expropiación por la vía administrativa o de un acuerdo, lo que tiene como consecuencia un número excesivo de procesos judiciales de expropiación.

En el sistema procesal de ejecución de los adeudos de las haciendas públicas que lleva el nombre de *precatórios*, normalmente constituidos luego de registrarse la resolución definitiva, tenemos un claro ejemplo de la crisis del estado, cuyos contornos detallaremos enseguida. En la medida en que sea posible separarlos, abordaremos aspectos más relacionados con el derecho, por un lado, y con la naturaleza político-administrativa de dicha crisis, por el otro.

Aspectos de la crisis desde el punto de vista del derecho

Esta coyuntura ha generado insatisfacción en toda la sociedad, incluso de quienes no son acreedores del Estado. La sociedad considera que el Estado trata su propiedad con desdén y desconfía del Poder Judicial, que no logra hacer que sus resoluciones se cumplan. Por su parte, el Poder Judicial de todo el país se debate en torno del cumplimiento de los *precatórios* sin lograr dar una respuesta satisfactoria a la sociedad.

Esta breve digresión sobre el concepto de la figura del *precatório* brasileño nos remite a la discusión cada vez mayor sobre la limitación de algunos modelos institucionales y del propio derecho ante las necesidades reales de la sociedad actual. Esa discusión, que tiene su origen en la propia crisis de representación del Estado, desemboca en el desempeño del Estado en su función de administración pública.

El modelo actual, forjado en los siglos XVIII y XIX, ya no responde a las necesidades actuales. En aquella época, la teoría de la representación legitimó la instauración de una sociedad liberal burguesa y el proceso de institucionalización de una democracia formal en Occidente. Hoy, el panorama de la representación se inserta en el contexto de una sociedad globalizada, marcada por profundas transformaciones sociopolíticas y económicas a principios del siglo XXI.

En realidad, la crisis de representación viene acompañada por una crisis aun mayor de la propia política expresada por la pérdida de eficacia y confiabilidad en los partidos políticos, la administración del estado, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.³⁷

Esta crisis se manifiesta en el sistema de pago de los *precatórios* por concepto de las deudas derivadas de procesos judiciales que ya cuentan con una resolución definitiva, sobre todo dado el nuevo régimen establecido por la enmienda constitucional núm. 62/2009.

La administración pública hace un mal uso de las prerrogativas para un mejor desempeño de la función legislativa y contribuye a que el estado, como un todo, pierda credibilidad ante los ciudadanos, sobre todo en el tema de pago de indemnizaciones por concepto de expropiación.

³⁷ Antonio Carlos Wolkmer. "Do paradigma político. Da Representação à Democracia Participativa". Profesor titular de Historia de las Instituciones Jurídicas en los cursos de licenciatura y posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Miembro del Instituto de Abogados Brasileños (Río de Janeiro). <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/do%20paradigma.pdf>>, consultado el 25/10/2010.

ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS DE LA CRISIS

El pago por medio de *precatórios* judiciales, según lo expuesto, se debe considerar una anomalía administrativa, un caso excepcional dentro de la propia ley que rige las expropiaciones en Brasil y que determina el pago previo del bien expropiado. Sólo en los casos de incumplimiento de su función social, determinado conforme al plan maestro, la Constitución Federal de 1998 permite el pago en títulos públicos, aun cuando resulte infructuosa la aplicación de instrumentos como el Impuesto Predial y Territorial Urbano (IPTU) progresivo y de la edificación obligatoria. El sistema de *precatórios* va más allá, al no establecer, en principio, plazos para el pago.

Los *precatórios* se convierten en un pretexto para permitir que la entidad pública, sin asegurar los recursos necesarios, expropie a fin de hacer inversiones públicas que no pueden esperar y que pague cuando obtenga esos recursos. Se observa que la gran facilidad de la que goza el Poder Ejecutivo para declarar la utilidad pública para fines de expropiación ha propiciado diferentes tipos de vicios, como sucede con los alcaldes que hacen expropiaciones y generan *precatórios* cuyo pago será responsabilidad de su sucesor.

El abuso del sistema de *precatórios* en Brasil ha originado prácticas perversas. Una de ellas, conocida como el “escándalo de los *precatórios*”, tuvo repercusiones en la esfera política, a tal punto que en 1997 el Congreso Nacional integró una comisión parlamentaria de investigación con objeto de esclarecer los hechos.

En aquella ocasión, el gobierno había autorizado a los municipios a emitir títulos públicos a fin de recaudar recursos para el pago de *precatórios* atrasados. El esquema consistía en simular deudas judiciales para emitir títulos públicos y destinar los recursos obtenidos al pago de otras cuentas, no derivadas de fallos judiciales. Además, los procesos se llevaban a cabo sin licitación y por intermedio de instituciones financieras, que

después adquirirían los títulos con descuento, es decir, muy por debajo del valor de mercado.

Otro ejemplo de aprovechamiento de las oportunidades que generó el desorden administrativo causado por el gran volumen de *precatórios* es la especulación financiera. Hay un comercio de compraventa de *precatórios* en Internet. Algunos fondos de inversión empezaron a adquirir, con enormes descuentos, *precatórios* a punto de vencerse dada la certeza de su pago, que en parte iba acompañada de información privilegiada sobre la lista de personas cuyos pagos se liberarían.

En el aspecto relacionado de manera más directa con el urbanismo, el pago por medio de *precatórios* de inmuebles expropiados, hay ejemplos en que la lentitud y el atraso hicieron que el propietario perdiera interés en el inmueble, que terminaba siendo invadido y se incorporaba a las áreas de ocupación irregular y *favelas*.³⁸

Dado su carácter excepcional y sus consecuencias nocivas para la organización de la administración y las finanzas públicas, la generación de nuevos *precatórios* se debe minimizar lo más posible y se deben buscar vías alternativas que permitan la liquidación de los que ya existen.

Es importante subrayar que la expropiación, incluso habiendo un lote grande de *precatórios* por solucionar, sigue siendo muy utilizada, al menos en el estado de São Paulo, como vimos en la primera parte de este trabajo.

Lo que cambia³⁹ en los nuevos casos de expropiación es que, dada la falta de credibilidad de los gobiernos a causa de la extensa lista de *precatórios*, el Poder Judicial se ha preocupado por fijar un valor de depósito previo, pero la diferencia en pugna se pagará por medio de *precatórios*. Se trata de una diferencia con-

³⁸ Es el caso de la *favela* San Remo, que ocupa parte de la Ciudad Universitaria, en São Paulo (Tanaka, 1993).

³⁹ No es un gran cambio, porque el depósito previo presenta el problema de la falta de criterios para el avalúo, lo que ocasiona demoras en los trámites procesales y en el pago de una indemnización justa.

siderable pues siempre hay discusión sobre los criterios aplicados en la expropiación.

En cuanto a los *precatórios* atrasados, actualmente el Poder Judicial y algunos organismos, como la Orden de Abogados de Brasil, han concentrado sus esfuerzos para que los tribunales de justicia de cada estado del país apliquen un sistema que controle eficazmente los presupuestos públicos, de modo que se salden los *precatórios* atrasados. Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en la enmienda constitucional núm. 62, pasarán muchos años para que las administraciones públicas liquiden esos adeudos, al menos en el estado que nos ocupa, el de São Paulo.

POSIBLES ALTERNATIVAS: ENFRENTAMIENTO DEL PRECATÓRIO EN PROCESOS DE EXPROPIACIÓN

Conforme a lo antes expuesto, la práctica de los *precatórios* y los problemas que genera se pueden analizar desde una perspectiva más amplia de crisis del Estado brasileño, cuyo abordaje exige la modificación de los actuales esquemas de representación democrática. Democratizar el proceso de toma de decisiones en la planeación y gestión del patrimonio público implica, entre otras cosas, fortalecer la competencia de la administración pública, aumentar la transparencia y divulgar la información sobre planes y proyectos urbanos.

La construcción de un nuevo paradigma será el resultado de acciones como las que citamos a continuación.

a) Reforma del proceso de planeación urbana

El proceso de planeación urbana en Brasil debe reformarse, como parte de una reforma política cuya necesidad se ha reiterado muchas veces aunque ha avanzado poco, en parte porque producirá alteraciones en la actual estructura de poder. Asegurar los recursos necesarios para la expropiación es un paso

importante para combatir los *precatórios*. Los planes y proyectos urbanos que incluyan actos de expropiación deben tener una viabilidad financiera debidamente planteada. Para ello se deben apoyar en proyectos completos. Si suponen un endeudamiento, se debe indicar cómo se pagarán esos adeudos, previa aprobación (normalmente mediante voto) no sólo de las asambleas municipales, sino también de los beneficiarios que se comprometan a prorratear los costos, a semejanza de lo que ocurre en Estados Unidos.⁴⁰

b) Creación de estructuras administrativas para la gestión del patrimonio inmobiliario público

En Brasil, el poder público no tiene la tradición de considerar su patrimonio inmobiliario como un bien al que se otorga un valor económico determinado por el mercado. A esta falta de consideración del valor inmobiliario que entraña el patrimonio municipal se deben atribuir decisiones cuestionables como la construcción de viviendas populares en áreas de alto valor de la ciudad.

No existe una estructura de gestión de este patrimonio, como ocurre en ciudades del norte de Europa, por ejemplo, Helsinki o Ámsterdam, cuya administración dispone de una dependencia inmobiliaria, encargada de la compra y enajenación de inmuebles, como ocurre en el sector privado. Estas dependencias son responsables de estudiar posibles asociaciones público-privadas y podrían, por ejemplo, negociar el intercambio de inmuebles —una alternativa interesante en vez de la expropiación—, en particular cuando el pago se realiza por medio de *precatórios* inciertos.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, en el caso del estado de California, el material educativo sobre la aprobación de gastos públicos mediante voto, <<http://www.californiacityfinance.com>>, sitio disponible gracias al Institute for Local Government, institución educativa y de investigación afiliada a la California State Association of Counties y la League of California Cities.

- c) Uso de mecanismos alternativos en vez de procesos judiciales como la mediación o el arbitraje

Se trata de procesos que acercan a la partes, el poder expropiante y el expropiado, en busca de una forma de pago aceptable para ambas. En los procesos judiciales, las partes están representadas por sus respectivos abogados y aguardan la resolución del juez, que la mayoría de las veces ni siquiera visita el inmueble sobre el que deliberará.

- d) Uso de instrumentos considerados en el Estatuto de la Ciudad: ejemplos de la transferencia del derecho de construir y de preferencia

Un buen ejemplo de instrumento para negociar con los acreedores de *precatórios* sería la transferencia del derecho de construir prevista en el Estatuto de la Ciudad, artículo 4º, inciso V, párrafo “o”, a fin de compensar al propietario del inmueble urbano, público o particular, que el poder público considere necesario para:

- instalación de equipamientos urbanos y comunitarios;
- preservación, cuando el inmueble se considere de interés histórico, ambiental, paisajístico, social o cultural;
- programas de regularización de la tierra, urbanización de áreas ocupadas por población de bajos ingresos y vivienda de interés social (artículo 35).

En vez de que el poder público pague por expropiar el inmueble, se faculta al propietario para ejercer su derecho de construir en otro lugar o de proceder a la enajenación en favor de terceros, en caso de que acepte esa negociación.

De este modo, a diferencia del otorgamiento oneroso del derecho de construir, que como vimos es el instrumento mediante el cual el poder público municipal concede al propietario la facultad de ejercer su derecho de construir arriba del coeficiente de utilización del suelo básico—mediante la contrapartida que éste preste—, la transferencia del derecho de construir per-

mite al propietario ejercer en otro lugar el derecho de construir hasta el coeficiente máximo o incluso transferir a un tercero, mediante escritura pública, la posibilidad de construir, como forma de compensación por las limitaciones administrativas sufridas.

En otras palabras, si —en virtud del plan maestro o de una ley— el propietario de un inmueble urbano posee el derecho de construir arriba del coeficiente de utilización del suelo básico, cuando dicho inmueble se considere necesario para los fines previstos en los incisos I a III del artículo 35, el propietario podrá ejercer ese derecho en otro sitio o transferirlo, gratuita u onerosamente, a otro. Se podrá conceder la misma facultad al propietario que done al poder público su inmueble, o una parte de él, para los mismos fines.

Aunque el derecho de construir en relación con determinado inmueble se extinga por razones especificadas en el Estatuto de la Ciudad, incisos I a III del artículo 35, se podrá ejercer en otro lugar o transferirse a un tercero.

Obsérvese que la transferencia del derecho de construir es independiente de que haya una operación urbana en curso a cargo de una asociación de entidades federativas (estados o municipios), puesto que se restringe al inmueble específico que se considera necesario para los fines previstos en el Estatuto de la Ciudad.

Considerando que compete a las autoridades municipales la tarea de definir las reglas locales de ordenamiento del suelo, el Estatuto de la Ciudad dejó en manos de los municipios la reglamentación de lo relativo al derecho de construir (párrafo segundo del artículo 35), mediante una ley específica que deberá apearse a las directrices generales fijadas en el Estatuto de la Ciudad (artículo 2º). Esta ley municipal debe definir con rigor la manera en que se ejercerá este derecho, estableciendo las condiciones relativas a su aplicación.

Se trata, por tanto, de una figura que puede acarrear fuertes cambios en el mercado inmobiliario, pues separa el derecho de

construir del derecho de propiedad, volviéndolo un derecho autónomo, que se puede negociar libremente y ya se ejerce en las expropiaciones por interés público. Los propietarios de las áreas afectadas por la expropiación reciben autorización para ejercer en otro lugar la facultad de construir en esas áreas, o transferirla, como ocurrió con la construcción de la arteria vial Perimetral III, en Porto Alegre (Furtado, 2006).

Otra posibilidad, siempre que los municipios lleven a efecto un buen plan maestro, consiste en prever, dentro de ese plan, el derecho de preferencia que tendrá el poder público municipal para la adquisición de un inmueble urbano objeto de transferencia onerosa entre particulares. No obstante, esta opción es una alternativa para el uso del instrumento de la expropiación y depende de la ley municipal basada en el plan maestro, que delimitará las áreas en las que incidirá el derecho y fijará un plazo de vigencia no superior a cinco años, renovable después de un año contado a partir del plazo inicial de vigencia.

En el artículo 26 del Estatuto de la Ciudad se establecen las hipótesis en las que el poder público municipal podrá ejercer el derecho de preferencia. La ley municipal prevista en el párrafo primero del artículo 25 deberá encuadrar cada una de las áreas en las que se ejercerá el derecho de preferencia en una o más de las finalidades enumeradas en el artículo 26, ya sea regularización de la tierra; ejecución de programas y proyectos habitacionales de interés social; constitución de reservas de tierras; ordenamiento y orientación del crecimiento urbano; instalación de equipamiento urbano y comunitario; creación de espacios públicos y recreativos así como áreas verdes; creación de unidades de conservación o protección de áreas de interés ambiental, y protección de áreas de interés histórico, cultural o paisajístico.

En el artículo 27 se establece un plazo de treinta días para que el municipio, tras la notificación del propietario sobre su intención de transferir el inmueble, manifieste su intención de comprarlo. En el párrafo tercero de ese artículo se señala que

una vez transcurrido ese plazo el propietario podrá transferir el inmueble a terceros en las condiciones de la propuesta presentada. En el párrafo quinto se dispone que la transferencia ejecutada en condiciones distintas de la propuesta presentada será nula de pleno derecho y en el párrafo sexto, que en esa hipótesis el municipio podrá adquirir el inmueble por el valor de la base de cálculo del IPTU o por el valor indicado en la propuesta presentada, si éste fuera inferior al primero.

Obsérvese que en las hipótesis referidas se permite que la preferencia constituya un importante instrumento para evitar el uso del instrumento de la expropiación, presuponiéndose una planeación más efectiva por parte del municipio. Dicho instrumento induce la adquisición de áreas por la vía administrativa, aunque no evite la problemática que implica el tema de la valuación.

COMENTARIOS FINALES

Este capítulo forma parte de una obra más amplia que tiene por objeto presentar un primer panorama comparativo sobre la expropiación de tierras urbanas en diferentes países de América Latina. Aunque comparten una misma tradición de origen ibérico, cada uno de ellos constituye una nación con características e instituciones sociales y jurídicas propias, y la falta de una mejor comunicación ha obstaculizado los beneficios de un conocimiento recíproco más profundo. Sin embargo, facilitar este aprendizaje a partir de la identificación de semejanzas y diferencias es uno de los propósitos de esta compilación.

En este capítulo nos ocupamos del caso de Brasil, un país de enorme extensión y grandes diferencias regionales, lo que nos obligó —junto con los coordinadores del libro— a limitar el análisis a ciertos aspectos, con la idea de aportar información que contribuyera en mayor medida al objetivo de integrar una visión de la diversidad latinoamericana en lo tocante al tema de las expropiaciones.

Así pues, en este trabajo optamos por concentrarnos en los aspectos jurídicos y procesales de las expropiaciones en Brasil, y abordar el tema de los *precatórios*, un instrumento específico para el pago de los adeudos judiciales que el poder público brasileño tiene con un particular. Por no guardar semejanza con ninguna figura en los demás países, el precatório nos invita a reflexiones y aprendizajes interesantes.

Se puso como ejemplo el caso del estado São Paulo, donde jueces en materia de hacienda pública tuvieron una iniciativa encaminada a evitar el problema del pago atrasado de los *precatórios* mediante la búsqueda de acuerdos previos.

Dada la amplitud del tema, inevitablemente muchos aspectos quedaron fuera de esta exposición. Cabe destacar dos de ellos:

a) la expropiación de áreas ocupadas ilegalmente, en especial por *favelas* y otros tipos de vivienda precaria que implican acciones de índole social;

b) la creciente movilización popular en torno de las expropiaciones que se recrudeció en los últimos meses en diferentes ciudades del país, en particular en la ciudad de Río de Janeiro, que será sede de los Juegos Olímpicos de 2016.

Se trata de dos aspectos que sugerimos para futuras etapas de análisis sobre la expropiación. La práctica de la expropiación seguirá siendo intensiva en las ciudades latinoamericanas, por lo que se requiere una reflexión constante sobre el tema y es importante asimilar las enseñanzas de otros países que utilizan la propiedad pública de la tierra como instrumento de planeación del uso del suelo urbano (Strong, 1979).

GLOSARIO

Acción popular (*Ação popular*): tipo de acción prevista en el marco jurídico brasileño al que puede recurrir cualquier ciudadano para cuestionar actos practicados por una entidad

- pública que contravengan la ley y puedan perjudicar a la administración pública, así como exigir un resarcimiento.
- Adin: siglas de Acción Directa de Inconstitucionalidad.
- Apelación contra una sentencia interlocutoria: tipo de recurso previsto en el Código Procesal brasileño para resoluciones judiciales que no dan por concluido el proceso. Puede utilizarse contra actos del juez durante el proceso.
- Catalogación (*Tombamento*): acto administrativo que determina la imposibilidad de alteración de un bien que reviste interés histórico, arquitectónico o paisajístico.
- Cracolândia: zona de la ciudad de São Paulo frecuentada por usuarios de drogas.
- Definitividad (*Trânsito em julgado*): efecto de una resolución judicial, resolución colegiada o sentencia que no admiten más recursos de revisión.
- Favela: conjunto de viviendas precarias donde residen personas de bajos ingresos.
- Intereses compensatorios: porcentaje fijado a título de indemnización extraordinaria en caso de que haya habido una toma de posesión sin el depósito previo del valor del inmueble. Hace diez años la jurisprudencia fijaba doce por ciento anual, tomando como base el valor de la indemnización. Actualmente, el porcentaje establecido por la jurisprudencia es de hasta seis por ciento anual.
- Juzgado de la Hacienda Pública de la Comarca de São Paulo (*Vara da Fazenda Pública da Comarca São Paulo*): órgano judicial donde cada juez de primera instancia ejerce su competencia de juzgar. Esta competencia se atribuye por ley para que el juez juzgue causas en las que el estado de São Paulo o el municipio de São Paulo sean partes interesadas.
- Metrô: Companhia do Metropolitano de São Paulo, empresa propiedad del estado de São Paulo responsable del servicio del transporte del metro.
- Resolución colegiada (*Acórdão*): resolución judicial adoptada de forma colegiada en los tribunales brasileños.

Valor venal: valor del inmueble para fines fiscales.

Precatório: instrumento mediante el cual el Poder Judicial ordena a la hacienda pública el pago al que ésta haya sido sentenciada en un proceso judicial. En términos generales, es el documento en el que el presidente del Tribunal, por solicitud del juez de la causa, determina el pago del adeudo de la Unión, el estado, el municipio o el Distrito Federal, por medio de la inclusión del valor del débito en el presupuesto público.

Toma de posesión (*Imissão de posse*): nombre dado a la figura jurídica que permite al poder público, al inicio del proceso judicial de expropiación, ingresar en el inmueble objeto de expropiación mediante el depósito previo del valor de dicho inmueble.

Traducción de Virginia Aguirre Muñoz

BIBLIOGRAFÍA

- Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). s.f. NBR 14653: *Avaliação de Bens*. Río de Janeiro: ABNT.
- Azuela, Antonio y Carlos Herrera Martín. 2009. "Taking Land Around the World: International Trends in Expropriation for Urban and Infrastructure Projects". En *Urban Land Markets*, compilado por S. V. Lall et al., Springer Book Archives.
- Barroso, Luís Roberto. 1996. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva.
- Bucci, Maria Paula Dallari. 2002. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Dallari, Adilson Abreu. 1981. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Río de Janeiro: Forense.
- Dallari, Adilson Abreu y Sergio Ferraz (coords.). 2002. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros.

- Da Rocha Medeiros Jr., Joaquim y José Fiker. 2005. *A Perícia Judicial. Como Redigir Laudos e Argumentar Dialeticamente*. São Paulo: Editora Leud (2a. ed.).
- Delgado, Daniel García. 1998. *Estado-nación y globalización*. Buenos Aires: Ariel, pp. 132 y 134.
- De Moraes Salles, José Carlos. 2006. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: RT (5a. ed.).
- Dos Santos Lopes, Cacilda. 2010. *Desapropriação e Política Urbana. Uma Perspectiva Interdisciplinar*. São Paulo: Forum.
- Fernandes, Edésio. 1998. *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Fernandes, Edésio y Betânia Alfonsin (comps.). 2009. *Revisitando o Instituto de Desapropriação*. São Paulo: Forum.
- Furtado, Fernanda. 1999. "Recuperação de mais-valias fundiárias urbanas na América Latina: debilidade na implantação, ambigüidades na interpretação". Tesis de doctorado, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de São Paulo, São Paulo.
- Furtado, Fernanda. 2006. "Instrumentos para a gestão social da valorização da terra: fundamentação, caracterização e desafios". En *Programa Nacional de Capacitação das Cidades*. Seminarios nacionales realizados en Río de Janeiro, Jaboatão dos Guararapes, y Brasília.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. 1997. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas.
- Garrorena Morales, Ángel. 1991. *Representación política y constitución democrática*. Madrid: Civitas, pp. 23-54.
- Haddad, Emílio. 2000. *Comentários sobre os procedimentos utilizados no estabelecimento do valor de indenização de bens imóveis desapropriados pelo poder público* <<http://territorioysuelo.org>>.
- Haddad, Emílio. 2004. "Bosquejos sobre el avalúo inmobiliario en cuanto arte del encuentro". Taller sobre Avalúos y Procesos de Gestión del Suelo, Bogotá <<http://territorioysuelo.org>>.

- Haddad, Emílio y Cacilda Lopes dos Santos. 2009. “Desapropriação de áreas de interesse ambiental”. En *Revisitando o Instituto de Desapropriação*, coordinado por E. Fernandes y B. Alfonsín. São Paulo: Editora Forum, 2009. Disponible en <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=623>. Consultado el 30 de enero de 2011.
- Haddad, Emílio y Cacilda Lopes dos Santos (s/f). *Pesquisa sobre os novos procedimentos em processos judiciais de desapropriação do Poder Judiciário da Comarca de São Paulo*. Disponible en <http://www.lincolninst.edu/pubs/Default.aspx?pub_type=3>.
- Haddad, Emílio y Reynaldo Silveira Franco Jr. 2007. *Novas Perspectivas sobre o instituto da desapropriação: a proteção ambiental e sua valoração*. Belo Horizonte: Fórum.
- Laboratório de Habitação, Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de São Paulo (LAB-HAB-FAU-USP). 2002. Informe final de proyecto de investigación “Preço de desapropriação de terras: limites às políticas públicas nas áreas de habitação, meio ambiente e vias públicas em São Paulo” <<http://territorioysuelo.org>>.
- Lopes dos Santos, Cacilda. 2010. *Desapropriação e Política Urbana. Uma perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Fórum.
- Maldonado, Melinda Lis. 2009. “Responsabilidad patrimonial del Estado en temas urbanos”. Informe de investigación. Washington: Lincoln Institute of Land Policy.
- Philips, Tom. 2011. *Rio World Cup demolitions leave favela families trapped in ghost town* <<http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/26/favela-ghost-town-rio-world-cup>>.
- Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Biblioteca Virtual. 2005. *Trabalho sobre as ações indenizatórias* <<http://www.pge.sp.gov.br-São Paulo>>.
- Rabasa Gamboa, Emilio. 1994. *De súbditos a ciudadanos*. México: UNAM, Porrúa.
- Rabello, Sonia. 2002. “Justa indemnización en las expropiaciones urbanas: justicia social y enriquecimiento sin causa”. Trabajo preparado para el taller del International Research

- Group on Law and Urban Space (IRGLUS) <<http://territorioysuelo.org>>.
- Strong, Ann. 1979. *Land Banking: European Reality, American Prospect*. Baltimore: Johns Hopkins Studies in Urban Affairs.
- Tanaka, Marta S. 1993. "Favela e periferia: estudos de recuperação urbana". Tesis de doctorado. São Paulo: Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de São Paulo.
- Vasconcelos Viana, Juvêncio. 1998. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética.
- Wolkmer, Antônio Carlos. *Do paradigma político. Da Representação à Democracia Participativa* <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/do%20paradigma.pdf>>. Acceso el 25 de octubre de 2010. <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-10/emenda-pre-catorios-afrenta-coisa-julgada-decide-tj-paulista>>. Acceso el 26 de enero de 2011.

Capítulo cuarto
Fortalezas y fisuras del uso de la expropiación
para fines urbanos en Colombia.
Revisión a partir de la experiencia de Bogotá

María Mercedes Maldonado

Aparentemente, la expropiación es una institución vigorosa en Colombia, utilizada de manera generalizada por los gobiernos municipales y por entidades del gobierno nacional para la ejecución de obras de infraestructura, y también por los departamentos, las áreas metropolitanas y las corporaciones autónomas regionales que operan como autoridad ambiental. En las transformaciones urbanas de ciudades como Medellín o Bogotá, reconocidas en el nivel latinoamericano, el uso de la expropiación constituye una importante herramienta. Decimos que aparentemente porque, tal vez, lo que es vigorosa es la adquisición pública de suelo, concepto más amplio aún por fortalecer que involucra la posibilidad de arreglos previos conducentes a una negociación o formas alternativas para obtenerlo.

En todo caso y con esos matices no se puede hablar de una crisis ligada a dificultades o debilidades del poder público para su aplicación, como ocurre en otros países, o a conflictos entre operadores jurídicos, particularmente entre el Ejecutivo y los jueces, e incluso tampoco han estado ahora presentes resistencias sociales de gran escala, salvo casos aislados de propietarios afectados, de altos y bajos ingresos, que movilizan la acción ju-

dicial a través de múltiples recursos y subterfugios los primeros o la sensibilidad mediática los segundos, sin que lleguen a impactar de manera importante en la práctica de la expropiación.

Por tanto, se puede afirmar que Colombia es un buen ejemplo de la faceta de la expropiación como afirmación del poder del estado y del sentido de lo público. En ese contexto, este capítulo aborda dos puntos de discusión asumidos como fisuras del régimen colombiano: el primero es el de los criterios y problemas para establecer la indemnización; el segundo se refiere a los límites de la expropiación cuando los motivos que la justifican no se dirigen a producir bienes de uso público sino a facilitar proyectos inmobiliarios, sobre todo cuando los afectados son de menores recursos.

Estos puntos son discutidos en este capítulo, que inicia con la revisión del marco legal de la expropiación para fines urbanos, contenido en las leyes de reforma urbana (ley 9ª de 1989) y de desarrollo territorial (ley 388 de 1997), organizado de la siguiente manera: la amplitud de entidades habilitadas para expropiar y de motivos de utilidad pública e interés social, que constituyen la base para materializar el principio de prevalencia del interés general; los procedimientos y las ambigüedades de la indemnización.

AMPLITUD DE ENTIDADES EXPROPIANTES Y DE MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL

La ley 388 es especialmente amplia respecto de las entidades públicas que pueden adelantar procedimientos expropiatorios.

Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989. También los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales

del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo que define los motivos de utilidad pública e interés social, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades.

Como si esto fuera poco, también se contempla la expropiación en favor de terceros, reglamentada de la siguiente manera: los inmuebles adquiridos por cualquiera de las entidades señaladas podrán ser desarrollados directamente por la entidad adquirente o por un tercero, siempre y cuando la primera haya establecido un contrato o convenio que garantice la utilización de los inmuebles para el propósito que fueron adquiridos. Volveremos sobre esta posibilidad cuando se expongan los motivos de utilidad pública.

Finalmente, en concordancia con la importancia que se da en Colombia a la planeación, toda adquisición o expropiación de inmuebles que se realice para fines urbanos se efectuará de conformidad con los objetivos y usos del suelo establecidos en los planes municipales de ordenamiento territorial. Las adquisiciones promovidas por las entidades del nivel nacional, departamental o metropolitano deberán estar en consonancia con los objetivos, programas y proyectos definidos en sus planes de desarrollo. No aplica esta condición cuando la expropiación sea necesaria para conjurar una emergencia imprevista, la cual deberá, en todo caso, calificarse de manera similar a la establecida para la declaración de urgencia en la expropiación por vía administrativa.

Esta amplitud en las entidades del ejecutivo que pueden adelantar la expropiación se equilibra a través de dos condiciones: en la ley se establecen, de manera general, los motivos de utilidad pública e interés social, así como reglas para determinar la indemnización y, además, generalmente, la expropiación

se adelanta por vía judicial, de manera que el representante legal de la entidad expropiante inicia un proceso ante un juez civil, quien decide las condiciones de entrega del inmueble y el monto de la indemnización, también dentro de ciertas reglas generales.

En contraste, la expropiación por vía administrativa adoptada en la constitución de 1991, solo podrá ser adelantada por una instancia o autoridad competente (en los términos de la ley 388) determinada por el respectivo Concejo Municipal. Esta autoridad será la encargada de declarar las condiciones de urgencia que autorizan la expropiación por vía administrativa y, consecuentemente, determinar que se realizará dicho trámite y de establecer el monto de la indemnización. La posibilidad de expropiar por vía administrativa para fines urbanos queda restringida a una instancia definida por el concejo municipal. Aún así, los motivos para expropiar por esta vía son también bastante amplios, incluidos los motivos de urgencia para declararla.

Si se amplía la lista de entidades que pueden adelantar la expropiación, lo es mucho más la de los motivos de utilidad pública o interés social contemplados en la ley 388 para expropiar por vía judicial o administrativa, los cuales se señalan a continuación, y en cursivas aparecen aquellos aplicables a la expropiación por vía administrativa:

a) *Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana;*

b) *Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9ª de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo;*

c) *Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos;*

- d) *Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios;*
- e) *Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo;*
- f) *Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deportes;*
- g) *Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando su localización y la consideración de utilidad pública estén claramente determinados en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen;*
- h) *Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico;*
- i) *Constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades;*
- j) *Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos;*
- k) *Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley;*
- l) *Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta ley;*
- m) *El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes.*

Más adelante volveremos sobre algunos de estos motivos.

LA REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS

En lo que tiene que ver con los procedimientos, los aspectos más relevantes son: la existencia de una etapa previa de arreglo o negociación, tendiente a evitar llegar al trámite de expropiación propiamente dicho; la actuación de la administración y la actuación del juez, así como la justificación del uso de la expropiación por vía administrativa.

Tanto la expropiación por vía judicial como por vía administrativa están precedidas por una negociación entre las partes. Al iniciar el proceso la administración ofrece al propietario un precio base en una etapa que se conoce como *oferta de compra*, mientras que la negociación entre las partes se conoce como etapa de *enajenación voluntaria*, en el caso de la expropiación judicial, y *negociación directa*, en la expropiación por vía administrativa.

Esta disposición existe en varios países y tiene como finalidad evitar los costos y demoras de un proceso judicial, justificación que resulta evidente y en la que cobra importancia una razón adicional: buscar arreglos incluso cuando se reconocen montos de indemnización relativamente altos, para evitar las condenas aún mayores establecidas por los jueces civiles. Es difícil contar con información empírica lo suficientemente comprensiva que permita demostrar que los pagos realizados en la etapa de negociación exceden precios razonables,¹ y también lo es establecer que sea la regla general que los jueces condenen a indemnizaciones muy altas o incluso escandalosas o que se trate de situaciones excepcionales. De todas maneras, más adelante se presenta un análisis realizado a las adquisiciones públicas de suelo realizadas por Metrovivienda, una entidad pública municipal de Bogotá, organizada como empresa industrial y comercial del estado, que opera como un banco de tierra, es decir, adquiere suelo con base en motivos de interés social, lo urbaniza y luego lo vende o subasta en manzanas a constructores para la edificación de viviendas de interés social. La mezcla de todas esas condiciones da una buena base para aproximarse al tema.

Con respecto a la actuación de la administración y del juez la secuencia es la siguiente.

¹ Donde se entiende por tal que como máximo sean similares a los que un particular estaría dispuesto a pagar

En caso de fracasar la etapa de negociación voluntaria, o de existir condiciones jurídicas que afecten la transferencia de los terrenos que deban ser saneadas por el juez, cuando se trata del trámite judicial, la entidad expide una resolución de expropiación y posteriormente el representante legal de la entidad expropiante, por medio de abogado, radica la demanda de expropiación, en la cual puede solicitar la entrega anticipada del inmueble, siempre y cuando consigne a ordenes del juzgado 50% del avalúo que ha servido de base para la enajenación voluntaria.

Una vez notificado el demandado y transcurrido el término de traslado sin que se produzca la contestación a la demanda, el juez procede a dictar sentencia. Durante el proceso, el juez, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, acudirá a una entidad nacional, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a los catastros municipales existentes o a peritos privados para que determinen el valor, tanto de la cosa expropiada como, separadamente, de los daños que deban ser reconocidos.

En el segundo caso, la vía administrativa, una vez fracasada la etapa de negociación, la entidad autorizada por el Concejo Municipal debe expedir un acto administrativo mediante el cual se decide la expropiación, el precio y las condiciones de pago, entre otras cosas. Contra el acto proceden los recursos de vía gubernativa y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuales se pueden controvertir los motivos de utilidad pública o de interés social, el precio de indemnización y las condiciones de pago. Una vez ejecutoriado el acto se procede a la entrega del bien y al pago de la indemnización.

Finalmente, está el tema de las condiciones para recurrir a la expropiación por vía administrativa. La tesis de la Corte Constitucional, compartida por lo general por los abogados encargados de las expropiaciones,² es que la vía administrativa opera como

² La excepción se da en Medellín, donde las entidades públicas y sus abogados defienden la tesis contraria

una excepción, sin embargo, la diversidad de motivos de utilidad pública o interés social en que puede ser utilizada (casi todos) y la amplitud y vaguedad de las condiciones de urgencia hacen pensar que en la práctica puede volverse más la regla que la excepción.

Los requisitos no son muchos. Los sustanciales, que existan las condiciones de urgencia establecidas en ley y que el motivo de utilidad pública invocado esté previsto para este tipo de expropiación. Y procedimentales, que el concejo municipal o distrital, o la junta metropolitana, mediante acuerdo, hayan determinado cuál será la autoridad competente para declarar la urgencia y que dicha autoridad efectivamente declare la urgencia.

Los motivos de urgencia, de acuerdo con la ley 388, son:

1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el gobierno nacional.

2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio.

3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra.

4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.

En la ciudad de Bogotá, donde varias entidades expropián continua e incluso masivamente,³ los encargados de la adqui-

³ Como por ejemplo la Empresa de Desarrollo Urbano, encargada de las obras viales y de espacio público y de aplicar la contribución de mejoras como instrumento de financiación; la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, una entidad pública municipal con régimen de empresa descentralizada cercano al de una entidad privada, entre las más poderosas; pero también la Secretaría de Medio Ambiente o el Instituto Distrital de Recreación y Deportes o la empresa de Renovación Urbana.

sición de predios tuvieron una actitud inicial de cautela, por no decir prevención, ante la expropiación por vía administrativa, explicada por una posición garantista del derecho de propiedad. Como suele ser usual en el sector público se planteó una serie de argumentos no del todo consistentes y, sobre todo uno, que se necesita esperar la reglamentación del gobierno nacional a pesar de que la ley 388 solo exigía este requisito para uno de los motivos de urgencia, el dirigido a prevenir una elevación excesiva de los precios de los inmuebles. En medio de la discusión se conoció que, en contraste, en Medellín se practicaba habitualmente este tipo de expropiación sin mayor problema. Esta circunstancia actuó en contra de las prevenciones y temores y dio pie a que se empezara a considerar y a utilizar la expropiación por vía administrativa. De todas maneras, su utilización es reciente y no existen aún fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa en torno a los motivos de utilidad pública o la determinación de la indemnización que permitan establecer si esta modalidad se va a estabilizar o va a enfrentar dificultades o eventuales replanteamientos.

CERTEZA O AMBIGÜEDAD EN LAS REGLAS SOBRE LA INDEMNIZACIÓN

De acuerdo con la Constitución Política la indemnización debe ser previa y debe consultar los intereses del propietario afectado y de la comunidad. A pesar de esta disposición constitucional y de ser la expropiación una figura de derecho público que excluye la noción de precio, como ya se ha indicado en el capítulo correspondiente, en la ley 388 se utiliza la figura, habitual en muchas legislaciones, de valor comercial. La ley 9ª de 1989 hacía referencia a un avalúo administrativo especial —diferente al avalúo catastral—, pero en el proceso de elaboración de la ley 388 esa mezcla entre negociación entre actores, movilización de intereses, desinformación o falta de claridad que suele estar

presente en los procesos de producción normativa, llevó a incluir la curiosa expresión de precio igual valor comercial. Esta inclusión fue justificada en la necesidad de dar garantías de restitución al propietario y de reducir las resistencias ante la expropiación, lo que lleva, en muchos casos, a que la adquisición de suelo por parte de las entidades públicas forme parte de la lógica especulativa o de anticipación con la que actúan la mayoría de los agentes inmobiliarios y se convierta en un actor determinante del círculo vicioso de elevación de los precios del suelo. Con respecto al espacio edificado, no hay mayor dificultad, pero sí en relación con el suelo y una de sus condiciones fundamentales, en especial en el plano urbano: la localización. La segunda es más pragmática: los precios de suelo relativamente altos ayudan a evitar conflictos y dilaciones. Esta es una actitud común en las empresas encargadas de obras viales y de infraestructuras de servicios públicos que, por lo general, requieren de franjas de terreno no muy amplias, son financieramente fuertes y forman parte importante de la agenda política de los alcaldes. Como en ocasiones, además, cuentan con financiamiento internacional, hay mucha presión para la pronta realización de las obras. El corolario, dudoso, es un poder público garantista y eficiente que termina atrapado en el pago de indemnizaciones altas que van a dificultar cada vez más la ejecución de las obras públicas, y que reconoce indemnizaciones de manera diferenciada, que resultan excesivas en algunos casos, pero también insuficientes para la población de bajos ingresos afectada por estas obras, como se verá más adelante.

Para aumentar la confusión con respecto a lo que se entiende por precio comercial, la ley establece una serie de condiciones, por no decir limitaciones, para establecer el valor comercial, no del todo comprendidas ni aceptadas por valuadores, representantes de las empresas públicas expropiantes y, menos aún, los propietarios y en general la opinión pública.

En primer lugar, el decreto nacional reglamentario de la práctica de avalúos (núm. 1420 de 1998) recoge la definición

de valor comercial que habitualmente utilizan las organizaciones internacionales de valuadores: es “el precio más probable por el cual éste se transaría en un mercado donde el comprador y el vendedor actuarían libremente, con el conocimiento de las condiciones físicas y jurídicas que afectan el bien”. La consecuencia inmediata de esta definición, al menos en el caso colombiano, es que no es posible incluir simples expectativas, a pesar que, para quienes realizan profesionalmente las valuaciones, las expectativas forman parte esencial del precio de los bienes inmobiliarios.

Las normas nacionales incluyen dos condiciones importantes que relativizan, si es que no desdibujan significativamente la categoría de precio o valor comercial.

1) El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir, y en particular con su destino económico o uso.

2) Al valor comercial al que se refiere el presente artículo, se le descontará el monto correspondiente a la plusvalía o mayor valor generado por el anuncio del proyecto u obra que constituye el motivo de utilidad pública para la adquisición, salvo el caso en que el propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización, según sea del caso.

Con respecto a la primera el decreto reglamentario ya mencionado añade algunas condiciones más: en el caso de los terrenos, que es donde se presentan las mayores dificultades para determinar los precios y para despojarlos de simples expectativas, se deben tener en cuenta aspectos físicos tales como área, ubicación, topografía y forma; las normas urbanísticas vigentes, el tipo de construcciones en la zona y sobre todo la dotación de redes primarias, secundarias, y acometidas de servicios públicos domiciliarios, así como la infraestructura vial y el servicio de transporte. Es decir que no sólo se tiene en cuenta la norma (que se puede interpretar como la asignación de valor por parte de la administración, que es la que adopta las normas urbanísticas),

sino las condiciones reales de los inmuebles, particularmente sus usos y los de su entorno y la provisión de infraestructura.

Para los terrenos rurales, además de las características indicadas, se tienen en cuenta las condiciones agrológicas del suelo, el agua, los cultivos existentes y la productividad del cultivo, asociada a las condiciones climáticas donde se encuentre localizado.

Gracias a estas disposiciones ha ocurrido uno de los principales cambios hasta ahora producidos en el país en materia de realización de avalúos. La clase de suelo, definida como expansión urbana,⁴ ha dejado de ser evaluada de acuerdo con las posibilidades de urbanización sino de acuerdo con sus usos agrícolas. Es apenas lógico, porque este tipo de suelo se define legalmente como aquel que se habilitará para el uso urbano durante la vigencia del plan de ordenamiento, que es determinado de acuerdo con las previsiones de crecimiento de la ciudad y con las posibilidades de dotación con infraestructura para el sistema vial, de transporte de servicios públicos domiciliarios, áreas libres, y parques y equipamiento colectivo de interés público o social. Es decir que desde el punto de vista jurídico, la conversión en urbanos es apenas una posibilidad, sujeta a una serie de condiciones. Aun así, llegar a los avalúos según usos agrícolas ha sido objeto de fuertes debates.

La otra condición es de mayor peso aún, porque permite descontar del valor comercial los incrementos efectivos o las expectativas producidas por obras o proyectos públicos que justifican la expropiación. Tuvo un antecedente todavía más fuerte en la ley 9ª de 1989 que fue matizado cuando comenzó a dominar la idea de la conveniencia del valor comercial.

⁴ En la ley 388 de 1997 se utiliza la categoría de la clasificación del suelo, tomada del derecho español. Existen tres clases de suelo principales: urbano, rural y expansión urbana, suburbano como una clase dentro del suelo rural y protección que puede estar incluido en cualquiera de las otras. Esta clasificación es la base para establecer el régimen urbanístico —de derechos y obligaciones— de la propiedad del suelo

La adopción de este mecanismo en la ley 9ª respondía a la preocupación de evitar que la expropiación se volviera una fuente injusta de ganancia o enriquecimiento para el propietario que si bien sufre una carga particular por efecto de la decisión de las autoridades públicas de suprimir el derecho de dominio, su compensación debe ser equilibrada con los intereses de la colectividad.

El artículo 18 de ley 9 de 1989 establecía:

Con el objeto de evitar un enriquecimiento sin causa, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones no tendrá en cuenta, al hacer los avalúos administrativos especiales de que trata la presente ley, aquellas acciones o intenciones manifiestas y recientes del Estado que sean susceptibles de producir una valorización evidente de los bienes evaluados, tales como:

1. La adquisición previa por parte de la entidad adquirente, dentro de los cinco (5) años, de otro inmueble en la misma área de influencia.

2. Los proyectos anunciados, las obras en ejecución o ejecutadas en los cinco años (5) anteriores por la entidad adquirente o por cualquier otra entidad pública en el mismo sector, salvo el caso en que el propietario haya pagado o esté pagando la contribución de valorización respectiva.

3. El simple anuncio del proyecto de la entidad adquirente de comprar inmuebles en determinado sector, efectuado dentro de los cinco (5) años anteriores.

4. Los cambios de uso, densidad y altura efectuados por el Plan Integral de Desarrollo, si existiere, dentro de los tres (3) años anteriores a la orden de compra, siempre y cuando el propietario haya sido la misma persona durante dicho período o, habiéndolo enajenado, haya readquirido el inmueble para la fecha del avalúo administrativo especial.

Se trata de evitar que sea la misma acción del Estado la encargada de elevar los precios y que los proyectos urbanísticos públicos en los que sea necesario adquirir suelos se encarez-

can por la anticipación en la captación de unos incrementos de valor que, en la realidad, sólo se concretarán una vez realizado el proyecto en su integridad. Esta disposición fue ajustada en la ley 388 de 1997, al texto contenido en el párrafo 1º del artículo 61º ya señalado.

La Corte Suprema de Justicia estudió la constitucionalidad del artículo 18 de la ley 9 de 1989 antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, cuando si bien estaba consagrada la función social de la propiedad, no se incluía la fórmula que obliga a considerar los intereses del propietario afectado y de la comunidad en la determinación de la indemnización ni el derecho de la colectividad a participar en las plusvalías derivadas de su acción urbanística. Mediante sentencia de septiembre 14 de 1989 (Magistrado Ponente, Jaime Sanín Greiffestein), la Corte Suprema de Justicia aclaró el objeto y finalidad del mecanismo que aquí se analiza y declaró su constitucionalidad con base en los siguientes argumentos:

[...] Estima el actor que esta norma es inconstitucional por ordenar que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones no tenga en cuenta las acciones o intenciones del Estado que allí se enumeran para efectos del avalúo de los bienes que se van a expropiar, por oposición con el artículo 30 de la Carta.

La norma impugnada, al señalar, a manera de ejemplo, las acciones o intenciones manifiestas y recientes del Estado que pudiendo ser susceptibles de producir valorización no deben ser tenidas en cuenta en el avalúo respectivo, determinó la finalidad de dicha prohibición: evitar un enriquecimiento sin causa. Significa lo anterior, a “contrario sensu” que si el incremento de valor es justificado, debe quedar fijado en la pericia respectiva.

[...]

Son objeto de exclusión también las “intenciones manifiestas y recientes del Estado”; tales como la enunciación de proyectos (No. 2º) o el simple anuncio de proyectar compras en un sector determinado (No. 3º), lo cual no puede ser causa legítima de un incremento patrimonial, pues ello conduciría a que habidosos

manejos publicitarios fuese determinantes de tales incrementos individuales con inequívoco detrimento del patrimonio público. La propiedad privada que protege el artículo 30 constitucional es la legítimamente adquirida, y lo habilitoso o fraudulento no es ciertamente legítimo ni justo.

[...]

Pretender fundar un perjuicio en la parte de consideración valorativa de una obra estatal o en una simple intención manifiesta de éste que realmente no justifique dicho mayor valor, es hacer de la expropiación una fuente injusta de ganancia, y ello no encuadra en la preceptiva del artículo 30 de la Constitución Nacional.

Para la Corte, ni el anuncio de proyectos u obras públicas, ni la realización efectiva de los mismos, pueden ser fuente legítima de enriquecimiento de los propietarios de suelo. Como se puede observar, más que fundamentos constitucionales, la Corte recurrió al principio civilista del enriquecimiento sin causa, y aclaró que la propiedad que se protege constitucionalmente es la legítimamente adquirida, y no se adquieren legítimamente incrementos de valor por la acción del Estado, sino por la inversión o esfuerzo privados. Por tal motivo, reconocer estos incrementos de valor provenientes de la acción estatal implica un detrimento patrimonial del mismo Estado.

Este asunto remite a un problema habitual en el campo del derecho urbanístico: ¿cuándo estamos ante derechos adquiridos en materia urbanística? o, en otras palabras, cuándo se entiende que ha ingresado al patrimonio de un propietario inmobiliario el precio del suelo que depende de su localización, de las normas de uso y edificabilidad o de la infraestructura disponible, es decir, de acciones externas al propietario?

Este mecanismo, establecido por el legislador como una condición que debe ser observada por los distintos actores que intervienen en el proceso de expropiación, se ha ido convirtiendo en una especie de instrumento independiente, utilizado en varias ciudades, llamado coloquialmente anuncio del pro-

yecto. Mediante un decreto o resolución de la administración municipal se anuncia una obra o proyecto, se identifica la zona donde están localizados los terrenos que será necesario adquirir, y se ordena la realización de avalúos para zonas geoeconómicas homogéneas. Estos avalúos son revisados, discutidos y aceptados u objetados por la entidad que luego va a expropiar y luego publicados. Con ellos se obtienen varios resultados:

1) Contar con un mecanismo de publicidad de esa condición o determinación legalmente establecida de descuento del incremento en los precios del suelo. Pero más allá, tener un regulador de los precios basado en la información, que puede beneficiar incluso a los particulares, y que sirve de control para el pago de indemnizaciones, con recursos públicos, que superen incluso los precios comerciales.

2) Contar con una prueba anticipada sobre los precios que permiten establecer que a partir de ese momento los incrementos corresponden a acciones de la colectividad.

Como ya se ha reiterado, obviamente la tarea del evaluador —y del funcionario público que debe revisar, aceptar u objetar los avalúos— no es sencilla, sobre todo en los inmuebles edificados ubicados en suelo urbano. Debe establecer lo que ya forma parte del patrimonio del propietario, y separar lo que son simples expectativas derivadas de una actuación estatal.

Todo este andamiaje aparentemente sólido se hace difícil cuando se trata de expropiaciones por motivos de interés general y no de utilidad pública.⁵ ¿Se puede válidamente despojar de

⁵ Los motivos de utilidad pública implican la adquisición pública de suelo que va a tener la condición de suelo de uso público, como las vías o los parques y otras áreas libres, verdes o recreativas. En el caso de interés social la adquisición del suelo se dirige a cumplir otras finalidades, que por lo general implican que el suelo pasa a ser de propiedad fiscal o a soportar actividades de desarrollo urbano y edificación, como la adquisición o expropiación para desarrollar programas de vivienda social, constituir reservas de suelo para el crecimiento de las ciudades o un motivo de interés social bastante problemático por sus implicaciones sociales, como es la renovación urbana.

expectativas a los propietarios en el caso de proyectos inmobiliarios, así sean de iniciativa pública, en muchos casos propietarios de vivienda en zonas consolidadas de la ciudad? La regla general entra en cuestión.

Existen algunas disposiciones para los casos de renovación urbana) y de reajuste de terrenos o gestión asociada (que son motivos de interés social para expropiar). En esos casos los propietarios tienen derecho a participar como socios de los respectivos proyectos y, por tanto, beneficiarse, en proporción a sus aportes a la gestión asociada, de los incrementos en los precios, una vez deducidas las cargas o costos del proyecto, de conformidad con el régimen legal y las normas de cada plan de ordenamiento territorial.

*Fortalezas, tensiones y dificultades
en la aplicación de la expropiación*

Tal como se indicó al inicio de este artículo, se puede afirmar que en Colombia la expropiación es practicada y aceptada sin mayores resistencias ni dificultades. Las transformaciones urbanas de la su capital, Bogotá, conocidas en el nivel internacional, pasan por la utilización extensiva de la expropiación para la construcción de vías —entre la cuales se encuentran las troncales del sistema de transporte masivo “Transmilenio” y la malla vial arterial—, para la generación de suelo urbanizado destinado a programas de vivienda de interés social y para la construcción de equipamientos sociales de diversa índole.

Si volvemos a la clasificación propuesta por Azuela y Herrera (2009) sobre las situaciones respecto de la relación entre fortaleza estatal y utilización de la expropiación, el caso colombiano, y más concretamente el de Bogotá, pareciera no adecuarse en ninguna de la hipótesis planteadas dado que, como se mencionó, sin ser necesariamente un estado fuerte en los términos del planteamiento de este autor y, sobre todo, estar enfrentado a un

conflicto armado de muchos años con múltiples actores y a una fuerte difusión de la violencia en la sociedad, la expropiación ha sido utilizada de manera intensa en la ciudad en los últimos años. Esta utilización guarda relación con el fortalecimiento fiscal del municipio y con la expansión de obras públicas por ella facilitada, también con la irrupción de alcaldes surgidos de movimientos coyunturales o fuera de los partidos tradicionales, con una mezcla de tecnocracia e innovación y, sobre todo, de respeto por lo público, que han posibilitado la realización, con éxito, de grandes obras municipales.

El proceso, evidentemente, no ha estado exento de tensiones. Varias preguntas están presentes: ¿a quién debe favorecer el control de los precios de indemnización y la movilización de plusvalías?, ¿el derecho a la vivienda —como espacio privado localizado en un entorno urbano— irrumpe como un factor de modificación o alteración en el balance de intereses colectivos e individuales y una recomposición de los principios a los que se hizo referencia en el inicio de este texto? Estas y otras preguntas formuladas previamente serán respondidas con un análisis sobre las expropiaciones realizadas por el banco de tierras de la ciudad de Bogotá, denominado Metrovivienda y con una aproximación a lo que parece ser un punto de quiebre, la expropiación para renovación urbana y en favor de terceros. En Bogotá se constituyó en 1998 un banco de tierras, denominado Metrovivienda, organizado como una empresa industrial y comercial del Distrito de Bogotá, empresa dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, cuyos aportes iniciales provinieron de la capitalización de la Empresa de Energía y a partir de ahí del presupuesto distrital.

Su objeto era promover la oferta masiva de suelo urbano para facilitar la ejecución de proyectos integrales de vivienda de interés social; desarrollar las funciones propias de los bancos de tierras o bancos inmobiliarios, respecto de inmuebles destinados en particular para la ejecución de proyectos urbanísticos que contemplaran la provisión de vivienda de

interés social prioritaria; promover la organización comunitaria de familias de bajos ingresos para facilitar su acceso al suelo destinado a la vivienda de interés social prioritaria.

También se previó que Metrovivienda diseñaría unidades de actuación urbanística y utilizaría los mecanismos de reajuste de tierras; podría adquirir inmuebles, contratar las obras de infraestructura necesarias para el desarrollo de vivienda de interés social (VIS); canalizar los recursos del Subsidio Familiar de Vivienda (SFV); participar en sociedades o asociaciones, celebrar convenios para la venta de terrenos destinados a vivienda para familias con ingresos inferiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLVM),⁶ y velar por el cumplimiento de las normas urbanísticas, entre otras.

Entre su creación y 2007 trabajó en dos modalidades: proyectos de ejecución directa, consistentes en la adquisición de suelo para luego urbanizarlo y venderlo en lotes de mínimo una hectárea a constructores privados u organizaciones populares de vivienda para que adelantaran la construcción de viviendas con precio inferior a 70 salarios mínimos mensuales legales (Ciudadela El Recreo y Ciudadela El Porvenir); y Proyectos de asociación con propietarios de terrenos, donde ellos aportaban la tierra y Metrovivienda los recursos necesarios para su urbanización. No obstante, Metrovivienda realizó un pago inicial por un valor cercano a 30% del avalúo total del terreno, lo cual constituye su aporte inicial al negocio fiduciario. En la estructuración financiera del negocio, Metrovivienda quedaba obligado al pago del precio previamente determinado, independientemente del desarrollo del proyecto. Un tercer tipo de proyectos fue iniciado recientemente, en el cual la escala de actuación se aumenta. Metrovivienda impulsa la formulación de planes parciales y la ejecución de proyectos por etapas, aplica controles directos a los precios del suelo desde el inicio de la

⁶ El Salario Mínimo Legal Vigente Mensual, que para el 2007 era de 433 700 pesos (205 dólares).

operación, a través del instrumento ya descrito del anuncio del proyecto y la aprobación previa de un tributo denominado participación en plusvalía y las técnicas de distribución equitativa de cargas y beneficios. El planteamiento es que Metrovivienda invita a los propietarios de suelo a vincularse voluntariamente al proyecto y obtener como remuneración un precio derivado de dicho reparto equitativo, y solo en caso de oposición se inicia la expropiación, en lo posible por vía administrativa.

El resumen de los proyectos es el siguiente.

Los dos primeros proyectos fueron los que sirvieron de base para hacer un análisis detallado del balance entre enajenación voluntaria o acuerdo previo y uso de la expropiación por vía judicial o administrativa y responder las preguntas sobre las diferencias en las indemnizaciones.

Los siguientes son los datos promedio de adquisición de suelo en tres de los proyectos, ya que Campoverde ha enfrentado múltiples dificultades en la etapa de formulación del plan parcial.

De entrada este cuadro da cuenta de una participación alta de la adquisición del suelo en la estructura financiera de los proyectos, y los precios no son bajos si se tiene en cuenta que se trataba de terrenos periféricos no urbanizados. En el caso de El Porvenir, hay que tener en cuenta que se expropiaron 28 hectáreas donde existía un asentamiento de origen informal en proceso de consolidación. No solo resulta extraño que una entidad pública adquiriera terrenos de un barrio popular en proceso para hacer vivienda de interés social, sino que es un factor de elevación de los precios por el loteo ya existente (en Colombia los loteadores piratas comercializan por lo general lotes de 72 m²) sino de mejoras construidas por las familias.

Para los proyectos El Recreo y El Porvenir se adquirieron, como ya se indicó, 115 y 132 hectáreas, respectivamente. En el caso del proyecto El Recreo, la totalidad de los terrenos fue adquirida en la etapa de arreglo previo. Para El Porvenir, 15 hectáreas, 11% del total del área del proyecto fueron adquiridas

CUADRO 1

<i>Nombre y tipo de gestión</i>	<i>Núm. de hectáreas y lotes</i>	<i>Condiciones de localización</i>
Ciudadela El Recreo, ejecución directa, adquisición de los terrenos	115 10 terrenos	Localidad de Bosa. A pesar de ser un suelo rústico, estaba localizado en suelo clasificado como urbano y no requería plan parcial.
Ciudadela El Porvenir, ejecución directa, adquisición directa de los terrenos	132 114 lotes	Localidad de Bosa. Suelo de expansión urbana
Ciudadela Nuevo Usme, asociativo	65 2 terrenos	Localidad de Usme
Ciudadela Campo Verde, asociativo	84.5 1 terreno	Localidad de Bosa. Suelo de expansión urbana
Proyecto Usme-ciudad futura, promoción pública basada en la gestión asociada	850 hectáreas porque se asume la planeación y la promoción de todo el suelo de expansión	Localidad de Usme. Suelo de expansión urbana

CUADRO 2
DATOS DE PRECIOS DE ADQUISICIÓN DEL SUELO

<i>Proyecto</i>	<i>Valor total compra. Pesos colombianos</i>	<i>Valor por m² Pesos colombianos</i>	<i>% precio del suelo sobre la inversión total (costos infraestructura más compra de predios)</i>	<i>Valor en dólares</i>
Ciudadela El Recreo	37 158 529 306	32 241	36%	16
Ciudadela El Porvenir	49 926 360 000	37 823	52%	18.91
Ciudadela Nuevo Usme	12 695 150 000	19 531	35%	9.76
Total	92 324 210 000			
Promedio		29 515	43%	14.75

mediante expropiación por vía judicial y el resto en la etapa de arreglo previo.

Los precios reconocidos en las compras del proyecto El Recreo, como ya se indicó fueron en promedio de 16 dólares/m².

Lo más relevante son las diferencias significativas del precio reconocido por metro cuadrado, que van desde dos hasta 21 dólares por metro cuadrado.

En el caso del proyecto El Porvenir, dado el número de predios adquiridos, algunos datos se señalan en un anexo. Pero la situación es similar, con algunos matices, dada la presencia, como ya se indicó, de un barrio de origen informal en proceso de consolidación a cuyos propietarios y residentes se les pagaron precios relativamente bajos, sobre todo en comparación con los pagos realizados a los dueños de terrenos no edificados.

Este proyecto muestra que los altos pagos ordenados por los jueces civiles existen, pero no son la generalidad ni implican los desfases que se presentan, por ejemplo, en Ecuador, de acuerdo con la información sobre los fallos de los jueces en ese país, que aparece en otros artículos de este libro.

De acuerdo con información suministrada por el gerente de Metrovivienda en respuesta a una solicitud de información sobre el tema, esta entidad una vez iniciados los procesos judiciales continúa gestionando acuerdos con los expropiados, en los que logra pagar los avalúos comerciales realizados para iniciar la oferta para el trámite de enajenación voluntaria. En parte esto tiene que ver con que en ocasiones es forzoso recurrir al juez cuando la propiedad no está saneada, como ocurre en los barrios de origen informal.

Las explicaciones respecto de los incrementos que se presentan en la etapa judicial son: los jueces contemplan el daño emergente y el lucro cesante, que si bien lo ordena la ley, puede llevar a que se decreten lucros cesantes no necesariamente demostrados. No obstante, es de suponer ligereza a este nivel, porque en cuanto al suelo sin edificar, en la mayoría del adquirido por Metrovivienda, no habría lugar a lucro cesante, salvo terrenos

CUADRO 3

Número	Nombre del predio	Área (en m ²)	Valor pesos	Valor m ² pesos	Valor m ² dólares
01/13/2001	La Victoria	214 526	4 569 841 406	21 302	11
01/10/2001	La Travesía	647	5 774 406	8 930	4
01/10/2002	Santa Marta	15 674	404 335 350	25 797	13
01/10/2003	Capri	18 555	504 179 465	27 172	14
01/10/2004	El Camino	1 428	15 777 562	11 045	6
01/10/2005	Santa Isabel	6 373	149 767 615	23 500	12
01/06/2001	El Recreo	146 216	1 159 776 764	7 932	4
01/01/2001	Ciudad Colón	109 467	2 189 335 200	20 000	10
01/07/2001	Globo 3	3 547	16 513 287	4 655	2
01/09/2001	Globo 4	3 030	33 463 147	11 045	6
01/14/2001	Santa Ana	25 600	594 353 700	23 217	12
01/05/2001	Globo 2	6 756	28 375 914	4 200	2
01/12/2001	El Nogal	26 237	627 008 275	23 897	12
01/03/2001	Lugano	233 513	2 013 937 763	8 625	4
01/04/2001	La Bomba	269	5 745 012	21 368	11
01/08/2001	Sin	65 676	448 567 080	6 830	3
01/02/2001	San Jorge	267 738	5 666 868 107	21 166	11
01/15/2001	La Escuadra	7 282	145 644 600	20 000	10
Total área		1 152 534 .05	18 579 264 653.00	16 120 361	8

Fuente: Información suministrada por Metrovivienda

donde se demostrara producción agropecuaria. En otros casos los avalúos solicitados por la administración son actualizados de acuerdo con el índice de precios al consumidor por el periodo transcurrido entre el inicio del trámite previo de negociación y el pago luego de la sentencia judicial. En otros casos, los jueces reconocen mejoras que, de acuerdo con las normas nacionales sobre avalúos, no puede reconocer el evaluador por que no cuentan con la respectiva licencia de construcción.

Pero también considera como factor explicativo la “[...] poca rigurosidad en cuanto a la técnica de valuación de los peritos auxiliares de la justicia a los que se encarga su práctica y por ende surgen diferencias sustanciales en cuanto al valor de uno u otro avalúo [...]”, de acuerdo con la respuesta a derecho de petición suscrita por el gerente de Metrovivienda el 11 de octubre de 2010.

La revisión detallada que fue posible realizar con base en la información suministrada por Metrovivienda, si bien no reduce la percepción de fortaleza de la expropiación sí muestra una presencia fuerte de los arreglos previos y la tendencia a reconocer precios más altos que los de mercado y, en la primera etapa de Metrovivienda, debilidad para adelantar acciones más decididas con el objeto de controlar los precios.

El proyecto Operación Usme, recientemente denominado Usme-Ciudad Futura, plantea un punto de quiebre al asumir una aplicación integrada de los instrumentos que la ley 388 ha puesto a disposición de los gobiernos municipales, incluyendo la utilización de la expropiación por vía administrativa.

A continuación presentamos el resumen de expropiaciones por vía administrativa dentro del ámbito de la Unidad de Gestión 1 del Plan Parcial “Tres Quebradas” (Decreto Distrital 438 de 2009), uno de los cuatro planes parciales de la Operación Estratégica Nuevo Usme-Eje de Integración Llanos (Decreto Distrital 252 de 2007).

Para llegar a esta expropiación y a estos precios operó en primer lugar el anuncio del proyecto realizado desde 2003 más los avalúos de referencia y una gestión a lo largo de varios años dirigida a que el conjunto de entidades distritales reconocieran el cambio en el enfoque respecto de los criterios para valorar los terrenos clasificados como de expansión urbana. Luego, de acuerdo con la información suministrada por Metrovivienda los representantes de la entidad dieron

CUADRO 4

<i>Predio</i>	<i>Ubicación</i>	<i>Área expropiada (m²)</i>	<i>Valor pagado en pesos</i>	<i>Valor por m² en dólares</i>	<i>Finalidad</i>
Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	82 891.62	394 348 757	2	Construir interceptor de la quebrada Fucha y un tramo de la Avenida Usminia.
Lote B Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	4 023.53	10 058 825	1	Construir interceptor de la quebrada Piojo.
Lote A Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	26 582.33	106 041 428	2	Construir interceptor de la quebrada Piojo y un tramo de la Avenida Usminia.
Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	412 735.08	3 058 366 943	4	Construir malla vial arterial, intermedia y local y sistema de espacio público y de equipamiento urbano.
Lote B Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	22 723.19	162 470 808.50	4	Obras de infraestructura; malla vial arterial, intermedia y local; sistema de espacio público y sistema de equipamientos urbanos.
Lote A Antigua Hacienda Sta. Helena	Vereda El Uval	104 205.04	765 907 044	4	Obras de infraestructura; malla vial arterial, intermedia y local; sistema de espacio público y sistema de equipamientos urbanos.

[...] inicio a los trámites tendientes a la gestión asociada para efectos de desarrollar la referida primera unidad de gestión prevista en el Plan parcial. Así, procedió a informar a los, en ese momento, propietarios de los suelos que la componen, no solo a través de los procedimientos formales establecidos para el efecto,⁷

⁷ Esto es, comunicaciones oficiales de solicitud de gestión asociada, donde se les explicaba en detalle los objetivos del proyecto, el valor de los suelos, las maneras en que podrían asociarse, los potencia-

sino a partir de múltiples reuniones en las que se les explicaron de forma suficiente los términos y condiciones de una asociación para el desarrollo de la unidad de gestión.

Las anteriores actuaciones se tornaron infructuosas por no existir voluntad de los propietarios de suelos, y previa la adopción de la declaratoria de motivos de utilidad pública y de condiciones de urgencia se inició el trámite de la enajenación voluntaria. Una vez presentadas las ofertas de compra, ante la inexistencia de voluntad por parte de los propietarios del suelo que componían la Unidad de Gestión 1 del Plan Parcial “Tres Quebradas” para enajenar voluntariamente y en cumplimiento de los procedimientos establecidos para el efecto, se expidieron las resoluciones de expropiación.

En la zona donde se localiza esta operación hay por lo menos cuatro tipos de propietarios: un loteador pirata que posee una extensión significativa de terrenos, dos bancos que han recibido en pago de parte de dicho loteador, propietarios ausentes que están a la espera del proceso de urbanización del sector y, en pequeña proporción, campesinos que explotan la tierra directamente como propietarios o como arrendadores.

Los primeros terrenos expropiados pertenecían al loteador pirata y a alguno de los bancos. Su reacción ante la actuación de la administración, y particularmente ante el control de los precios ha sido la de recurrir a todo tipo de procedimientos y subterfugios para oponerse a la expropiación, algunos incluso con actos de corrupción. Con una condición social y algunas diferencias en las formas, la situación es similar a la del caso del Country Club, cuando el alcalde Peñalosa decidió expropiar la cancha de polo de uno de los clubes emblemáticos de la burguesía bogotana, con una excelente localización en la mitad

los rendimientos económicos (representados en aprovechamientos) el tiempo de duración del proyecto, los momentos de retorno de su inversión (representada en el suelo que potencialmente podían aportar al proyecto) y las demás especificaciones de la operación.

de la ciudad, con el fin de extender una vía vital para mejorar la circulación de una zona de altos ingresos y para construir un gran parque, dado que el espacio público es una de las obsesiones del alcalde. El quid de la cuestión no era la expropiación solamente, aunque su impacto simbólico era muy relevante, sino la aplicación de las normas sobre indemnización que han sido analizadas que implicaba que el terreno solo podría ser avaluado por el uso actual, un que es el de un club privado. Hoy, casi diez años después de haber sido decretada la expropiación y unos cuatro de haber sido entregado el inmueble a la entidad encargada de la construcción y manejo de los parques, una intrincada trama de procesos o de dilación de procesos ante la jurisdicción civil y la administrativa, activados por algunos de los más hábiles abogados en temas urbanos han mantenido la incertidumbre sobre la fijación final de la indemnización con un riesgo no necesariamente lejano de que resulte muy alta, aún por encima de las normas legales. Algo similar sucede con las expropiaciones practicadas al loteador pirata, probablemente con procedimientos un tanto más rudos.

La otra cara de la moneda son los campesinos que aún habitan la zona, afectados no solamente por la inminente pérdida de su arraigo territorial, sino también por la reducción de sus expectativas ante lo que podrían percibir por la venta de sus terrenos. Sin demeritar la importancia de su reivindicación social, que implicó que un alcalde congelara la operación durante cuatro años (2004-2007), eludiendo tomar una decisión de fondo, es pertinente la pregunta, por provocadora que resulte, acerca de si precios más altos no reducirían la resistencia a abandonar su territorio. Aunque hay quienes piensan que el arraigo al terruño forma parte de los intangibles que deben reconocerse como compensación en los casos de expropiación. Aunque no se puede desarrollar el argumento en este artículo, mi posición al respecto es que la indemnización sólo debe restituir el patrimonio perdido o permitir restituirlo. Cualquier otro pago, legítimo y pertinente cuando se trata de población vulnerable,

debe ser reconocido y calculado por fuera de la expropiación, como un programa social complementario, pero sin que las buenas intenciones de protección de derechos sociales contaminen los montos de indemnización y contribuyan a mantener y justificar los efectos del mercado de suelo y sus resultados de inequidad y exclusión.

No obstante, esta resistencia a la expropiación es parte de un problema general de los procesos urbanos, y es el de la expulsión de población de bajos ingresos para proyectos de desarrollo.

Esta dimensión del problema remite al punto con el que cierra este artículo: ¿el objetivo, razonable, de despojar de expectativas los precios de los terrenos declarados como urbanizables y de vincular a los propietarios de suelo al financiamiento de los costos de urbanización encuentra sus límites en las también expectativas —¿legítimas?— de grupos sociales empobrecidos o vulnerables, de participar en los beneficios monetarios del desarrollo urbano que transforma los territorios que ocupan? Una de las respuestas está en el principio y las técnicas de distribución equitativa de cargas y beneficios, particularmente procedentes en los proyectos de redesarrollo o renovación urbanas.

PARA CERRAR: ¿LA EXPROPIACIÓN CON FINES DE RENOVACIÓN URBANA PLANTEA UN PUNTO DE RUPTURA?

La expropiación para proyectos de renovación urbana parte de un problema legal que hasta el momento no ha sido llevado a instancias judiciales. La ley determina que la renovación urbana a secas, sin calificativo social alguno —la que casi por regla general se acompaña de procesos de gentrificación—, constituye una causal de interés social y, por tanto, independientemente del tipo de residente, propietario, tejido social de las zonas destinadas a tal fin, procede la expropiación. Por tanto, normalmente los proyectos de esta naturaleza implican un choque con los propietarios y un gran desafío para la

acción pública urbana. Esta tensión se agudiza, además, por la previsión complementaria de la expropiación en favor de terceros.

Esta es otra situación que pone en jaque la aparente fortaleza de la expropiación. ¿Son de interés general los procesos de renovación urbana? Algunos argumentan que con ellos se evita la expansión indiscriminada de los centros urbanos y se recuperan zonas deterioradas amenazadas por la inseguridad, dominadas por actividades urbanas indeseables o tomadas por mafias de todo tipo. No es extraño el proceso de estigmatización previa de las zonas desde que se proyecta una intervención de este tipo, estigmatización en ocasiones razonada, en otras moralista, en otras más en una confusión de la necesidad de acciones policiales con gestión urbana o, en otras, descalificadora de la ocupación por parte de los grupos populares y sus actividades económicas de zonas bien localizadas. Una cosa es la sustitución de usos no residenciales que entran en declive, como la industria, y otra la sustitución de tejidos sociales.

En el momento de escribir este artículo el temor empieza a hacerse presente en la agenda de Bogotá. Comunidades barriales que se sienten amenazadas por proyectos inmobiliarios en un diálogo incierto con una planeación que ha ido perdiendo, o que nunca se apropió, del sentido social que anunciaba la reforma urbana, y que conserva un corte entre tecnocrático y burocrático pero, en todo caso, funcional a los intereses inmobiliarios. Hasta ahora, una zona que según el gobierno distrital estaba tomada por las peores mafias fue arrasada y sustituida por un parque y se han ejecutado otros pequeños proyectos de unas cuantas manzanas en zonas relativamente vacías. Pero entre tanto, la conjunción entre sistemas de transporte masivo y renovación, o el diseño de proyectos privados basados en una verticalización y la gentrificación fuertes cuentan con el gran atractivo de la expropiación con una indemnización de acuerdo con los usos anteriores al proyecto y en favor de terceros. Por lo menos eso es lo que permite pensar la literalidad de la ley. Las

propuestas de proyectos surgidas de manera aislada de algunos grupos organizados con una visión diferente de la revitalización urbana son desestimadas.

El desarrollo de la situación es incierto y dependerá de actores políticos concretos: los alcaldes y concejales futuros, los directores de planeación o de renovación urbana, los líderes barriales y su capacidad de comprender las distintas aristas de los procesos urbanos o, quizá, también de los jueces. Lo que ocurra al respecto constituirá un laboratorio para continuar entendiendo y desentrañando las ambigüedades de la expropiación pero, sobre todo, del derecho de propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuela, Antonio y Carlos Herrera. 2009. "Taking land around the world". En S.V. Lall, M. Freire, B. Yuen, R. Rajack y J. J. Heluin (coords.). *Urban Land Markets. Improving Land Management for Successful Urbanization*. Washington: Springer.
- Azuela, Antonio. 2009. "The Use of Eminent Domain in Sao Paulo, Bogotá and Mexico City". En Gregory K. Ingram, y Yu-Hung Hong (coords.). *Property Rights and Land Policies*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.

ANEXO 1

PREDIOS ADQUIRIDOS POR EXPROPIACIÓN JUDICIAL. CIUDADELA EL PORVENIR

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
105210064-000000	110.29	1 400 683.00	Proceso terminado por transacción	1 400 683	Se suscribió transacción y se pago avalúo de la oferta de compra
105314089-000000	412.78	5 366 140.00	21 533 246	21 533 246	Sim observación
105222036-020000	508.71	10 725 760.00	No se ha realizado		En trámite de negociación voluntaria
105222036-000000	1107.12	69 334 731.00	No se ha realizado		En trámite de negociación voluntaria
105314049-000000	1359.61	39 211 152.00	74 340 000	74 340 000	Sim observación
105314045-000000	1362.03	39 280 945.00	73 036 413.73	73 036 413.73	Sim observación
105314051-000000	1364.43	39 350 161.00	76 549 323	76 549 323	Sim observación
105314050-000000	1369.02	39 482 537.00	81 898 751	81 898 751	Sim observación
105314048-000000	1369.42	49 137 413.00	105 645 827	105 645 827	Sim observación
105314041-000000	2349.11	36 528 661.00	105 314 041	105 314 041	Sim observación
105210076A-000000	4547.91	161 739 383.00	654 734 000	654 734 000	Sim observación
105314039-000000	12094.01	223 739 185.00	806 000 000	806 000 000	Sim observación
105314062-000000	12774.61	153 295 320.00	479 773 069	479 773 069	Sim observación
105222004-000000	12975.58	340 789 898.00	659 801 699	659 801 699	Sim observación

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
105210076-000000	17910 .29	546 639 791.00	1 046 412 443	No se ha pagado	El juez no ha ordenado la entrega del predio a Metrovivienda
105314040-000000	17929 .54	344 103 732.00	678 996 480	No se ha pagado	En trámite el registro de la sentencia
105314033-000000	21046 .07	481 135 461.00	1 646 305 233	1 646 305 233	Sin observación
105314060-000000	30793 .18	402 494 060.00	1 124 192 850	1 124 192 850	Sin observación
03-25-26	72	7 200 000.00	No se realizó por negociación directa	7 200 000 .00	Se suscribió transacción y se pagó avalúo de la oferta de compra
03-40-37	72	8 640 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000 .00	Se suscribió transacción y se pagó avalúo de la oferta de compra
20531402-004	72	5 040 000.00	7 012 206	7 012 206	Sin observación
20531403-002	72	5 393 920.00	No se realizó por negociación directa	5 393 920 .00	Se suscribió transacción y se pagó avalúo de la oferta de compra
20531421-02	72	5 040 000.00	No se realizó avalúo judicial	Negociación voluntaria en trámite	Negociación voluntaria en trámite
20531422-02	72	5 040 000.00	7 500 000	7 500 000	Sin observación
20531425-7	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	5 040 000 .00	Se suscribió transacción y se pagó avalúo de la oferta de compra
20531427-4	72	5 040 000.00	No se ha realizado	En trámite proceso de expropiación	Proceso de expropiación no terminado
20531428-1	72	5 400 000.00	No se realizó por negociación directa	5 400 000 .00	Se suscribió transacción y se pagó avalúo de la oferta de compra
2053146801-A1	68	5 122 275.00	No se realizó por negociación directa	7 645 776	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146802-A2	72	5 449 500.00	No se realizó por negociación directa	7 947 477	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC

Predio	Área (en m ²)	Avadío comercial	Avadío judicial	Valor pagado	Observación
2053146803-A3	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146804-A4	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146805-A5	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146807-A7	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146808-A8	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146809-A9	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146810-A10	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146811-A11	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146812-A12	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146813-A13	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146814-A14	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146815-A15	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146816-A16	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146817-A17	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146818-A18	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146819-A19	72	5 400 000.00	6 565 230	6 565 230	Sin observación
2053146902-B2	87	6 106 100.00	No se realizó por negociación directa	9 114 285	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146903-B3	72	16 800 000.00	34 500 000	34 500 000	Sin observación
2053146904-B4	72	5 040 000.00	8 654 306	8 654 306	Sin observación

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
2053146905-B5	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146906-B6	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146907-B7	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146908-B8	72	5 040 000.00	5 040 000	5 040 000	Sin observación
2053146909-B9	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146910-B10	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146913-B13	72	7 662 000.00	8 004 333	8 004 333	Sin observación
2053146914-B14	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146915-B15	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146916-B16	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146922-B22	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146923-B23	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146924-B24	72	5 040 000.00	7 940 539	7 940 539	Sin observación
2053146925-B25	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146926-B26	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146927-B27	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146929-B29	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146932-B32	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 350 240	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146935-B35	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo Judicial	Valor pagado	Observación
2053146936-B36	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053146937-B37	95	7 192 500.00	No se realizó por negociación directa	10 735 902	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053146938-B38	91	6 409 200.00	No se realizó por negociación directa	9 566 708	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147001-C1	70	5 257 500.00	No se realizó por negociación directa	7 847 620	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147002-C2	74	5 231 800.00	No se realizó por negociación directa	7 809 259	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147006-C6	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147007-C7	72	5 370 000.00	En curso	Pendiente	Sin observación
2053147008-C8	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147012-C12	72	5 330 400.00	No se realizó por negociación directa	7 956 434	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147013-C13	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147015-C15	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147016-C16	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147017-C17	72	5 541 000.00	10 960 000	10 960 000	Sin observación
2053147018-C18	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147101-D1	72	5 400 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147104-D4	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147105-D5	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147106-D6	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147109-D9	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
2053147110-D10	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147111-D11	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147112-D12	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147113-D13	72	7 341 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147115-D15	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147116-D16	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147117-D17	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribio transacción y se actualizo con IPC
2053147118-D18	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147119-D19	67	4 697 000.00	No se realizó por negociación directa	6 850 015	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147201-E1	72	5 400 000.00	6 385 230	6 385 230	Sin observación
2053147203-E3	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147205-E5	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147207-E7	72	6 283 680.00	10 960 000	10 960 000	Sin observación
2053147208-E8	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147209-E9	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147210-E10	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147211-E11	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147212-E12	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147213-E13	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
2053147214-E14	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 734 720	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147215-E15	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 734 720	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147216-E16	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 734 720	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147217-E17	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 734 720	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147218-E18	97	7 323 225.00	No se realizó por negociación directa	10 931 029	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
20530147221-E21	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147222-E22	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147223-E23	66	4 620 000.00	No se realizó por negociación directa	6 896 054	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147224-E24	72	12 240 000.00	No se realizó por negociación directa	17 850 582	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147225-E25	72	16 960 000.00	No se realizó por negociación directa	24 734 140	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147226-E26	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147227-E27	72	6 857 587.00	8 337 339	8 337 339	Sin observación
2053147228-E28	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147230-E30	72	5 040 000.00	9 720 000	9 720 000	Sin observación
2053147231-E31	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147232-E32	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147234-E34	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación
2053147235-E35	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	8 640 000	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147304-F4	72	5 040 000.00	6 127 548	6 127 548	Sin observación

Predio	Área (en m ²)	Avalúo comercial	Avalúo judicial	Valor pagado	Observación
2053147305-F5	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147306-F6	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147307-F7	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147308-F8	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147309-F9	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147310-F10	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147311-F11	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147312-F12	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147313-F13	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147314-F14	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147315-F15	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 350 240	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147316-F16	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147317-F17	72	5 040 000.00	No se realizó por negociación directa	7 522 968	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
2053147319-F19	98	6 919 150.00	No se realizó por negociación directa	10 327 886	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
20531401-015	72	5 737 500.00	No se realizó por negociación directa	5 737 500	Se suscribió transacción y se actualizó con IPC
20531469-000000	2 580	12 582 513.00	En trámite	En trámite de avalúo judicial	Sin observación

Nota: IPC=Índice de Precios al Consumidor.

Capítulo quinto

Cambio constitucional, jueces, función social de la propiedad y expropiación en Colombia

María Mercedes Maldonado y Diego Isaías Peña

INTRODUCCIÓN

Una de las premisas que anima este libro es que la expropiación es un espacio propicio para comprender la institución de la propiedad, premisa que cobra especial interés cuando se analiza la participación del poder judicial en los conflictos relacionados con la expropiación, particularmente en Colombia, país donde el proceso de constitucionalización del derecho y de la acción pública es particularmente vigoroso. Por tanto, se considera importante revisar tanto el proceso de producción de normas constitucionales como el de la jurisprudencia respectiva para comprender cómo la jurisprudencia colombiana es una de la más innovadoras en América Latina, cómo forma parte de un proceso más amplio y cómo los magistrados de la Corte se hacen explícitamente partícipes de la construcción de un proyecto de sociedad a partir del cambio constitucional y la afirmación de los derechos sociales. Por esta razón, antes de revisar la jurisprudencia constitucional sobre los principales componentes de la fórmula constitucional (función social de la propiedad, indemnización teniendo en cuenta los intereses del propietario afectado y de la colectividad, así como la posibilidad de expropiación por vía administrativa) se exami-

na la discusión en la asamblea constituyente de 1991, volviendo a la que tuvo lugar en ocasión de la reforma constitucional de 1936, cuando se adoptaron casi todos los componentes de la disposición constitucional. El aspecto que se revisa con mayor detalle es el de la inserción de la función social de la propiedad para mejor comprender la importancia, o por lo menos la presencia más o menos extendida de esta categoría en las constituciones latinoamericanas.

Como se observa en el capítulo anterior, la legislación en torno a la expropiación urbana es bastante amplia en cuanto a los motivos de utilidad pública e interés social determinados de manera general en la ley, las entidades habilitadas para expropiar, incluidas formas de expropiación en favor de terceros, expropiación administrativa en un número abierto de posibilidades e indemnización teniendo en cuenta los intereses del propietario expropiado y de la comunidad. Es decir, se observa cierta distancia en relación con el garantismo que caracteriza las disposiciones constitucionales y legales en otros países de la región, que también vuelve especialmente interesante la revisión de lo que han dicho los jueces.

Este artículo permite también discutir un asunto con una importancia cada vez mayor: el de la participación creciente de los jueces en la vida social y su papel, no exento de discusiones, en la creación y no sólo la interpretación del derecho. También en la definición y orientación de la acción pública que forma parte del surgimiento de un nuevo lenguaje constitucional donde, como explica de manera sugestiva el jurista colombiano Diego López, los conceptos jurídicos indeterminados son sustituidos por principios jurídicos positivizados en forma de derechos fundamentales o de derechos sociales a través de normas de textura abierta y con mecanismos específicos de justiciabilidad, donde la acción del ciudadano y la interpretación judicial completan el sentido de sus disposiciones generales, mediante una interpretación finalista y sistemática de la ley, de conformidad con dichos principios.

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES
Y EL IMAGINARIO CONSTITUCIONAL

El texto de la Constitución Política colombiana sobre expropiación, vigente en sus aspectos más sustanciales desde 1936,¹ establece:

Art. 58 La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

En el texto del artículo aprobado en 1991 estaba prevista la expropiación sin indemnización por razones de equidad, figura que ya había sido establecida en la reforma constitucional de 1936. No obstante, en 1999 otra reforma dejó sin vigencia la expropiación sin indemnización, para superar problemas relacionados con la constitucionalidad de tratados internacionales que contenían cláusulas de protección a la inversión extranjera.

¹ Los cambios incorporados en 1991 tienen que ver con la función ecológica y con la expropiación administrativa, así como con la inclusión de la disposición de que la indemnización se fijará mediante consulta de los intereses del propietario afectado y de la comunidad. Las demás disposiciones fueron incluidas en la reforma de 1936.

La Constitución de 1991 es uno de los referentes más importantes de la agitada vida política y social colombiana del periodo reciente y es parte del movimiento ocurrido, con mayor y menor fuerza en América Latina, de transformaciones institucionales que tienen como principal referente simbólico la reforma de la Constitución política. Asumida ésta en el imaginario social —por lo menos el intelectual— como un hito importante de su proceso de construcción de paz difícil e inacabado, y de manera más global de la construcción de un proyecto de sociedad. Después de múltiples intentos para superar las trabas jurídicas relacionadas con los mecanismos para reformar la Constitución, se llegó a la solución de la asamblea constituyente jaloneada por un gobierno de inscripción partidista liberal, de corte modernizante y con un enfoque predominantemente técnico. Su presidente era César Gaviria Trujillo, elegido en una campaña en la cual fueron asesinados tres candidatos o precandidatos, en su mayoría por el narcotráfico; donde accidentalmente resultó ser el heredero de Luis Carlos Galán, un importante líder político, cuya visibilidad derivaba de las perspectivas que ofrecía de renovación de las prácticas políticas y de su lucha abierta contra el avance de la presencia del narcotráfico en diversas instancias políticas y sociales.

La asamblea constituyente fue organizada mediante voto popular directo, con base en una alternativa surgida de un amplio movimiento ciudadano que permitió remover las trabas jurídicas que habían impedido durante años una reforma constitucional de fondo, movimiento y alternativa que se conocieron como la séptima papeleta. La asamblea constituyente tuvo una fuerte legitimidad proveniente de la representación de diversos grupos políticos y sociales, entre ellos el M-19, una guerrilla con la cual culminaba el proceso de paz más exitoso de los múltiples emprendidos en el país. En el proceso constituyente el M-19 obtuvo 19 escaños de 71 de sus dirigentes; Antonio Navarro Wolff, jugó un papel protagónico en la aprobación del nuevo texto constitucional, al actuar como uno de los presidentes

de la Asamblea, al lado de los representantes de los partidos tradicionales, como el conservador y el liberal. Pero más allá de estas circunstancias, que pueden resultar anecdóticas, se acepta que en la asamblea estuvieron presentes todas las fuerzas y sectores sociales del país y que el texto constitucional es un reflejo emblemático de intentos consistentes de una sociedad por construir sus instituciones y buscar caminos negociados a su prolongado y complejo conflicto armado.

La Constitución de 1991, en sintonía con procesos de producción normativa que ocurrían en ese momento en diversos países del mundo, combina la expansión de los derechos humanos, a través de generosas declaraciones, sobre todo en materia de derechos sociales, la creación de la Corte Constitucional, con herramientas concretas para hacer efectivos los derechos, así como la tutela o las acciones colectivas con la simultánea afirmación de los mecanismos de mercado asumidos como pieza central de procesos modernizantes.²

Como se indicó en la introducción, la mayor parte de las disposiciones constitucionales sobre la propiedad fueron adoptadas en la reforma de 1936, otro hito de la historia constitucional colombiana, razón por la cual se han recogido las discusiones en los dos momentos, sobre todo porque el fuerte de la discusión acerca de función social de la propiedad ocurrió en 1936, frente a una argumentación más pobre en 1991.

² Un análisis de César Rodríguez, sociólogo del derecho colombiano, en su libro *La globalización del Estado de Derecho* (2008), donde sigue el planteamiento de Boaventura de Sousa Santos sobre la confrontación de una globalización hegemónica y otra contrahegemónica ilustra la idea anterior, en tanto resultan representativas de la Constitución de 1991 dos instituciones que movilizan proyectos diferentes: el banco central independiente, que para Rodríguez, siguiendo a Maxfield, simbolizó el proyecto neoliberal, y el tribunal constitucional (sobre todo el activista), que es factor fundamental en la consecución de garantías democráticas y civiles de derechos políticos frente al legado del autoritarismo, y en la protección de derechos sociales que, al posibilitar su protección judicial, ampliaría el concepto de estado de derecho (Gargarella, Domingo y Roux, 2006 en Rodríguez, 2009)

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1936

La doctrina jurídica colombiana ha reconocido de manera casi unánime que la modificación más importante que sufrió la Constitución de 1886, la cual estuvo vigente hasta 1991, fue la contenida en el acto legislativo núm. 1 de 1936, en tanto cambió su enfoque individualista y conservador, para sentar las bases de una norma social intervencionista y de adopción de políticas sociales (Ponce de León, 2011; Botero, 2006). De acuerdo con Fernando Hinestrosa (1996), uno de los más reconocidos abogados civilistas del país, en un análisis realizado con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991, la reforma constitucional de 1936 estuvo fuertemente orientada por las enseñanzas positivistas de Augusto Comte, dirigidas a “[...] substituir siempre los deberes a los derechos para subordinar mejor la personalidad a la sociabilidad”. En esa oportunidad, indica, se debatió en todos los aspectos y en todos los términos acerca del sentido y la legitimidad conceptual y gramatical de la expresión “la propiedad es una función social que implica obligaciones”, mantenida en la Constitución de 1991.

Se puede afirmar que este debate forma parte de lo que el antropólogo jurídico Michel Alliot caracteriza como la respuesta social al profundo desorden causado en distintos niveles por la instauración de la propiedad privada. Asumida en su momento como la pieza clave del desmonte de los privilegios de señores feudales, corporaciones y clero del universo medieval europeo, y como un canal de liberación de las personas en relación con las ataduras serviles o comunitarias a la tierra, dadas las pretensiones de instaurar un derecho absoluto basado en la ausencia de obligaciones positivas hacia el grupo social, se transformó en un factor de exclusión y empobrecimiento, particularmente en América Latina.

El discurso que acompaña la reforma de 1936 controvierte la idea arraigada de la propiedad como base de la ciudadanía y, en palabras de Hinestrosa (1996), de la dignidad respaldada

en la propiedad. Las formas de concentración de la riqueza posibilitadas por la propiedad, o las variedades de explotación del trabajo, las discriminaciones y los abusos y la prevalencia distorsionada del derecho de propiedad en el discurso sobre los derechos, fueron la base para el cuestionamiento a la propiedad privada, desde diversas ópticas, como las distintas facetas del socialismo, los movimientos sociales de la segunda mitad del siglo XIX en Europa y la iglesia católica.

De acuerdo con el trabajo de Batista, Coral y James (2010), en las discusiones en el Congreso sobre la reforma de 1936 está presente y enunciado explícitamente el propósito de romper con la teoría de derecho natural y con la concepción fuertemente individualista del derecho de propiedad, para afirmar, como idea central, que el propietario tiene obligaciones ante la sociedad. Si bien algunos de los congresistas conocían bien la obra de León Duguit, se reconocen otras fuentes de la reforma: la Constitución de Weimar y el código civil ruso. De estas fuentes, de acuerdo con la discusión durante el trámite en el Congreso del acto legislativo de 1936 y de la ley 200 de reforma agraria del mismo año, se destaca el objetivo de imponer obligaciones al propietario ligadas a su uso acorde con las necesidades sociales o a su explotación económica. Según la Constitución de Weimar de 1919 “La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común”, y según el Código Civil ruso solo se protegen los derechos si su uso no es antisocial.

Hay que tener en cuenta que en ese momento se discutía el problema de la tierra rural y, por tanto, había dos puntos centrales que ocupaban a los representantes del gobierno, a los congresistas y a otros grupos de interés, como la iglesia, el partido conservador y los periódicos más importantes de la época. El primero es el papel de la tierra en la riqueza, el segundo el de la expropiación. De acuerdo con las tesis de Duguit retomadas por los congresistas y los representantes del gobierno, hay cargas sociales particulares para el poseedor de la riqueza, de manera que solo puede ser aumentada para asegurar la satisfacción de

las necesidades generales. A estos puntos de discusión se añade uno tercero, sobre todo en el trámite de la ley 200 de 1936, y es el cuestionamiento al enfoque formalista que reconoce mayor importancia al título y no al reconocimiento de quien trabajaba la tierra. La discusión remitía a la posibilidad de extinción del dominio para quien no explotara adecuadamente la tierra, más que a la expropiación en estricto sentido, y también a la adjudicación de tierras baldías por parte del gobierno nacional que constituiría el verdadero mecanismo de las tímidas realizaciones en materia de distribución de la tierra propias de la reforma agraria.

La función social se convierte en el fundamento para la intervención del estado en controversia con las tesis del liberalismo económico, e impone obligaciones no solo al propietario sino también al estado, que debe dejar de ser un simple regulador de las relaciones privadas, para convertirse en un verdadero agente que promueve políticas sociales. Esta intervención no iba dirigida a eliminar el derecho de propiedad, como plantearon algunos en la discusión de 1936, sino a “asegurar el empleo de las riquezas que posee (el propietario) conforme a su destino”.³ Lo que se pretende, en el caso de la propiedad, es proteger el valor social que representan determinadas funciones, como el trabajo y la vida humana. La propiedad podría definirse entonces como una institución jurídica que se ha formado para responder a al imperativo social de que cumpla con el objetivo de garantizar ciertas necesidades individuales y colectivas (Duguit, 1915: 37 y 170 en Batista, Coral y James, 2010)

³ Según el mismo Duguit: “no digo, ni he dicho jamás, ni jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la situación jurídica sobre la cual descansa su protección social, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que proceden del poder público. Es más, diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional” (Duguit, 1915: 180).

Según los autores citados, lo más importante de la exposición de motivos de la mayoría liberal reside en la lectura que se le da a Duguit en el sentido de la interdependencia social, que se refiere a la finalidad que debe buscar el estado en pro de la sociedad, y que hace referencia al empleo de las cosas por el propietario y a la realización del trabajo social que, como propietario de un bien, le es permitido cumplir al dueño.

No sobra resaltar, porque guarda directa relación con lo que se analiza en este artículo, que las resistencias de los representantes conservadores, además de la posición ideológica básica de rechazo a tesis consideradas socialistas, guardan relación directa con la preocupación por la eventual falta de garantías respecto de la indemnización previa por motivos de expropiación.⁴

Otro tema que fue debatido, y en el que en opinión de Hinestrosa se produjo un cambio sustancial, fue el paso, en 1936 de una expropiación permitida sólo por motivos de grave utilidad pública, legalmente definidos, con intervención de la autoridad judicial y previa una indemnización plena, a incluir el interés social como razón justificativa de la expropiación y a hablar de una indemnización justa, “[...] con el propósito de sustraer la determinación del monto a una mecánica fija e inerte y que el monto pagado fuera inferior al valor del inmueble expropiado, para que primara el criterio de equidad al apreciar la indemnización y el juez pudiera apreciar las circunstancias en cada caso y hacer las compensaciones de rigor” (Hinestrosa, 1996). También se contempló por primera vez la posibilidad de la expropiación sin indemnización por razones de equidad cuando así lo determinara el legislador con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros.

Según Hinestrosa, la función social faculta al estado para indemnizar equitativamente a un propietario expropiado, es

⁴ Los autores citados hacen referencia a la exposición de motivos del proyecto del senador Angulo, en representación de la mayoría conservadora

decir, pagándole una indemnización justa, lo cual implica que al mismo tiempo se tendrá en cuenta como derecho del propietario el valor de lo que pasa a ser propiedad pública, descontando los beneficios recibidos por ese propietario, o que haya de recibir, directa o indirectamente por obra de la administración y aquellas valorizaciones que no son obra de su trabajo e inversión, y que por lo tanto pertenecen a la colectividad.

Con respecto a la utilización adecuada de la tierra, justificación principal de la reforma de 1936 y de la utilización de la fórmula de la función social, en el discurso del presidente Alfonso López Pumarejo al Congreso en 1935

la propiedad, tal como la entiende el gobierno no se basa únicamente en el título inscrito sino que tiene también su fundamento en la función social que desempeña, y la posesión consiste en la explotación económica de la tierra por medio de hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como la plantación o sementera, la ocupación con ganados, la construcción de edificios, los cercamientos y otros de igual significación.

Y, además, “La tierra debe adquirirse en un país como el nuestro por dos títulos, cuya extensión y límites fije la ley: el trabajo y la escritura pública, sin que esta última dé derecho inmortal a la posesión de tierras incultas” (Martínez, 1939: 15 en Batista, Coral y James, 2010).

Finalmente, la categoría de la función social de la propiedad proporcionó una legitimidad científica a la reforma. En su condición de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Eduardo Zuleta Ángel acudió a la Cámara de Representantes a defenderla y expuso que si bien la extinción del derecho de propiedad por su abandono no estaba consignado en la legislación europea, el principio

[...] responde maravillosamente a las ideas de la ciencia jurídica contemporánea sobre propiedad, y no hace, en realidad de verdad, otra cosa que trasladar a la legislación ese sentido que no

siendo precisamente comunista, ni bolchevique, sino lisa y llanamente científica, de que la propiedad no es un derecho absoluto, y que el propietario tiene obligaciones sociales, ya que no pueden ser vulnerados los intereses de la sociedad merced a la cual se creó y vive ese derecho (Martínez, 1939a: 166 en Batista, Coral y James, 2010).

Simultáneamente con la movilización de nuevas corrientes del derecho público que estuvo detrás de las reformas constitucionales y legales de 1936, una Corte Suprema de Justicia conocida como la “Corte de Oro”, a juicio de Batista y Coral y James⁵ intentó un proceso similar en el campo del derecho privado. Esta Corte fue bastante activa en materia de propiedad y expropiación, y en el periodo de 1936 a 1940 intentó abrir camino a concepciones que cuestionaban los enfoques clásicos del derecho, siguiendo trabajos como los de Gény o Josseland, “[...] con el fin de producir cambios y frenos a la forma de concebir la propiedad” y trasladar al derecho local principios como el de la funcionalidad de la propiedad, el abuso del mismo, la buena fe exenta de culpa, el enriquecimiento sin causa y la teoría de la imprevisión. Sin embargo, su impacto fue efímero y su lúcida jurisprudencia, en palabras de los autores citados, se perdería en la década de 1940, así como fracasó el intento de reforma del Código Civil y se diluyó el proyecto de reforma agraria. Como se verá enseguida, los cambios constitucionales ocurridos casi 50 años después, no sin dificultades,

⁵ Cuyo trabajo, sea el momento de decirlo, se inscribe en la línea propuesta por el jurista colombiano Diego López (2004) en su trabajo *Teoría impura del derecho*, donde discute las condiciones de desarrollo de la teoría jurídica en los países considerados periféricos, y reivindica las conexiones entre textos e ideas como objeto de dicha teoría, y propone que el derecho puede ser interpretado como una red de teorías, textos y prácticas entrelazadas que pueden ser estudiadas con provecho de una manera autónoma, ya que dicha red le da forma a los imaginarios de abogados, jueces, profesores y estudiantes de derecho

parecen producir transformaciones más duraderas en la concepción del derecho de propiedad.

EL DEBATE EN LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1991

En 1991, los miembros de la Asamblea Constituyente también debatieron intensamente la permanencia de la disposición que indica que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”, y el papel que podía desempeñar en la definición del alcance de la propiedad, institución asumida por los constituyentes como fundamental de la organización económica

[...] para crear riqueza y extenderla en bien de toda la sociedad, para estimular la creatividad y la energía productiva de las personas y producir arraigo, estabilidad y seguridad y como uno de los elementos de la organización social con los cuales trabaja la colectividad para buscar y obtener la felicidad o [las] formas tangibles y posibles de felicidad (Marulanda *et al.*, 1991).

Para los representantes del gobierno, la garantía de la propiedad era un “principio esencial de la libertad económica y de la economía de mercado, según el cual se permite la apropiación privada de los medios de producción y de aquello que se obtenga a través del ejercicio personal de una actividad económica cualquiera” (Presidencia de la República, 1991). El debate se centra en la cuestión de si la propiedad era, antes que nada, un derecho natural del individuo o si era una función social, y en las dudas sobre la confluencia, difícil de aceptar, entre derecho y función.

Los constituyentes del partido conservador volvieron a la defensa de la concepción de la propiedad en un derecho natural del individuo. Uno de ellos, el ex presidente de la República Misael Pastrana Borrero, señaló que “es más hermoso decir que la propiedad es un derecho humano que darle otros atributos porque implica que el Estado la tiene que respetar más y se dice

que es un derecho natural, que es algo que forma parte inherente de la persona y no un atributo circunstancial”. Otros argumentaron que “definir [el derecho de propiedad] como una función es negar que es un derecho”⁶ o que “órgano y función son distintos [...] una cosa no puede ser simultáneamente para una persona derecho y función”⁷ y más aún: “si no hay propiedad privada no hay libertad individual, somos esclavos del Estado; si queremos defender la libertad tenemos que darle un fundamento real a la propiedad”. La fórmula jurídica propuesta por estos constituyentes fue la del (no) abuso del derecho, complementaria a su afirmación como un derecho.

Los gremios también expresaron su opinión ante la Asamblea: “Nos parece contrario a la más elemental de las lógicas que se diga que la propiedad es una función. La propiedad no es una función [pues] tiene una entidad que consiste en ser un derecho [que] cumple o tiene unas determinadas funciones sociales”.⁸

La posición contraria fue defendida por el gobierno y los constituyentes del Partido Liberal, que consideraban que la propiedad era, a la vez, una función social y un derecho. Para el gobierno, la función social de la propiedad “significa que las facultades inherentes a ella no se conceden en consideración exclusiva a los intereses individuales del propietario sino además, y de modo fundamental, en atención al cometido social del cabal aprovechamiento de la sociedad” (Presidencia de la República, 1991: 151).

El gobierno defendía la propiedad como función social porque consideraba que era la base de la expropiación y la extinción

⁶ Plenaria del 10 de junio de 1991.

⁷ Comisión Quinta, 22 de abril de 1991.

⁸ Intervención de Jorge Humberto Botero ante la Comisión Quinta, 18 de abril de 1991. Botero habló en nombre de los siguientes gremios: Asociación Colombiana de Pequeños Industriales (Acopi), Asociación Nacional de Industriales (ANDI), Asobancaria, Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol), Fasescolda, Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco), Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) y Acoplásticos.

de dominio: “Cuando se dice que la propiedad es una función social, aquella que no la cumpla pues no es propiedad y es el fundamento para entender que es constitucional la figura de la extinción del dominio”.⁹

El Partido Liberal emitió a comienzos de junio de 1991 una declaración titulada “El estado y la economía” en la que afirmaba:

En 1936, a instancias del Partido Liberal se definió la propiedad como una función social. Esta norma constitucional ha permitido el desarrollo de figuras tales como la extinción del dominio (la propiedad que no cumple su función social intrínseca deja de ser propiedad) de enorme utilidad para la ejecución de programas sociales de reforma agraria y urbana (Serpa *et al.*, 1991).

Las ponencias presentadas a la Plenaria por la Comisión Quinta y luego por Arias y Marulanda también mantenían la propiedad como función social; la ponencia de Arias y Marulanda decía lo siguiente:

la función social, en relación con la propiedad, encierra la solidaridad, legitima la expropiación [...] permite la participación de todos en los frutos recogidos, no discrimina derechos de acuerdo a las riquezas [...] Democratizar la propiedad es otro medio que hace inteligible su función social.

Entre estas dos posiciones apareció una más pragmática que consideraba que el artículo 30 de la vieja Constitución no debía modificarse porque no había representado un peligro para la propiedad durante casi 60 años y, por eso, no había nada que temer en dicha fórmula. Para algunos, “el sistema económico

⁹ Intervención del ministro de Gobierno ante la Comisión Quinta, 22 de abril de 1991. Emiliani y Lloreda consideraban que se trataba de una prevención infundada, pues la expropiación no se originaba en ese principio y, de hecho, una propiedad que cumpliera su función social podía ser, de todas formas, expropiada por el Estado.

y político colombiano no permite darle a la expresión [una función social] más alcance que el de que cumple una función social”.¹⁰ Con base en esta discusión se mantuvo la fórmula de que la propiedad es una función social y la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles.

Las principales innovaciones relacionadas con la expropiación provienen de la propuesta del gobierno y se relacionan con tres temas:

1. los criterios para definir la indemnización;
2. la expropiación por vía administrativa, y
3. la imposibilidad de controvertir judicialmente las razones de equidad invocadas por el legislador al momento de decidir que un determinado caso de expropiación no da lugar a indemnización.

Más adelante, al tratar la jurisprudencia sobre expropiación se matiza este enunciado.

El gobierno propuso cambiar el término indemnización por el de compensación, con el argumento de que con la primera, por definición, el propietario debería resultar indemne, es decir, sin daño alguno, mientras que con la segunda “el monto no se determinaría teniendo en cuenta exclusivamente el interés del particular sino además los intereses de la comunidad” (Presidencia de la República, 1991). Esta fórmula, tomada de la Constitución alemana, se fundamentaba en la finalidad social o pública de las expropiaciones. Al respecto son ilustrativas las palabras del ministro de gobierno de entonces:

[Con la indemnización] la expropiación [sería] una operación neutra [que] sólo pretende reemplazar el patrimonio de la persona expropiada [en] un valor plenamente equivalente al que la comunidad ha reclamado. Si llegara a prosperar esta interpretación estaríamos creando un impedimento supremo para el proceso de

¹⁰ Comisión Quinta, 23 de abril de 1991.

expropiación, por lo menos en aquellos sectores donde además de la necesidad de afectar un bien para el logro de unos propósitos, debe haber implícito algún elemento redistributivo en la figura de la expropiación.¹¹

La oposición a esta idea vino nuevamente del Partido Conservador. El constituyente Carlos Rodado Noriega manifestó:

no se debe utilizar la expropiación como mecanismo de redistribución del ingreso [...] Esa consagración de la figura mezclando la expropiación [como] prevalencia del interés público sobre el privado [con] mecanismo redistribuidor de la propiedad y el ingreso y hacer las dos cosas simultáneamente puede llegar a abolir la propiedad privada y a estatizar toda la propiedad privada en Colombia.¹²

Lloreda, por su parte, recurrió al argumento de la inversión extranjera y manifestó: “nadie va a invertir en Colombia bajo la perspectiva de que esa inversión en un momento dado pueda ser discrecionalmente fijada en su alcance en el momento de la expropiación”.¹³

La Asamblea Constituyente adoptó una salida intermedia, manteniendo la indemnización pero estableciendo que ésta se debe calcular “consultando los intereses de la comunidad y el afectado”, lo que implica de todas maneras una aceptación a los ya transcritos argumentos del gobierno.

El gobierno justificó la expropiación por vía administrativa, diciendo que era necesario “agilizar la aplicación [de la expropiación], dado el enorme interés social que reviste y la multitud de dificultades que su realización ha tenido en el pasado”.

Los argumentos opuestos a la expropiación por vía administrativa indicaban:

¹¹ Intervención ante la Comisión Quinta, 22 de abril de 1991.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

[la propuesta] se fundamenta en que es muy conflictivo un procedimiento judicial [...] me río de que el procedimiento administrativo vaya a ser más expedito que el judicial y no sé cuáles son esos casos tan excepcionales en que se necesita una expropiación administrativa [...] son más imaginarios que reales [...] esta sería una fuente de arbitrariedades y negociados.¹⁴

Finalmente, la Plenaria acogió la propuesta del gobierno. Por otro lado, éste proponía establecer constitucionalmente algunos motivos para ejecutar la expropiación por vía administrativa (estos eran: reforma agraria, reforma urbana y construcción de vías públicas, pero el legislador podía fijar otros) y establecía que el propietario expropiado podría acudir a un juez sólo para exigir una revisión del monto de la compensación: “no se trataría de discernir si procedía o no la expropiación decretada, sino únicamente dilucidar si el monto pagado al afectado es compensación suficiente” (Presidencia de la República, 1991). La primera propuesta fue rechazada con el argumento de que quedarían motivos de primera (constitucionales) y de segunda (legales). Sobre la segunda, el propio ministro de gobierno dio marcha atrás al manifestar que nunca pretendieron impedir que el propietario expropiado pudiera apelar ante el contencioso la legalidad del acto administrativo de expropiación.

Finalmente, el gobierno propuso que las razones de equidad invocadas por el legislador cuando decide que no hay lugar a indemnización en casos específicos de expropiación son incontrovertibles judicialmente. Aunque esta propuesta fue acogida por la Constituyente, en 1999 el Congreso expidió el Acto Legislativo núm. 1, mediante el cual derogó el último inciso del artículo 58, descartando por completo la posibilidad de que en Colombia pueda haber expropiación sin indemnización.

El constituyente Perry explicó así la supresión de dos frases del primer inciso del artículo 30:

¹⁴ Sesión conjunta de las Comisiones Primera y Quinta, 30 de abril de 1991.

se reemplaza justo título con la frase con arreglo a las leyes, que es más precisa porque el justo título ha sido motivo de muchas interpretaciones y se ha llegado a la conclusión de que si hay justo título es con arreglo a la ley [...] No se incluye personas naturales o jurídicas porque no hay necesidad.¹⁵

Sobre la frase con arreglo a las leyes civiles, se hizo la salvedad de que no sólo se refiere al derecho civil sino a toda la legislación.

LA PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, creada como ya se señaló en 1991, desempeña dos funciones esenciales: conocer de las acciones de constitucionalidad que pueden ser ejercidas directamente por cualquier ciudadano contra cualquier norma con el estatus de ley y seleccionar para su revisión algunos de los fallos expedidos como efecto de la presentación de acciones de tutela, acciones que se ejercen para alcanzar por vía judicial la protección de derechos fundamentales, en todo el país.¹⁶ En ese marco, la Corte ha realizado pronunciamientos importantes en relación con la función social de la propiedad y su relación con la expropiación. No sobra resaltar, por obvio que parezca, que en cualquiera de los casos, el punto de partida está en aquello que los ciudadanos demandan, lo que establece, de entrada, el alcance y límite de lo que dicen los jueces.

¹⁵ Comisión Quinta, 23 de abril de 1991.

¹⁶ De hecho, se asume que cualquier juez del país es juez constitucional, en tanto tiene como deber principal la defensa de la Constitución y, particularmente, porque la acción de tutela puede ser ejercida ante cualquier juez.

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA FUNCIÓN SOCIAL
DE LA MISMA

Más allá de la discusión en la asamblea constituyente sobre la distinción entre la propiedad como un derecho o como una función, que se acaba de reseñar, e incluso al reconocer en algunas sentencias las inconsistencias que se derivan de algunos textos de Duguit y de la dificultad que crea para los juristas prescindir de una herramienta conceptual aparentemente simple como la del derecho subjetivo, la Corte Constitucional se ha ocupado de definir el significado de función social de la propiedad y, para ello, ha planteado un giro que puede resultar curioso, si se tiene en cuenta el supuesto propósito positivista de superar los derechos subjetivos que encerraría la fórmula de la función social. El giro consiste en insertar el derecho de propiedad en un análisis, desde la perspectiva de los derechos, a través de la categoría del núcleo esencial o contenido mínimo del derecho, ámbito que define la garantía constitucional contra su vulneración, y cuyo respeto se impone a autoridades y particulares, en términos de su ejercicio efectivo en el marco de los derechos económicos y sociales y culturales, aquello que los estados están obligados a garantizar de inmediato. Pero la Corte traslada la función social al ámbito de los derechos con un importante matiz, ya que relativiza, por no decir cuestiona, su carácter de derecho fundamental. Con esta posición supera la discusión, respecto del cuestionamiento de la propiedad como derecho, pero deja abierta la posibilidad de que categorías distintas a los derechos produzcan igualmente seguridad y bienestar.

A continuación se reseñan tres aspectos relevantes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: su conciencia (¿pretensión?) de contribución a metas civilizatorias y también de progreso, al plantear que el constitucionalismo permitiría superar la propiedad civilista, a la que asigna una carga conservadora, luego, la precisión del sentido de función social de la propiedad y, a partir de ahí, del propio derecho de propiedad.

CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO CIVIL

En las sentencias de la Corte, particularmente las de constitucionalidad, aparece un discurso reiterado que reivindica que el cambio constitucional ha planteado la remoción de las trabas del pasado para construir un futuro, basado en la solidaridad, manifestada en la superación de la concepción decimonónica de la propiedad marcada por la lógica civilista y la erosión del concepto absolutista de propiedad en nombre del interés público. Remover el pasado y construir el futuro es un objetivo que explícitamente asigna la Corte a la alteración positiva que las normas constitucionales imprimirían a la matriz civilista de la propiedad, como expresión, además, del discurso del constitucionalismo que cuestiona la primacía de la ley, sobre todo en su expresión de codificación, o, en otros términos, de la soberanía del legislador.¹⁷

Una de las sentencias fundadoras de la línea jurisprudencial sobre función social de la propiedad, sobre la cual volveremos, es un buen ejemplo de este discurso: la Constitución afirma la superación de la concepción marcadamente individualista del derecho de propiedad, propia de la tradición civilista continental, donde la aplicación sistemática de limitaciones legales a la

¹⁷ Mucho antes de que la Corte Constitucional fuera activada para modificar el artículo del Código Civil sobre el dominio, como se señala a continuación, en la sentencia de la Corte Constitucional 006 de 1993 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz) recurre a la argumentación que sirvió de base para una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1943 sobre extinción del dominio, para afirmar que la matriz civilista de la propiedad había dejado de gobernar esta institución y que su eje se había trasladado a la Constitución. El argumento que retoma es que que la reforma constitucional (de 1936) implicó la modificación de la norma consignada en el Código Civil y, por tanto, “[...] los jueces, teniendo en cuenta que la Constitución prevalece sobre la ley, han de aplicar aquélla y no ésta cuando quiera que se ocupen en fallar cuestiones sobre dominio [...]”. Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de marzo 24 de 1943, magistrado ponente Aníbal Cardozo Gaitán. Para la controversia en relación con la soberanía del legislador, véase López, 2004.

propiedad “dio lugar a una plétora [sic] de regímenes dominicales —prolíficos en limitaciones y obligaciones a la propiedad—, alejada de la matriz unitaria de la concepción civilista, frente a la cual no funcionan como excepciones o reglas especiales, sino como superación de la misma, reducida ya a mera referencia histórica”.¹⁸ Y, finalmente, la decisión judicial con un mayor valor simbólico es aquella que declara inconstitucional una expresión de la definición de propiedad o dominio del Código Civil aprobado desde finales del siglo XIX. Hasta ese momento el dominio era el derecho real en una cosa corporal, para gozar de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, en adelante, la arbitrariedad sería suprimida de la definición, por considerarla contraria al interés general, a la función social de la propiedad y a la concepción de la propiedad en el marco del estado de derecho.¹⁹

LOS RECORRIDOS DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La misma sentencia C 006 de 1993, que a continuación se resume, recoge la evolución que ha tenido el tratamiento jurídico de la función social de la propiedad. Parte de un primer momento, el del marco establecido por la Constitución de 1886, donde la ley cumple el cometido de asegurar el reparto recíproco de los derechos naturales, y su alcance se define por la vía negativa: la propiedad consiste básicamente en el ejercicio de la libertad, por tanto las decisiones respecto del destino y finalidades de los bienes corresponden a los propietarios y existirían límites provenientes de la legislación, con un carácter excepcional y que se consideran externos a esa especial modalidad del ejercicio de la libertad. En síntesis, el propietario puede hacer con su bien todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley. Lo que

¹⁸ Sentencia 006 de 1993.

¹⁹ Sentencia de la corte constitucional C 595 de 1999, magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz

resulta protegido es la libertad reconocida por el derecho (en minúscula en cualquier caso).

Luego se apela al principio civilista del abuso del derecho, con el mismo fin de armonizar y coordinar las distintas titularidades o la coexistencia de los diferentes derechos de propiedad, que no se ordena sacrificio alguno en aras de la comunidad sino que, simplemente, se introduce la regla del uso racional del derecho, con el objeto de dirimir los conflictos que se suscitan entre propietarios particulares.

Hasta aquí, señala la misma sentencia, la propiedad sigue siendo un derecho potencialmente ilimitado. Aún en el caso de admitir que hay regulaciones que tienen el carácter de límites a la propiedad, éstos son externos a la misma, y a lo sumo reducen el ámbito o esfera en cuyo interior el sujeto sigue actuando libremente con miras a la satisfacción de sus intereses y deseos, sin necesidad de asumir determinada conducta o perseguir determinados objetivos, pues los límites, a diferencia de las obligaciones, se sitúan en la periferia del derecho.

La función social corresponde al tránsito entre sistemas económicos y las exigencias que plantea el desarrollo económico, la aparición de nuevos actores y la sucesiva declinación de otros, conjuntamente con la variación de las fuerzas políticas que expresan en cada momento el consenso correspondiente al nuevo equilibrio del poder social, entre otros factores, se reflejan en las opciones que entre los intereses en conflicto se ofrecen al legislador. Las respuestas son diversas: se aplica el paradigma así acuñado a la propiedad industrial; se favorece la actividad empresarial frente a manifestaciones puramente estáticas y rentistas de la propiedad inmobiliaria; se estimulan y regulan formas de riqueza en las cuales titularidad y control se divorcian; se supedita la titularidad del dominio de la tierra y del suelo urbano y de la minería privada a su efectiva y adecuada explotación y utilización conforme a lo señalado por la ley; en fin, se imponen pautas de uso y disfrute de los bienes inspiradas en la preservación del medio ambiente.

Según los actores de la reforma de 1936, lo que se proponían los constituyentes de dicha reforma era

[...] aflojar la traba que la Constitución del 86 le puso al legislador respecto de la propiedad privada, teniendo como finalidad el concepto de que la propiedad es una función social. Esto es, que quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad sino que sea útil a ella (intervención del doctor Darío Echandía en la Cámara de Representantes, 24 de febrero de 1936, citado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1943 a la que ya se hizo referencia).

Con base en la función social, asumida, como “conquista definitiva del derecho constitucional colombiano” el legislador puede introducir a la propiedad individual todas las restricciones que sean congruentes con las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse. Si en un momento dado la propiedad individual deja de corresponder a una necesidad social, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de la riqueza. En un país en donde la propiedad individual esté reconocida por la legislación positiva, el propietario tiene, por el hecho de ser propietario, una función social que realizar; la extensión de su derecho de propiedad debe ser determinada por la ley y por la jurisprudencia que aplica ésta, según la función social que le corresponde desempeñar: no puede pretender otro derecho que el de poder cumplir libre, plena y enteramente su función social de propietario. Puede decirse que, de hecho, la concepción de la propiedad como derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad como función social, dispone una sentencia de 1938 (Corte Suprema de Justicia-Sala Plena —marzo 10 de 1938—. Magistrado Ponente Dr. Juan Francisco Mújica).

A partir de la adopción de la función social, la actuación estatal no se reduce a la limitación de las libertades privadas, sino que el legislador puede señalar como obligación social de los propietarios atender los procesos de planeación y gestión

urbanística y, en estas condiciones, puede o no admitir una facultad absoluta de los propietarios para decidir sobre la existencia y disposición de las ciudades y condicionar la garantía al derecho de propiedad a su uso social planificado, en términos de construcción y urbanización. Por tanto, no sólo es la base para la expropiación sino para la extinción del dominio como mecanismo para enfrentar la retención de los terrenos, de manera que la propiedad puede ser suprimida sin indemnización alguna cuando el bien que se posee, particularmente la tierra, no es utilizado de acuerdo con los objetivos fijados por la colectividad. También es la base para establecer condiciones para la expedición de las licencias o permisos de urbanización y construcción.

A pesar de las amplias facultades que se otorgan al legislador para señalar los deberes y las obligaciones sociales a que están sometidos los particulares, en lo que hace especialmente al derecho de propiedad, “no se trata pues, de someter la función social de la propiedad a unas supuestas atribuciones discrecionales de las autoridades locales en materia de desarrollo, sino de imponer como deber del titular del derecho de propiedad sobre bienes urbanos, el de usarlos conforme los planes urbanísticos locales, debiendo éstos últimos ser desarrollo administrativo de la ley, o lo que es lo mismo, en función aplicativa de la ley” (Corte Suprema de Justicia-Sala Plena –10 de marzo de 1938-. Magistrado Ponente Dr. Juan Francisco Mújica).

Según la misma sentencia, el *usus*, en el esquema clásico, facultad esencial derivada de la propiedad, se subordina a la determinación concreta, general y específica de las instancias públicas de planeación y desarrollo urbano.

Más adelante, en la discusión de los constituyentes de 1991, se señalará que al lado de la faceta de adecuada explotación económica del bien asociada tradicionalmente a la función social de la propiedad, debe ahora colocarse la idea de igualdad, en cuanto aquélla no se limita a ser condición de legitimación de la titularidad privada, sino además justificación de los procesos

reivindicativos y emancipatorios del número mayúsculo de los no propietarios.

La jurisprudencia posterior a 1991, producida por la Corte Constitucional, añadió un nuevo elemento dirigido, según sus propios planteamientos, a evitar que la referencia a la función social de la propiedad se reduzca a simple retórica. Para ello “eleva”²⁰ la función social a elemento estructural del derecho a la propiedad privada. Como parte integrante del contenido del aludido derecho a la propiedad privada se deben incluir, al lado de las facultades del dominio, los deberes y obligaciones establecidos por la ley, que traducen los valores, intereses y finalidades sociales que su titular debe cumplir como premisa de la atribución del correspondiente derecho y de su ejercicio. En esta perspectiva, el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido y alcance al derecho de propiedad.

La configuración legal de la propiedad, como traducción de la función social, puede apuntar indistintamente a la supresión de ciertas facultades, a su ejercicio condicionado o, en ciertos casos, al obligado ejercicio de alguna de ellas. La Corte retoma el principio de la no indemnización por efecto de las decisiones de urbanismo que confronta la llamada expropiación indirecta al indicar que “...la ley que, de manera no singularizada, procede a regular del modo indicado la propiedad, no tiene carácter excepcional y contra sus intervenciones no se puede exigir indemnización. El límite estará dado por el principio de igualdad, de manera que la ley no podrá imponer sacrificios especiales excesivos en relación con otros sujetos situados en la misma situación, dado que degeneraría en expropiación”.

La jurisprudencia constitucional y en particular la sentencia 006 de 1993, caracteriza la función social como un factor de equilibrio de intereses en conflicto y como expresión del principio de solidaridad. En concreto, señala que

²⁰ En los términos de la sentencia que está siendo resumida.

[...] la garantía de la propiedad privada no puede desconocer que el criterio de la función social —con mayor intensidad en el caso de los bienes económicos— afecta su estructura y determina su ejercicio. En el estado social de derecho, los derechos se atribuyen a la persona como miembro de la comunidad y como tal vinculada por los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (Constitución Política, art. 1). Precisamente, la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad y por ello busca atraer al sujeto de manera que, sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual, bajo la amenaza en caso de carencia de cooperación del titular de dar por extinguido el derecho, al decaer el presupuesto social de la atribución. La necesidad de relaciones equitativas de poder en la sociedad impide que la propiedad se pueda escindir de la comunidad y aislarse abstractamente de la misma. Por el contrario, la legislación da cuenta que en ella convergen múltiples intereses que están llamados a encontrar equilibrio en la fórmula concreta de función social que se adopte.

Y añade que

[...] Con el objeto de entender cabalmente el sentido de la garantía constitucional, es importante advertir que la función social no es un dato externo a la propiedad. Se integra, por el contrario, a su estructura. Las obligaciones, deberes y limitaciones de todo orden, derivados de la función social de la propiedad se introducen e incorporan en su propio ámbito. La naturaleza social de la atribución del derecho determina que la misma esté condicionada a la realización de funciones y de fines que traza la ley, los cuales señalan los comportamientos posibles, dentro de los cuales puede moverse el propietario, siempre que al lado de su beneficio personal se utilice el bien según el más alto patrón de sociabilidad, concebido en términos de bienestar colectivo y relaciones sociales más equitativas e igualitarias. No es posible determinar de una vez para siempre las cotas del aludido patrón de sociabilidad deseada. La función social como expresión del principio de solidaridad y ecuación de los varios intereses en conflicto, es una cláusula ge-

neral que sólo puede especificarse en el contexto histórico de las relaciones económicas y sociales, y por el legislador como máximo mediador del conflicto social, sobre todo si se tiene en cuenta que la fórmula interviene entre los intereses de la producción y los que se derivan de la justicia social y la igualdad.

La función social, tal como lo señala expresamente el artículo 58 de la Constitución tiene que ver con las obligaciones que se incorporan a la propiedad en un sentido más amplio con aquel habitual o convencional que la vincula a la movilización del suelo en el mercado. El legislador cuenta con una amplia base para definir cuáles son esas obligaciones. Este planteamiento no es banal si se tiene en cuenta que la tarea original que se asignó a los juristas en el espacio medieval europeo que condujo a la construcción de la institución de la propiedad fue lograr que la tierra, una entidad fija, circulara en el mercado y la respuesta fue liberar al propietario de obligaciones, de las cargas y ataduras derivadas de las relaciones señoriales feudales y de aquellas propias de las relaciones comunitarias. Por eso, la propiedad tendrá un fuerte vínculo con el valor de la libertad, particularmente la libertad de comercio y a la construcción de ciudadanía. La ausencia de obligaciones positivas ante los demás fue el primer rasgo del derecho de propiedad. La incorporación de obligaciones el rasgo más importante de la función social.

¿CUÁL ES ENTONCES EL ALCANCE
DEL DERECHO DE PROPIEDAD?

La pregunta que surge entonces es ¿hasta dónde llega el derecho de propiedad? La respuesta de la Corte es la del núcleo esencial que, como ya se indicó más allá de la crítica ligada a las dudas respecto del proyecto intelectual de superación de los derechos subjetivos, la inserta en la lógica de los derechos sociales.

Según la sentencia 006 de 2003,

La propiedad y el conjunto de los derechos patrimoniales serán regulados por ley, la que en cada caso determinará las facultades que comprende de conformidad con el criterio de la función social. La configuración del contenido del derecho de propiedad —tarea que compete a la ley— no podrá traspasar su contenido mínimo esencial, pues de hacerlo, ya de manera general o singular, aquélla se tornaría expropiatoria y, en esas condiciones, el resultado buscado sólo será posible por esta vía y mediante el pago del equivalente.

Dicho de otra manera, la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad, no puede desvirtuar la institución de la propiedad, sin que ello signifique la necesidad de mantenerla en todos los casos.

La propiedad está expresamente garantizada en la Constitución y está ligada con la libertad económica, y también protegida como base del sistema económico (Constitución, arts. 333 y 150-21). La regulación legal debe, pues, dejar un ámbito, así sea reducido y condicionado, que permita la satisfacción del interés privado y la adopción de posibilidades de acción concretas por parte de su titular, ámbito que en modo alguno puede construirse de manera apriorista y abstracta. Ese núcleo irreductible que es garantizado por la Constitución se refiere al nivel mínimo que pueden objetivamente tener las facultades de goce y disposición del bien para permitir a su titular extraer su utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que, en la conciencia social, alcancen a justificar la presencia de un interés privado y a reconocer como subsistentes los rasgos que distinguen a cierto tipo de propiedad. Indudablemente, aquélla y éstos se esfumarían si las limitaciones y obligaciones sociales impuestas al propietario son irrazonables y coartan toda posibilidad efectiva de utilidad puramente individual del derecho.

Está, de otra parte, el cuestionamiento del carácter de fundamental del derecho a la propiedad, al que se llega por vía de

las acciones de tutela o, más precisamente, del rechazo a tutelar dicho derecho. El ejemplo más importante es la sentencia T-506 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, donde se señala que solo cuando ocurra una violación al derecho de propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dicho en otros términos, la propiedad será considerada un derecho fundamental siempre que se encuentre vinculada al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna, es decir que debe haber una conexidad evidente con derechos fundamentales.²¹ En algunas sentencias de constitucionalidad ha sido adoptada una decisión similar, por ejemplo, las sentencias C-295 de 1993, MP: Carlos Gaviria Díaz, donde la Corte niega que la propiedad sea uno de los derechos señalados en el artículo 93 constitucional, cuya limitación se prohíbe durante estados de excepción; C-374 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, donde la Corte analiza el trámite legislativo de la Ley 333 de 1996 “por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita”, y concluye que no requería trámite de ley estatutaria; y C-409 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, donde se analiza materialmente la misma Ley 333 de 1996.

²¹ En igual sentido se pueden consultar las sentencias T-483 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-440 de 1995, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-554 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz; T-284 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-087 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-259 de 1996, MP: Julio César Ortiz

LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA EXPROPIACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN

La expropiación es una de las expresiones de la función social de la propiedad²² que, como ya se ha indicado, participa de las ambigüedades tanto de la propiedad como de su función social, que se acaban de recoger y recorrer.

El derecho de propiedad privada plantea la jurisprudencia constitucional, es el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, constituye la expresión más notable de la libertad económica del individuo en un Estado Social de Derecho como el colombiano, en cuyo ejercicio aquel puede obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades. No obstante la protección social del derecho de propiedad, en desarrollo de la función social y con fundamento en la prevalencia del interés general consagrada procede la expropiación, o sea la privación de ese derecho contra la voluntad de su titular, en favor del estado, con el cumplimiento de ciertos requisitos.

Hay un punto de conflicto que sintetiza los distintos factores que concurren en la expropiación y las ambigüedades a las que se ha hecho referencia: ¿cómo equilibrar los intereses de la comunidad y del afectado en la determinación de la indemnización? Tomando como referencia esta pregunta se revisarán algunos aspectos centrales de la jurisprudencia sobre expropiación (Sentencia C-153 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-374 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, en donde la Corte, al examinar la constitucionalidad de las normas que regulaban la extinción de dominio de bienes adquiridos de manera ilícita, hizo una distinción entre esta figura y la de la expropiación y, particularmente, de la más importante sentencia sobre expropiación para fines urbanos, expedida

²² Al respecto, *cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-284 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

en 2002, aunque fueron demandadas las normas relacionadas con el pago de la indemnización, la sentencia abordó en detalle el análisis de la expropiación corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-1074 de 2002, magistrado ponente Manuel José Cepeda). Los aspectos que serán analizados son:

1. La idea de justicia en la indemnización en el marco de la discusión constitucional.
2. El análisis particular de la condición social del afectado.
3. La tensión entre el papel del legislador y el del juez.

Con respecto a la idea de justicia, se mostró con anterioridad que en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se optó por establecer la categoría de la indemnización *versus* otras alternativas, su condición de previa y la necesidad de consultar los intereses de la comunidad y del afectado. ¿Cuáles son las implicaciones de esta definición desde el punto de vista del tribunal constitucional?

Las sentencias de la Corte Constitucional plantean que “[...] Aun cuando el texto constitucional no menciona expresamente si la indemnización por expropiación debe ser justa, esta exigencia se ha deducido de la referencia que hace el texto del artículo 58 de la Carta a la necesidad de ponderar los intereses de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización por expropiación”. Expresamente se ha indicado: “esta frase significa que la indemnización debe ser justa, realizando así este alto valor consagrado en el Preámbulo de la Carta, lo cual concuerda, además, con el artículo 21 del Pacto de San José”, según el cual “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Subraya la Corte que las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, al regular los instrumentos de reforma urbana, contienen las directrices que deben seguir las administraciones locales y los

ciudadanos para cumplir con los fines sociales y de utilidad pública del ordenamiento urbano. Dichas leyes promueven la democratización de la propiedad urbana e introducen factores de racionalidad en el diseño y desarrollo de los centros urbanos. Si bien la reforma urbana comparte con la reforma agraria fines sociales de redistribución de la propiedad, tiene manifestaciones específicas relativas a las peculiaridades del desarrollo urbano y de la planificación urbana que han llevado al legislador a adoptar un régimen especial en materia de expropiación en el contexto de las urbes.²³

Según la sentencia C 1074 de 2002 la referencia a los intereses de la comunidad y del particular afectado representa un cambio fundamental introducido por el Constituyente en 1991: la fijación del valor de la indemnización difícilmente puede hacerse de manera abstracta y general, sin tener en cuenta el contexto de cada caso, sino que requiere la ponderación de los intereses concretos presentes en cada situación, para que el valor de la indemnización corresponda en realidad a lo que es justo. Esto puede llevar incluso al juez establecer una indemnización inferior al total de los daños ocasionados por la expropiación, pero sin que pueda llegar a la conclusión de que no hay lugar a indemnización adecuada, dado que el Acto Legislativo núm. 1 de 1999 excluyó la posibilidad de expropiación sin indemnización.

Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la indemnización debe ser justa, lo cual implica un análisis más complejo al de la mera tasación del valor del bien expropiado. La Corte considera que la indemnización consagrada constitucional y legalmente en ocasiones tiene un carácter reparatorio, más no restitutivo. Debe contemplar tanto el daño emergente como el lucro cesante pero no los costos necesarios para adquirir

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-1074 de 2002, MP: Manuel José Cepeda.

un bien de iguales características al expropiado (es decir, que no se trata de una reparación integral).

Hay casos, sin embargo, en los cuales puede adquirir un carácter restitutivo de acuerdo con la interpretación de la corte. Aquellos en los cuales estén de por medio sujetos y bienes especialmente protegidos por la Constitución. Esta es una idea interesante de la jurisprudencia colombiana que tiene que ver con el impacto que tiene la consagración del Estado Social del Derecho en la aplicación de una institución como la expropiación. La jurisprudencia no se ha dedicado en extenso a este tema, pero ha abierto puertas a la discusión que promete un campo de análisis muy completo.

Las dos categorías sobre las cuales ha girado este análisis son dos: el derecho a la vivienda y los sujetos de especial protección. La Corte ha señalado la obligación de dar un trato particular en materia de forma de pago (en tanto estas fueron las normas demandadas, pero hizo una referencia completa al tema) cuando estén de por medio alguno de los dos. Así, ha señalado que para efectos de proteger la vivienda familiar cuando la expropiación de un inmueble implique la privación de ese derecho la indemnización debe ser total y pagada en efectivo.

La ponderación de los intereses enfrentados en cada caso la hace el juez. Se trata de un requisito que también impide que el monto de la indemnización finalmente fijado, y las condiciones de su pago, sean arbitrarios, por violar los parámetros legales, por obedecer a prejuicios o a un *animus* discriminatorio, por carecer de razonabilidad en las circunstancias en que colisionaron el interés del afectado y el interés de la comunidad, o por ser evidentemente desproporcionados.²⁴

La Corte se refirió a los medios de pago expresamente en la sentencia C-192 de 1998, en relación con la indemnización por expropiación de vivienda familiar:

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1074 de 2002. MP: Manuel José Cepeda.

En consecuencia, ante la disyuntiva que puede plantearse en un caso concreto, entre la necesidad que tenga el Estado de adquirir un bien para destinarlo a uno de los fines señalados por el legislador, por razones de utilidad pública o de interés social, y el carácter indisponible e inalienable de ese mismo bien en cuanto se lo haya constituido en patrimonio afectado a vivienda familiar, la respuesta que surge de la Constitución para dirimirlo es clara: nada obsta para que siga adelante la expropiación, pero la familia debe quedar indemne de manera oportuna en cuanto a la efectiva propiedad y posesión de una vivienda, sin solución de continuidad y por el mismo valor real del bien objeto de aquélla.

[...]

El fallo citado hace una ponderación de los intereses de la comunidad y del particular para fijar el valor de la indemnización y las condiciones de su pago. Exige que, en los casos de vivienda familiar, la indemnización previa sea pagada en efectivo y en forma total con el fin de que la familia que pierde su vivienda pueda sustituirla oportunamente por otra. En este caso especialísimo, la indemnización tiende a cumplir una función restitutiva.

A la misma conclusión ha llegado la corte tratándose de la vivienda de personas especialmente protegidas por la Constitución, menores de edad, discapacitados, adultos mayores, entre otros. En tales casos la indemnización debe ser pagada en efectivo y de contado.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que la entrega anticipada de bienes expropiados durante el proceso judicial si se trata de casos de vivienda familiar o de propiedad de sujetos especialmente protegidos por la Carta podría resultar en una vulneración grave al derecho a la vivienda y al patrimonio familiar.

Otros temas permiten dilucidar los problemas planteados sobre el concepto de justicia y la tensión entre el juez y el legislador:

El concepto de indemnización no puede confundirse con el de precio.

Según la sentencia C-153 de 1994, que recoge la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena el 11 de diciembre de 1964, MP: Julián Uribe Cadavid, donde dijo lo siguiente:

Sobra agregar que el concepto de indemnización por expropiación no puede confundirse con el concepto de precio como prestación de la venta. Este es un acuerdo bilateral, de derecho privado, fruto de la libertad contractual [...]. La expropiación no es un contrato, no es una venta, ni siquiera forzada, como la que se verifica en subasta pública en determinados casos; es una figura esencialmente distinta, de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración toma la propiedad particular, y como esta medida genera un daño, y no un precio, se satisface mediante una indemnización. Ello a pesar de que, como se analiza en el otro capítulo sobre Colombia, el legislador recurre a la expresión precio comercial.

LA DIFICULTAD PARA DEFINIR EL CARÁCTER Y EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN

Según la sentencia C 1074 de 2002 ya citada,

En el ámbito constitucional es relativamente extraño encontrar constituciones que establezcan de forma precisa los elementos que debe cubrir la indemnización. Así, algunas constituciones establecen como uno de los requisitos de la expropiación que sea pagada una indemnización “plena”. De igual manera, otras constituciones establecen un parámetro para fijar la indemnización como el valor de mercado del bien expropiado. Sin embargo, la mayoría de constituciones aluden a conceptos indeterminados al calificar la indemnización. Así, la constitución de Alemania dispone que la indemnización debe ser “equitativa”. Otras refieren a la necesidad de una indemnización “justa” o “apropiada”, tales como las constituciones de países de tradición anglosajona como Estados Unidos o de tradición romano germánica como Francia, Bélgica, Portugal, o Suiza. Algunas legislaciones también hacen

referencia a la indemnización justa. Por ejemplo, en España el artículo 51 de la LEF utiliza la expresión “justo precio”.

FORMA DE PAGO Y PRECIO JUSTO

[...] puesto que la indemnización es el medio para dejar en lo posible libre de daños materiales a quien resulte perjudicado con la expropiación, los medios de pago de la indemnización deben tener la virtud de cumplir esa finalidad. Entonces, si los instrumentos de pago emitidos o entregados por la entidad no tienen poder liberatorio porque, por ejemplo, no representan un valor real en dinero, porque no pueden efectivamente ser convertidos en dinero cuando el expropiado desee negociarlos, o porque consignan meras expectativas sin valor económico diferente a ser la garantía de que en el futuro la administración hará el pago debido en contados anuales sucesivos, se contrariaría la obligación de pagar previamente a la expropiación que establece el artículo 58 de la Carta. Los títulos valores que se entreguen deben tener el carácter de medios de pago y ser representativos de una suma real y cierta de dinero.

¿Papel del legislador y papel del juez?

La sentencia no resuelve del todo el problema; el legislador orienta al juez pero éste en última instancia indica que es lo justo, particularmente como protector de derechos.

Se señala que en desarrollo del precepto constitucional del artículo 58 el legislador, en ejercicio de la potestad de configuración que tiene en materia de expropiación puede, entre otras cosas, definir los motivos de utilidad pública e interés social, diseñar los procedimientos a través de los cuales se realizará la expropiación y establecer las reglas que el juez aplicará para fijar la indemnización que corresponda en cada caso.

Dentro de ese margen de configuración, el legislador puede establecer criterios generales para examinar los intereses de la

comunidad y de los afectados y establecer los tipos de grados de afectación de los derechos de quien sea expropiado, todo ello con la finalidad de orientar al juez. Pero corresponde a los jueces proteger el derecho de propiedad, ponderando en cada caso los intereses de la comunidad y del particular afectado, mediante el decreto de la expropiación, pero fijando también la indemnización y la forma de pago que considera justa. Como garante de la efectividad de los derechos de las personas, el juez que decida la expropiación deberá tener en cuenta, además de los parámetros establecidos por el legislador para el caso de expropiación, otros referentes constitucionales como la protección especial a los niños, a la tercera edad, o a los discapacitados, entre otros, siempre que sean relevantes para determinar el valor y la forma de indemnización que resulta justa en cada caso, dado que tales referentes constitucionales confieren a los intereses en juego un peso específico que el juez habrá de ponderar en cada caso.

En el caso de esas personas especialmente protegidas, el juez puede apartarse de lo establecido en la ley, porque de no ser así “[...] el juez se vería en la disyuntiva de cumplir con el texto de la ley, aplicando reglas rígidas de manera mecánica, pero desconocer la exigencia constitucional de ponderar y proteger los derechos de cierto tipo de sujetos especialmente vulnerables”.

Por tanto, corresponde al juez decretar una indemnización que respete principios constitucionales, y para ello debe poder interpretar las disposiciones legales que regulan la indemnización en caso de expropiación y ponderar todos los intereses en juego, conforme a la Carta. Una indemnización que no sea compatible con principios tales como la protección del patrimonio familiar inalienable, la garantía a los derechos de los niños, de los disminuidos físicos, sensoriales o síquicos, de la tercera edad, o de otras personas especialmente protegidas por la Carta, sería violatoria de la Constitución.

La Constitución no impone que en el evento de sujetos especialmente protegidos por la Carta el pago de la indemnización siempre deba hacerse en un solo pago y en efectivo. Pero la

Constitución sí impide que al juez le esté vedado ponderar en estos casos, para que cuando la garantía de los derechos constitucionales lo exija, determine que procede el pago en efectivo y en un solo pago. La Corte decretó la constitucionalidad condicionada de la norma.

Para la Corte, la norma constitucional en cuestión “muestra la confianza del constituyente en el juez”. El juez debe garantizar la función social y proteger los intereses de los afectados, particularmente los más vulnerables. Pero que

[...] la Constitución misma permita que el juez pondere no implica descartar la ley, puesto que la ponderación no le resta eficacia jurídica a la misma. [...] La ponderación no implica que el juez goce de una discrecionalidad absoluta, ni que proceda un desconocimiento de la ley, sino que le impone a éste una carga de argumentación adicional, para poder justificar el mayor peso que le llegue a dar a uno u otro interés. En el mismo sentido limitativo de la ponderación apuntaba la inclusión de la función social de la propiedad.

La sentencia varias veces citada analiza en detalle los condicionamientos —de la decisión— que tuvo en cuenta la Corte e informa sobre los dilemas del tribunal, particularmente en lo que tienen que ver con los riesgos que corre el juez. De un lado, convertirse en un mero aplicador de la ley cuando el asunto no se refiera a la protección de vivienda familiar y personal única y actual, pues carece de los parámetros que se explicitaban en el condicionamiento adicional, lo cual va en desmedro de la Constitución. De otro lado, si el juez opta por aplicar directamente la Constitución, lo hará sin los parámetros explícitos fijados por la Corte en la parte resolutive que lo orienten para determinar cuándo otorgar un mayor peso a los intereses del afectado, en el contexto siempre presente de la función social de la propiedad.

El otro condicionamiento se refiere a la presencia de sujetos especialmente protegidos, donde otro tipo de derechos adicio-

nales al de propiedad fueran afectados de manera manifiesta, caso en que el juez podía darle mayor peso a los intereses del particular expropiado y decretar una indemnización que garantizara adecuadamente estos derechos en juego.

Sin ese condicionamiento y a manera de ejemplo, si el bien expropiado constituye el único sustento económico de una persona de la tercera edad o discapacitada, y ésta lo adquirió de buena fe apenas dos años y medio antes, no sería posible que el juez ordenara un pago total y en efectivo de la indemnización, pues no cumpliría una de las condiciones que establece el artículo 29 de la Ley 9 de 1989, para decretar un solo pago de contado. En efecto, el artículo 29 condiciona esa forma de pago a i) que se trate de un bien cuyo precio no sea superior a los 200 salarios mínimos mensuales legales; ii) que el propietario sea “el mismo durante los tres (3) años anteriores a la notificación del oficio que disponga la adquisición”, y iii) que se “demuestre dentro del proceso que obtiene del inmueble en cuestión más del setenta por ciento (70%) de su renta líquida o que el valor de dicho bien represente no menos del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio líquido”.

Admitir claramente la competencia del juez para armonizar intereses no implica que la ponderación que haga el juez llegue a generar un tratamiento desigual en favor o en perjuicio de unas personas. Por el contrario, la ponderación es un desarrollo conforme al principio de igualdad porque precisamente la determinación de la indemnización supone apreciar las circunstancias del caso concreto. Esta posibilidad reconoce el hecho de que el legislador fija las reglas generales pero no puede anticipar las circunstancias del caso concreto y, por eso, el juez puede, luego de ponderar los intereses en juego, determinar que, en ocasiones, la indemnización cumpla una función meramente compensatoria y, en otras, que adquiera un carácter restitutivo, sin desconocer el marco establecido por el legislador.

De esa manera, no resulta tan sencillo, como el ideario constitucional parece plantear, pasar de los principios y enunciados

generales a resolver el núcleo duro de la expropiación, que casi siempre se reduce a cuánto pagar con recursos de la comunidad a un propietario sobre el que recae la carga de la pérdida de su propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuela, Antonio y Carlos Herrera. 2009. "Taking Land around the World". En *Urban Land Markets. Improving Land Management for Successful Urbanization*, coordinado por S.V. Lall, M. Freire, B. Yuen, R. Rajack y J.J. Helluin. Washington: Springer.
- Azuela, Antonio, Carlos Herrera y Camilo Saavedra. 2009. "La expropiación y las transformaciones del estado". *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 71, núm. 3 (julio-septiembre): 525-555.
- Batista Pereira, Eliécer, Lucero Coral e Iván James. 2010. "La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia". *Criterio Jurídico*, vol. 10, núm. 1.
- Botero, Sandra. 2006. "La reforma constitucional de 1936, el estado y las políticas sociales en Colombia". *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, núm. 33, pp. 85-109. Universidad Nacional de Colombia.
- Duguit, León. 1915. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Ed. Francisco Beltrán.
- Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux (coords). 2006. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate.
- Hinestrosa, Fernando. 1996. "El derecho de propiedad en la Constitución". En Autores Varios. *Constitución Económica de Colombia*. Bogotá: FINDETEC, Bibliotheca Milennio, El Navegante Editores.

- López, Diego Eduardo. 2004 *La teoría impura del derecho*. Bogotá: LEGIS, Universidad de los Andes.
- Maldonado, María Mercedes *et al.* 2006. *Planes parciales, gestión asociada y mecanismos de reparto equitativo de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano. Marco jurídico, conceptos básicos y alternativas de aplicación*. Bogotá: Lincoln Institute of Land Policy.
- Maldonado, María Mercedes *et al.* 2004. "Propiedad y territorio en la Constitución de 1991". En *Utopía para los excluidos. El multiculturalismo en África y América Latina*, compilado por Jaime Rocha, Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, Colección CES, pp. 347-364.
- Martínez, Marc. 1939. *El Régimen de Tierras en Colombia. Antecedentes de la ley 200 de 1936 "sobre régimen de tierras" y decretos reglamentarios*, tomo 1. Bogotá: Ministerio de la Economía Nacional.
- Marulanda, Iván *et al.* 1991. "Propiedad". *Gaceta Constitucional*, núm. 46 (15 de abril): 25-26.
- Ponce de León, Eugenia (s/f). "La función social y ecológica inherente al ejercicio del derecho de propiedad sobre los bosques". Versión electrónica suministrada por la autora. Bogotá, policopiado.
- Rabello de Castro, Sonia. 2008. "O conceito de Justa Indenição nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social ou enriquecimento sem causa?". *Revista de Administração Municipal*, vol. 265, pp. 42-53.
- Rodríguez, César. 2009. *La globalización del Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas.
- Tirado, Álvaro y Magdala Velásquez. 1984. *La reforma constitucional d1936* (vols. 1 y 2). Bogotá, Editorial Oveja Negra.

NORMAS, DOCUMENTOS DE TRÁMITE DE NORMAS
Y SENTENCIAS CONSULTADAS

República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, Intervención de Jorge Humberto Botero ante la Comisión Quinta, 18 de abril de 1991.

República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, Plenaria del 10 de junio de 1991.

República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, Sesión conjunta de las Comisiones Primera y Quinta, 30 de abril de 1991.

República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, Comisión Quinta, 22 de abril de 1991.

República de Colombia, Presidencia de la República de Colombia. 1991. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución.

República de Colombia. *Constitución Política de 1991*.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 9 de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997 por la cual se modifica la ley 9ª de 1989 y la ley 2ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-087 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-284 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-440 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-483 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1074 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 1996. Magistrado Ponente: Julio César Ortiz.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-284 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-506 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de marzo 10 de 1938. Magistrado Ponente: doctor Juan Francisco Mújica.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de negocios generales. Sentencia de marzo 24 de 1943. Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardozo Gaitán.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 11 de diciembre de 1964, Magistrado Ponente: Julián Uribe Cadavid.

Serpa, Horacio *et al.* 1991. “El Estado y la economía”. *Gaceta Constitucional*, 11 de junio de 1991.

Capítulo sexto
La expropiación en Quito:
cambio institucional y gobierno municipal

María Mercedes Maldonado

INTRODUCCIÓN

Este artículo se compone de tres módulos, aparentemente independientes, pero que vistos en conjunto pretenden dar cuenta de distintas aristas del uso de la expropiación en Ecuador como herramienta de gestión urbana, a partir de la experiencia de Quito.

Al igual que en Colombia, existe una amplia utilización de la expropiación por parte de gobiernos municipales que se han fortalecido en un contexto de aguda inestabilidad institucional en el nivel nacional y de sucesivos cambios constitucionales que parecen no incidir sobre este mecanismo, y así se definen los módulos que componen este artículo: contexto institucional nacional y fortalecimiento de los gobiernos municipales, reglamentación legal de la expropiación y conflictos ligados a su utilización.

Esta utilización ha estado acompañada por el problema común a la expropiación: las reglas para la determinación de la indemnización y el poder explícito que se concede a los jueces para determinar pagos a cargo del presupuesto público y las ambigüedades que surgen cuando se trata de compensar un derecho

patrimonial como el de propiedad. En los conflictos ligados a este aspecto también se observa una interesante defensa de lo público en los funcionarios públicos ante y a pesar de los jueces, que ha sido revisada en el capítulo sobre “Jueces, derechos humanos e indemnización en caso de expropiación Análisis de casos en Ecuador” que también forma parte de este libro. En este caso, existe un divorcio evidente entre un discurso general que apuesta a transformaciones sociales derivadas del último cambio constitucional y las posiciones conservadoras de los jueces.

Pero como este tema es el foco del capítulo citado, en este se revisa el contexto institucional en el cual surgen las reformas y se fortalece el gobierno metropolitano de Quito orientado por la tradición municipalista latinoamericana, al igual que los de ciudades como Guayaquil o Cuenca. Además, se revisa la reglamentación legal de la expropiación y se identifican los principales conflictos.

En el segundo punto se examinan los rasgos más importantes de la última modificación de la Constitución Política y se señala cómo, a pesar de los cambios frecuentes, los textos sobre el derecho de propiedad y de la expropiación se mantienen sin mayor transformación, aunque se modifique el contexto general en el que se inscriben. Es pronto para saber si esos cambios incidirán sobre la institución que se analiza. En el tercer punto se resume, de una forma descriptiva, la reglamentación legal de la expropiación en Ecuador, como base para comprender las condiciones de su instrumentación en Quito.

INESTABILIDAD INSTITUCIONAL, CAMBIOS CONSTITUCIONALES Y FORTALECIMIENTO DE GOBIERNOS URBANOS

El proceso político reciente de Ecuador está marcado por una fuerte inestabilidad, donde, como es usual en América Latina, la reforma constitucional desempeña un papel relevante. La

llegada a la presidencia de Rafael Correa ha producido cierta estabilidad, pero el ciclo de sus propuestas políticas y el alcance de sus proyectos de transformación, incluida la instrumentación de la más reciente constitución aún no se ha cerrado y es también incierto. Simultáneamente, el gobierno del municipio de Quito parece haberse fortalecido y convertido en un importante referente político, sin contar la tensión permanente que la fuerza de la dinámica urbana de Guayaquil produce en relación con el poder central localizado en la capital. Recuperar el control de ciertas funciones y competencias es parte del proyecto político.

Explicadas por diversos factores existen apuestas importantes de los gobiernos urbanos por construir su propia institucionalidad y desarrollar políticas y programas que permitan lograr transformaciones físicas y de las condiciones de vida de sus habitantes, en contraste con la debilidad del gobierno nacional apenas en busca de su rumbo. En ese ámbito, la expropiación juega un papel relativamente importante, sin embargo, al mismo tiempo el papel en las transformaciones institucionales es poco importante.

Con base en algunos textos de politólogos o historiadores ecuatorianos a continuación se presentan los principales rasgos del proceso político ecuatoriano en el periodo reciente, con referencias rápidas a todo el siglo XX, como base para comprender el andamiaje institucional de este país, así como los factores y actores que inciden y el tipo de reivindicaciones que se movilizan en los procesos frecuentes de cambio constitucional, que forman parte importante de la búsqueda aún no lograda de la estabilidad de su sistema político. Termina este primer módulo con la aproximación al proceso simultáneo, pero en una trayectoria contraria, de fortalecimiento del municipio, hoy distrito metropolitano, de Quito.

INESTABILIDAD DEL GOBIERNO NACIONAL

Es conocido el proceso de inestabilidad institucional de Ecuador en el periodo reciente.¹ Entre 1972 y 1979 se sucedieron dos dictaduras militares, en una primera etapa un gobierno nacionalista y revolucionario de las fuerzas armadas y luego un triunvirato militar en 1976-1979. Éstos pretendieron establecer un modelo nacionalista y desarrollista, es decir, uno con tendencia reformista facilitado por el crecimiento de la explotación petrolera, que no adquirió los rasgos represivos de las dictaduras del sur del continente.

El triunvirato militar convocó un referéndum realizado en 1978 para decidir sobre dos textos constitucionales (el vigente desde 1945 y un proyecto), y a partir de la aprobación de la Constitución, calificada como progresista, convocó a elecciones con un sistema de doble vuelta sobre la base de la búsqueda de institucionalización de los partidos políticos, que fueron los únicos con capacidad legal para postular candidatos al ejecutivo, al Congreso y a los organismos seccionales.

A partir de ahí se abrió paso a una relativa estabilidad con presidentes populistas, reformistas, social-demócratas o de derecha. En 1996 el gobierno constitucional de Abdalá Bucaram fue derrocado como reacción a una corrupción extrema y con base

¹ También a lo largo del siglo XX. Entre 1925 y 1948 se sucedieron 27 gobiernos, de los cuales solamente tres tuvieron su origen en elecciones directas, doce fueron encargados del poder, ocho dictaduras y cuatro elegidos por asambleas constituyentes. Entre 1948 y 1961 se vivió el periodo más largo de estabilidad constitucional (solamente superado por el actual) con la sucesión de tres gobiernos elegidos democráticamente. A partir de 1961 se retornó al ciclo de inestabilidad, con una sucesión constitucional, un golpe militar (1963), la nominación de un presidente interino (1966), la conformación de una Asamblea Constituyente, la nominación de otro presidente interino (1967), la elección de un presidente (1968), un autogolpe (1970) y un nuevo golpe militar (1972). Así, no faltaban las razones para considerar a la inestabilidad como el principal problema del sistema político (Pachano, 2007).

en argumentos del Congreso sobre su incapacidad mental. Le sucedieron dos presidentes designados por el Congreso y el proceso desembocó en la convocatoria a una asamblea constituyente, que fue la base para el inicio de un gobierno democristiano elegido por voto ciudadano. El presidente elegido, Jamil Mahuad (1998-2000), también derrocado a los 15 meses de iniciado su gobierno y sustituido por otro triunvirato conformado por un general del ejército y dos civiles, uno de ellos indígena, que apenas gobernó algunas horas porque las fuerzas militares favorecieron la inmediata sucesión constitucional de Mahuad por el vicepresidente Gustavo Noboa (Paz y Cepeda, 2000).

Durante dos décadas se sucedieron 10 gobiernos (cinco entre 1996 y 2000) cada uno con una orientación política distinta. Estos cambios ocurrieron en un contexto de crisis económica donde el modelo nacionalista desarrollista fue remplazado por un modelo empresarial de desarrollo económico, que representaba los postulados que se acostumbraba denominar como neoliberales y que tenía como una de sus expresiones más visibles la dolarización.² Estaba atravesado también por un conflicto armado con el Perú, que incidió en las decisiones electorales y en la legitimación de los presidentes.

El intento de fortalecimiento de los partidos políticos no se había logrado y, por tanto, en general enfrentaban un gran desprestigio. A principios de la década de 1990 el movimiento indígena adquirió una creciente presencia y significación política, evidenciada en movilizaciones como levantamientos indígenas y en la organización de partidos. De allí surgió la reivindicación de las nacionalidades indígenas y de la pluriculturalidad y multietnicidad, que, unida a movimientos regionalistas liderados por oligarquías, permeó fuertemente las constituciones de 1998 y 2008.

² Seguida de una inflación de 60% y una fuerte devaluación con efectos sobre las expropiaciones.

Las fuerzas militares y los movimientos indígenas han sido actores políticos importantes en los procesos recientes ocurridos en Ecuador. En el país hay una larga historia de intervenciones militares o golpes de estado,³ la primera en 1925, la segunda en 1935-1938, 1963-1966 y dos periodos en la década de 1970: 1972-1976 y 1976-1979. Algunos de estos gobiernos introdujeron la cuestión social en las políticas estatales y adoptaron, a manera de ejemplo, el código del trabajo, la reforma agraria y han participado de manera permanente en actividades y programas de apoyo de las poblaciones de menores ingresos, como la construcción de carreteras, caminos y otras obras públicas para mejorar la comunicación de regiones apartadas, la creación de escuelas y centros de salud entre las comunidades indígenas, etcétera.

Los golpes fueron en general producto de una decisión institucional de las fuerzas armadas y no de movimientos u oficiales aislados, de manera que, como acabamos de indicar, las Fuerzas Armadas han constituido un soporte importante del sistema constitucional, y los militares piezas importantes para resolver vacíos políticos creados por la elites civiles y han logrado un contacto directo con la población, sobre todo la más afectada por la pobreza.

Según Cecilia Ortiz (2006), las fuerzas armadas han manifestado una preocupación por la fragmentación “societal” del país y planteado la necesidad de construir una nación fuerte basada en su cohesión interna y la idea de progreso como fuente del poder nacional. Su preocupación ha sido la de la integración nacional a través de estrategias de relación directa con la población dirigidas a sacar el mundo rural del arcaísmo que, desde su óptica, le restaría poder a la nación, por eso era tan importante la integración de los indígenas al *ethos* de la modernización,

³ Los autores consultados destacan la diferencia entre una y otro. En algunos casos los militares han intervenido para restablecer el orden constitucional

en palabras de la autora. El objetivo de unidad de la nación, asumido como objeto de defensa les otorgó legitimidad y, al mismo tiempo, han desempeñado un papel como defensores de la democracia, actuando como mediadores de las crisis políticas o como sustitutos de la inoperancia de las formas de actuación de las elites civiles.

Los indígenas se movilizaron para presionar la caída de Mahuad, organizaron parlamentos del pueblo con otros movimientos sociales, ocuparon el palacio legislativo, apoyados por un grupo de oficiales y soldados e intentaron hacer lo mismo con el de justicia y el de gobierno. En la sala del Congreso nacional constituyeron una “Junta de Salvación Nacional”, integrada por Lucio Gutiérrez, un coronel del ejército, Antonio Vargas, máximo dirigente indígena de la CONAIE, y Carlos Solórzano Constantine, un ex presidente de la Corte Suprema de Justicia. A los “golpistas” se unieron unos 500 oficiales, provenientes de la Academia de Guerra, de la Escuela de Perfeccionamiento y de la Escuela Politécnica del Ejército, es decir, de lo mejor de la intelectualidad del ejército, por lo que la prensa del país hablaba de los “militares académicos”. Y, además, hay que entender, que, por propias declaraciones de los “golpistas” al momento de los sucesos y las que han aparecido posteriormente, los oficiales jóvenes y de mandos medios se unieron al movimiento indígena porque éste, a su vez, reflejó una profunda aspiración nacional de cambio, pues “todos” querían la salida de Mahuad. Por eso se califica esta situación más como una rebelión popular que como un golpe militar. Como ya se indicó, al día siguiente la Junta cedió el gobierno al vicepresidente legalmente elegido.

Según autores ecuatorianos como Simón Pachano (2007) el ordenamiento constitucional y legal ecuatoriano estaría marcado por la falta de consistencia y de cohesión interna, la ausencia de coordinación en los objetivos y por una tendencia a la inestabilidad, la dispersión y la fragmentación. Los frecuentes cambios normativos han afectado en lugar de mejorar la capaci-

dad de orientar la economía y de procesar los conflictos sociales, así como de ofrecer condiciones apropiadas de representación y participación. Además, han producido una ruptura entre esas normas y las prácticas de los actores, de manera que los procesos de intercambio y de negociación política tienden a ocurrir por fuera de las instituciones propias del sistema político, y que la falta de formalización y creación de hábitos por parte de los actores sociopolíticos están afectadas por la inestabilidad de las leyes y, en general, de las normas.

El diagnóstico finaliza señalando el retiro de confianza de la ciudadanía hacia las instituciones (no solo los partidos sino la vigencia de los derechos o la validez de los procedimientos democráticos), y hacia el régimen democrático en su conjunto. Si bien este tipo de análisis un tanto fatalistas son comunes en los estudios políticos latinoamericanos, el rápido contacto con funcionarios y ex funcionarios y con las discusiones en un momento de cambio de gobierno municipal en Quito sugieren un panorama diferente.

En lo que sí tendemos a coincidir —y lo hacen otros autores— con el análisis de Pachano es en su planteamiento de que generalmente la acción política ha tenido un fuerte componente de debate constitucional y legal, de manera que “[...] la Constitución se ha convertido, así, en arena para el enfrentamiento político y al mismo tiempo en uno de los objetos que se encuentran en disputa en la política”. De ahí el nombre, y contenido, del mecanismo escogido como soporte al proceso de retorno al régimen constitucional, diseñado y controlado por el gobierno militar del periodo 1972-1979: Plan de Reestructuración Jurídica del Estado, considerado fundacional de una etapa de vigencia de las instituciones democráticas, que fue más allá de la sola reforma constitucional y se aplicó a todos los ámbitos de la acción política (Pachano, 2007), y la conformación de tres comisiones jurídicas en las que

idealmente estaría representada una amplia gama de sectores sociales y políticos.⁴

Según Pachano, a diferencia de lo que ocurría en los anteriores periodos, cuando se utilizaba el golpe de estado para solucionar los problemas políticos, en el presente se ha acudido a la reiterada reforma de las normas y procedimientos. Durante gran parte del siglo XX, las disputas políticas se dirimieron mediante la ruptura constitucional y la posterior instauración de un nuevo ordenamiento, lo que se constituyó en un procedimiento legitimado por la práctica. El círculo dibujado por *gobiernos débiles-golpes de estado-asambleas constituyentes-elección o nominación de nuevos gobiernos* se mantiene, pero las asambleas constituyentes han sido reemplazadas por interpretaciones legales y constitucionales que en última instancia se han convertido en el factor de preservación de las instituciones democráticas. Esa ha sido la forma en que se han sorteado las intervenciones militares ocurridas en 1997 y 2000, pero también ha sido la práctica utilizada para enfrentar los bloqueos políticos entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Según Pachano, “[...] en términos prácticos no se ha roto el orden constitucional, pero no se puede decir lo mismo en términos conceptuales, especialmente si se considera que las instituciones y los procedimientos son partes constitutivas de la democracia”. El resultado de estos comportamientos, según este autor, ha sido la configuración de una *normatividad flexible*,

⁴ La primera comisión estuvo encargada de reformar la Constitución de 1945 —usualmente considerada como la más progresista que había tenido el país hasta ese momento—, la segunda de elaborar una nueva Constitución y la tercera de preparar una ley de partidos políticos y otra ley de elecciones. El paso final de este proceso fue la realización de un referéndum (enero de 1978), en el que frente a la alternativa de los dos proyectos de Constitución, los electores escogieron la nueva, con lo que entraron también en vigencia la ley de elecciones y —por primera vez en su historia— la de partidos políticos. De esta manera se inició la etapa más larga de vigencia de las instituciones democráticas de la historia del Ecuador que de todas maneras ha enfrentado sucesivos cambios constitucionales (Pachano, 2007).

sujeta a las interpretaciones que sean necesarias para conformar mayorías pasajeras o para salir del atolladero provocado generalmente por esa misma conducta de los actores. Las normas, comenzando por la propia Constitución, no han sido el marco de referencia para el desempeño político, sino más bien uno de los componentes de la negociación. “El cambio constante de las regulaciones y de los procedimientos no expresa, entonces, la búsqueda de mejores condiciones para los procesos políticos, sino la adecuación a los intereses específicos de cada uno de los grupos enfrentados”.

Añade que el diseño normativo ha sido una de las causas de esa nueva expresión de inestabilidad, su incoherencia y heterogeneidad alimentada por las constantes reformas y por la falta de congruencia entre las normas y los objetivos políticos declarados y por la falta de coherencia entre ellas mismas. No solo se ha logrado lo que coloquialmente se conoce como *colcha de retazos*, sino que en su elaboración “[...] ha trabajado una incansable Penélope que constantemente ha hecho y deshecho su propio trabajo [...]”, figura de donde sale el título del libro que aquí se cita. Finalmente, Pachano concluye al respecto que “[...] A pesar —o precisamente a causa— de las cuatro consultas populares, de la Asamblea Constituyente y de las incontables reformas constitucionales y legales, el marco normativo ecuatoriano es aún un producto inacabado, heterogéneo, y contradictorio”.

Sostiene Pachano que en Ecuador y en el contexto señalado se ha asentado un modelo que califica como *Estadocentrista* de la economía, que tiene como correlato una orientación específica de la política, caracterizada por la captación de espacios que permiten incidir en la asignación de recursos y por el control de los mecanismos que definen la obtención de prebendas en el sector público. El efecto más importante para este autor es la instauración de la conducta que califica como *rentista*, por la que todos los grupos sociales sin excepción, entran a disputar directamente los recursos que controla el estado. El principal

objetivo de la disputa por el acceso a las instancias estatales es el control de sus recursos y, de otra parte, se produce una sobrecarga de demandas sobre el gobierno central y la permanente conflictividad social que busca respuestas en los niveles políticos, que obliga a los gobiernos a largas negociaciones con cada uno de los grupos sociales con un costo muy alto en términos de recursos y de desgaste político y con la creación de un campo fértil para la corrupción.

Este ha sido el mecanismo de incorporación de amplios grupos sociales y el marco para la creación de ciudadanía en términos políticos y sociales, aceptado y sostenido por importantes grupos sociales y políticos. Sin embargo, dado su carácter, ha sido fuente de conflictos y factor de distorsión de las prácticas sociales del conjunto de actores políticos ecuatorianos. De cualquier manera que fuese, señala Pachano, “[...] el predominio de la conducta rentista constituye uno de los elementos que ayudan a explicar las características del diseño institucional y las reformas a las que fue constantemente sometido”.

Un último rasgo de la arquitectura institucional ecuatoriana es la diferenciación regional, atravesada por la diferenciación étnica. Desde la década de los años ochenta, cuando los pueblos indígenas surgieron como actores sociales y políticos de enorme gravitación, su presencia y sus reivindicaciones han pasado a formar parte constitutiva del sistema político nacional, lo que explica la incorporación de determinados temas básicos de la agenda política.

La estructura institucional buscada en el periodo reciente se basa en dos supuestos básicos: partidos fuertes y gobiernos de mayoría, como base para superar la precariedad del pacto ciudadano previamente existente. En 1979 por primera vez en la historia del país fue aprobado el derecho de los analfabetos al voto, lo que en la práctica implicó la incorporación de importantes grupos de población a los procesos electorales, especialmente la de origen rural y de los pueblos indígenas. Esta medida fue complementada con la segunda vuelta para la elec-

ción presidencial, con la que se buscaba conformar gobiernos que contaran con amplio apoyo ciudadano, dado que la historia electoral del país estaba marcada, con escasas excepciones, por presidentes que habían obtenido el triunfo con pequeños porcentajes de la votación y separados por diferencias mínimas de sus contendores. Según Pachano, el saldo de este diseño es negativo, tanto en el logro de sus objetivos explícitos como en términos de su incidencia sobre la estabilidad y la gobernabilidad: no se logró la consolidación de partidos fuertes, de alcance nacional, alejados de los grupos de presión, y tampoco fue posible constituir gobiernos de mayoría en el sentido estricto de la palabra, esto es, con el sustento político necesario y suficiente para llevar adelante políticas desde la acción gubernamental.

El carácter contradictorio de las medidas adoptadas en este proceso se profundiza con las sucesivas reformas que se han realizado en el marco normativo de la política nacional.

En 1983 (es decir, apenas cuatro años después de entrada en vigencia de la Constitución) se inició una serie de reformas legales y constitucionales que aún no ha concluido. Ninguna de ellas se ha enmarcado en una visión de conjunto del sistema político ni ha respondido a una concepción de ajuste de éste a objetivos globales. Todas, resalta Pachamo,

han puesto énfasis en aspectos parciales, tomados aisladamente y casi exclusivamente en referencia a las necesidades coyunturales. Esto ha llevado a la coexistencia y superposición de normas y disposiciones que expresan lógicas contradictorias y que desembocan no solamente en resultados totalmente diferentes a los que se buscaba originalmente, sino en situaciones mucho más conflictivas que las existentes antes de su introducción.

GOBIERNOS URBANOS QUE SE FORTALECEN

Entre tanto, marcando un evidente contraste con la inestabilidad del gobierno nacional, en las ciudades de mayor talla

del país, Quito, Cuenca y Guayaquil se fueron conformando gobiernos fuertes, con propuestas de gestión innovadoras y con reconocimiento local e internacional de sus resultados, como es el caso del programa de recuperación del centro histórico de Quito. También se destaca la implantación del sistema de transporte masivo basado en autobuses articulados, el sistema de áreas verdes y recreativas o el desarrollo de programas habitacionales municipales.

Los gobiernos locales, para contrarrestar los problemas de la debilidad del gobierno nacional fueron tomando en la práctica o logrando modificaciones en el régimen legal para obtener competencias que tradicionalmente habían correspondido al nivel nacional, así como un régimen legal especial de actuación. La Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, promulgada en 1993, otorgó a este municipio nuevas competencias y funciones y la posibilidad de generar procesos desconcentrados y participativos en la administración metropolitana (Vallejo, 2009). Las principales funciones transferidas tienen que ver con el control del uso del suelo, la gestión del transporte, el medio ambiente, la promoción de procesos participativos y, más recientemente, las actividades del turismo, seguridad ciudadana e infraestructuras. Estas funciones han llevado a la reconfiguración de la estructura institucional municipal con mucha mayor eficacia, aunque no exenta de discusión, que en el nivel nacional.

La Constitución de 1998 reafirma los principios de descentralización, desconcentración y participación contenidas en la Constitución y las leyes previas e introduce la transferencia progresiva de funciones, atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional con una condición muy singular: establece la obligación de descentralizar cuando una entidad seccional lo solicite y tenga capacidad operativa para asumir y el derecho que implica que no podrá haber transferencia de

competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos sin la de competencias.

El Reglamento a la Ley de Descentralización establece ciertas modalidades y procedimientos para la solicitud de transferencia de competencia y un término perentorio de 30 días y para que la autoridad del organismo central (ministro) atienda la solicitud de descentralización de competencias y funciones, formulado por un organismo seccional, y en caso de incumplimiento del plazo se entiende que hay aceptación tácita.⁵

Según Vallejo (2009), en los últimos 13 años se han observado cuatro momentos y sus correspondientes énfasis en los planteamientos descentralizadores: la búsqueda de racionalización y eficiencia administrativa vinculada a las opciones de inversión privada en la prestación de servicios (1993); la reivindicación de lo local, especialmente lo provincial (1998-1999); la transferencia de competencias a cambio de recursos del gobierno central a los gobiernos seccionales, en la modalidad de convenios individuales (a partir del 2001), y la propuesta de régimen especial autonómico que establece la posibilidad de que cualquier cantón o provincia o tipo de asociación entre ellos, pueda acceder voluntariamente a este régimen (2006). La Constitución de 2008, aprobada bajo la orientación del presidente Correa, tiene un enfoque recentralizador de recuperación de las competencias y los recursos transferidos en el periodo anterior, transferencia que al parecer no fue tan extendida, salvo casos como el de Quito y las otras ciudades más grandes.

El trabajo de Vallejo (2009) permite reconstruir a grandes rasgos la evolución reciente de los gobiernos urbanos de Quito: un primer momento corresponde al periodo 1988-1992, donde el gobierno del demócrata cristiano Rodrigo Paz estableció un

⁵ Información tomada de la tesis de maestría de René Vallejo Aguirre “Quito, de municipio a gobierno local: innovación institucional en la conformación y gobierno del Distrito Metropolitano de Quito, 1990-2007”, finalizada en 2009.

estilo modernizante y de fortalecimiento del nivel local, que se expresaba en la reivindicación de la tesis de la conversión del municipio en distrito metropolitano, el cual se asumió como una nueva forma de organización territorial, administración local y de organización y participación de la comunidad que pretendía “recuperar para la Municipalidad el control, ordenamiento y dirección del crecimiento urbano y la coordinación amplia y flexible con otros municipios, el Estado, las organizaciones sociales y el sector privado” (Carrión y Vallejo, 1994: 29). Este proyecto respondía a las expectativas coyunturales del crecimiento expansivo en un contexto de crisis de la ciudad y de deterioro institucional de los organismos seccionales, agravado por el gobierno nacional de Febres Cordero, a través de la constitución de las Unidades Ejecutoras que desarrollaban proyectos e inversiones desde el estado central.

El énfasis en este periodo se centra en la gestión urbana y en la mayor provisión de servicios a los sectores “marginales”, en lo que podría considerarse una aproximación a una política social redistributiva a la cual van a volver los gobiernos más recientes y, en los términos de Vallejo (2009), en el reconocimiento de nuevos temas como el transporte y la seguridad, la obtención de cooperación internacional, la adecuación del aparato municipal a través de la modernización computacional del catastro y de los procedimientos de la Dirección Financiera, procurando mejorar las finanzas municipales, así como la capacitación del personal, para lo cual se constituyó la Dirección de Recursos Humanos y el Instituto de Capacitación Municipal.

El segundo periodo (1993-2000) es el de la conformación del distrito metropolitano, una vez lograda su aprobación legal, que corresponde a dos alcaldes democristianos: Jamil Mahuad (1992-1998)⁶ y Roque Sevilla (1998-2000). En esos años se le asigna nuevas funciones y responsabilidades a los municipios,

⁶ Que, como ya se indicó, luego fue depuesto como presidente de la República.

una organización desconcentrada y delegada a través de administraciones zonales, así como las posibilidades de una gestión gerencial y activadora de la participación ciudadana y de la mancomunidad. En 1994 se formuló el Programa de Desarrollo del Gobierno Local, el cual definió el nuevo papel de la municipalidad y las estrategias de instrumentación de un proceso de conformación de una nueva institucionalidad y forma de gobierno metropolitano. Según Vallejo (2009), en este periodo prevalecen los principios de reforma del estado desde un enfoque neoliberal, bajo el discurso de la racionalización y eficiencia administrativa vinculada a las opciones de la inversión privada en la prestación de servicios.

Si bien no se llenaron todas las expectativas de reorganización territorial plena y de redistribución de la representación planteada en el proyecto original, la puesta en funcionamiento de la ley de modernización permitió, siguiendo con Vallejo: la redefinición de un territorio geográficamente más accesible; la división del territorio distrital en zonas metropolitanas urbanas y suburbanas; la definición de competencia plena sobre la gestión del suelo; la administración del catastro rural en el ámbito del Distrito Metropolitano; la incorporación de nuevas competencias relacionadas con el transporte y el medio ambiente, y la determinación expresa de propiciar e integrar la participación de la comunidad no sólo en el financiamiento de los proyectos destinados a satisfacer sus necesidades sino también en la identificación de tales necesidades, en la planificación de los proyectos, en su ejecución y en el mantenimiento de las obras o servicios.

También se logró la constitución de empresas públicas, la concesión de servicios públicos al sector privado y la participación en otras empresas con el capital privado para la prestación de servicios, la ejecución o mantenimiento de obras y, en general, para las actividades económicas susceptibles de ejecutarse empresarialmente y la celebración de convenios de mancomunidad para todo lo relativo al ordenamiento urbano, la

preservación del ecosistema y la prestación de servicios dentro del área de influencia del Distrito, el Distrito Metropolitano y los municipios circunvecinos.

El programa de desarrollo del gobierno local asumió un nuevo papel de la municipalidad como “facilitador, promotor, normador y concertador que promueva el desarrollo” (MDMQ, 1995: 6) con tres estrategias para su ejecución: el desarrollo institucional, el desarrollo comunitario y la descentralización, que son asumidas por los analistas quiteños como innovadoras en el plano institucional y generadoras de condiciones de gobierno urbano nuevas y duraderas.

De ahí en adelante se abre una etapa de incorporación de competencias dentro de la esfera municipal en un amplio abanico de sectores o actividades urbanas. Por ejemplo, en gestión del suelo, donde más que una transferencia se da la ampliación de una función tradicionalmente municipal, el municipio recuperó como competencia privativa y exclusiva dentro del territorio metropolitano la regulación del uso y aprovechamiento del suelo y asumió el control del fraccionamiento excesivo en las periferias suburbanas —los valles circundantes a la ciudad— que operaba a través de autorizaciones emitidas por entidades del nivel nacional y que propiciaban un crecimiento expansivo y disperso en áreas carentes de servicios y en algunos casos no contempladas para el crecimiento urbano. Complementariamente, asumió desde 1994 la administración del catastro rural, que implicó la transferencia de información estadística y permitió su actualización y, consecuentemente, el incremento de los ingresos municipales vía tributación.

Luego se sucedieron los dos periodos del alcalde Moncayo, un general en retiro, que plantea como principios orientadores de su gobierno la integración, el desarrollo humano sustentable, la democracia y el medio ambiente y, como objetivos, la construcción de una nueva ética-política, la solidaridad social, la ampliación de la participación ciudadana, la promoción de la economía compartida y la descentralización, proponiéndose

“pasar de una organización funcional a una organización territorial que facilite la participación ciudadana para conseguir una administración municipal democrática”.

Para hacer operativo el plan de gobierno se desarrollaron tres instrumentos: un programa de desarrollo institucional, el diseño e instrumentación de un sistema de gestión participativa y la formulación del plan general de desarrollo territorial

Durante este periodo se incorporaron nuevas competencias, la complementación y potenciación de competencias preasumidas y de competencias parciales y la descentralización de competencias del municipio hacia las juntas parroquiales rurales. Una de las principales competencias asumidas fue el manejo del aeropuerto, ante los problemas de gestión por el gobierno nacional, y mediando la creación de una corporación encargada de la remodelación y administración del actual aeropuerto y del proceso de selección y contratación del concesionario para la construcción de uno nuevo, así como la zona franca y un parque tecnológico. La principal tensión con el gobierno central ha sido por la distribución de los recaudos de las tasas aeroportuarias.

En 2002, el municipio obtuvo el traspaso de las competencias de planificación y fomento de la actividad turística, acompañado del traspaso de los recursos provenientes de la que le fue conferida mediante Registro Oficial Núm. 609 de dos de la concesión, renovación y cobro de la “Licencia Única Anual de Funcionamiento” de los establecimientos del ramo ubicados en el distrito metropolitano. Algo similar sucedió con muchos otros servicios.

La transferencia de recursos llegó al punto de que los contribuyentes de impuestos nacionales como el de renta pueden voluntariamente decidir, en el momento de liquidar y pagar, la destinación de porcentajes, concretamente el 25%, del monto pagado para la financiación de programas municipales específicamente determinados. Con estos recursos, que han llegado a 35 millones de dólares anuales, se han financiado algunos

de los programas —y entidades— emblemáticos de las transformaciones de la ciudad, como Vida para Quito, creado en 2001 y encargado de los proyectos de protección y preservación del medioambiente, de la conformación de los grandes parques metropolitanos y, en general del sistema de parques y áreas recreativas.

En síntesis, según lo indicado en una entrevista por Fernando Carrión, director de planificación durante el gobierno del alcalde Paz y concejal en los dos periodos anteriores, el municipio de Quito es fuerte y tiene mucha legitimidad, lo que le ha permitido acometer las obras y programas desarrollados en las últimas décadas y ejecutar importantes expropiaciones.

CAMBIOS CONSTITUCIONALES Y DERECHO DE PROPIEDAD

A pesar de los sucesivos cambios de Constitución, las disposiciones sobre el derecho de propiedad y la expropiación se han mantenido sin mayor modificación. Este tema no ha sido objetivo de discusión especial en el proceso de búsqueda de un mejor marco institucional ni en las intenciones de transformación de la acción estatal. En la constituyente de 2008 estuvo presente la “sombra” de Hugo Chávez y los riesgos de que Rafael Correa pudiera continuar una línea similar, pero los textos se mantuvieron sin mayor modificación, como se observa en el cuadro que aparece más adelante.

El principal cambio de la Constitución de 2008, en el marco del proceso de cambio institucional al que ya hemos hecho referencia, de acuerdo con el análisis de Echeverría (2009) es el de pasar de un estado de derecho a un estado constitucional de derechos, con la pretensión de incluir actores emergentes afectados por las crisis económicas sufridas por el país en las décadas anteriores.

Contempla, además, que los actores sociales tengan más posibilidades de reclamar derechos y exigir su cumplimiento

por parte del estado. Se privilegia la figura de éste (entendido como el nivel central) como responsable de la realización de los derechos, donde, según Echeverría (2009), se modifica el presupuesto clásico liberal de protección de la sociedad —o del individuo, añadimos nosotros— frente a la discrecionalidad o arbitrariedad del poder político a ser partícipe directo de las realización material de los derechos sociales o económicos. Para ello, y para cumplir otros fines, se refuerza el poder del presidente de la República, se reduce la participación de los organismos de representación popular, se retoman competencias conseguidas por los gobiernos urbanos en el periodo anterior que ya ha sido explicado y se establece un canal de contacto directo entre el presidente y *¿la sociedad civil? ¿el pueblo?* a través de una lógica de vigilancia o control y de exigencia de cumplimiento de los derechos bajo una concepción de la fuerza normativa directa de la Constitución,⁷ relativizando el papel de la legislación.⁸

Esta expansión de derechos y este particular garantismo están acompañados de una redefinición del modelo económico, quizás el aspecto donde más fuertemente se pondrá a prueba la capacidad de convertir la retórica en acciones concretas o, para algunos autores, de expresión de la utopía plasmada en las transformaciones normativas. Siguiendo el principio del *buen vivir* o *sumak kausai*, propio de los grupos indígenas andinos, se postula un cuestionamiento a la lógica desarrollista y economicista occidental y, particularmente, al neoliberalismo, al plantear una ética alternativa de convivencia humana que reconozca la unidad en la diversidad, cuestione la violencia propia del sistema capitalista y replantee nuevas relaciones con la naturaleza, que se expresa en la alternativa jurídica de instituir la como titular de derechos. Autores como Echeverría

⁷ Que es fuertemente normativa y reglamentaria

⁸ Según Echeverría (2009) en el modelo de la Nueva Constitución, los órganos de control y la Corte Constitucional tienen como principal función ser garantes de la aplicación del mandato constitucional.

(2009) manifiestan su escepticismo respecto de las posibilidades de satisfacer la eclosión de derechos que emergen del *sumak kawsai* desde un sistema económico tradicional que buscaría estar por fuera de la lógica capitalista. No es posible, ni es el caso, analizar con más detalle los contenidos constitucionales pero dejamos al menos estos elementos como base para comprender el cambio constitucional ecuatoriano.

Volviendo al derecho de propiedad y la expropiación, la posibilidad de nacionalización, contemplada en la Constitución de 1978 fue suprimida en 1998, lo cual se mantuvo en 2008. La confiscación es reiteradamente prohibida. La principal innovación, contenida en el artículo 321, consistió en el reconocimiento de distintas “formas” de propiedad, es decir, pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta. La principal modificación que se introdujo al proyecto inicial del artículo relativo al derecho de propiedad fue la adición de la función ambiental a la clásica fórmula de la función social.

La expropiación es vinculada a la efectividad del derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, unida a la posibilidad para las municipalidades de reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con las previsiones generales de la ley. Además, el mismo artículo 376 prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

Algunos juristas ecuatorianos señalan una posible contradicción entre la concepción del derecho de propiedad como un derecho fundamental de libertad y su eventual ejercicio dentro de un régimen de desarrollo, que hace referencia al mejoramiento de la calidad de vida de la población, la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los medios de producción y la recuperación y conservación de la naturaleza (referencia a los artículos 275 y siguientes en Reyes, 2009: 331).

Como ya se indicó, la Constitución establece que el estado garantiza al individuo una protección frente a cualquier injerencia estatal o privada en el disfrute de sus bienes, que equivale a la prohibición de todo tipo de confiscación, pero, al mismo tiempo, la propiedad tiene límites trazados por la misma Constitución, el más importante de ellos es aquel que la asume como un instrumento de desarrollo a tono los principios económicos de la Carta (Reyes, 1999:332).

En palabras de Pérez Luño, citado por Reyes, aún en el marco de la Constitución de 1998, más que la propiedad como un derecho de apropiación exclusiva, excluyente e ilimitada de bienes, se asume como el derecho de participación en los frutos del proceso económico que garantice a todos el pleno desarrollo de sus capacidades, de acuerdo con los valores superiores de un ordenamiento que se define a sí mismo como social y democrático. La función social de la propiedad expresaría en el régimen constitucional ecuatoriano esta relación con un propósito de redistribución del ingreso, que se traduce en una serie de obligaciones de los propietarios. Con respecto a la función ambiental de la propiedad, el principal punto de interpretación tiene que ver con la consagración de derechos de la naturaleza que tienen por finalidad, según Reyes (2009), cerciorarse de que el ser humano tenga la posibilidad de seguir subsistiendo con los frutos de una explotación adecuada, aprovechando el equilibrio necesario que deben tener los ecosistemas a efectos de su preservación para el futuro. Las limitaciones a la propiedad, que se derivan de su función social a ambiental, están más explícitamente enunciadas en el segundo caso, donde múltiples artículos establecen posibilidades de intervención estatal o restricciones para la actuación privada.

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN
EN LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS

CONSTITUCIÓN DE 1946

Artículo 183.- Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social. Prohíbese la confiscación de bienes, la que, si de hecho llegare a producirse, no causará alteración alguna en el derecho de la parte perjudicada ni prescripción de ninguna clase, y originará, contra la autoridad que la ordenare y contra el Fisco, acción sumaria de daños y perjuicios.

Artículo 183.- [...]

Nadie puede ser privado de la propiedad, ni de la posesión de sus bienes, sino en virtud de mandato judicial o de expropiación, legalmente verificada, por causa de utilidad pública.

Sólo el Fisco, las Municipalidades y las demás Instituciones de Derecho Público podrán promover expropiaciones por causa de utilidad pública.

La expropiación para construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrovías, campos de aviación y poblaciones, se regirá por leyes especiales.

Solamente las autoridades que ejercen función judicial en cualquier orden que emane de la Ley, podrán dictar providencias que impidan u obsten la libre contratación, transferencia y transmisión de la propiedad. No surtirá efecto, ni será obedecida, orden alguna al respecto que dimane de otra autoridad.

TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 REFORMADA EN 1984
Sección III. De la propiedad

Artículo 48.- La propiedad, en cualesquiera de sus formas, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de su economía, mientras cumpla su función social. Esta deberá traducirse en una elevación y redistribución del ingreso, que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

Artículo 47.- Para fines de orden social, el sector público, mediante el procedimiento y forma de pago que indique la ley, puede nacionalizar o expropiar en su caso, previa justa indemnización, los bienes, derechos y actividades que pertenezcan a los otros sectores, para sí o para cualesquiera de los demás sectores mencionados. Se prohíbe toda confiscación

TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998

Capítulo 4

De los derechos económicos, sociales y culturales

Sección primera

De la propiedad

Artículo. 30.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.

Artículo 33.- Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Artículo. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Artículo 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Artículo 323. Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

Artículo 376.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

LAS TENSIONES DERIVADAS DE LA REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA EXPROPIACIÓN

La reglamentación legal de la expropiación da cuenta de una especial fuerza de la perspectiva del ejercicio del poder público, incluso por encima de los intereses de los particulares afectados: posibilidad abierta para que los concejos municipales determinen en cada caso los motivos de utilidad pública: criterios legales que controlan la determinación de la indemnización, posibilidad de pago a plazo y, el punto más fuerte, posibilidad de la expropiación en favor de terceros y, más específicamente, cooperativas de vivienda, en el caso de la construcción de viviendas de interés social o para la realización de programas de urbanización y de vivienda popular, que se avizora como uno de los puntos más interesantes del debate sobre la herramienta expropiatoria en el futuro cercano en América Latina.

En este último terreno la expresión del poder público encuentra sus límites en el balance entre los intereses legítimos del expropiado y los posibles beneficios que, supuestamente en nombre del interés general, puede obtener otro particular. La aproximación que se hizo a las tensiones recientes en la utilización de la expropiación para fines urbanos en Colombia muestra la aparición de conflictos respecto de la posibilidad legal de la expropiación pagada por terceros particulares cuando se combina con la consagración de la renovación urbana como motivo de interés social para expropiar.

La expropiación ha estado regulada en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y en la Ley de Contratación Pública. Estas disposiciones fueron recientemente incorporadas en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), sin mayor modificación. A continuación se examina cada uno de los factores que la constituyen y que ya fueron indicados en la introducción, como son los motivos de utilidad pública, los procedimientos y la participación de distintas autoridades públicas y la indemnización.

LOS MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA

Son definidos en cada caso por los Concejos Municipales, teniendo en cuenta los siguientes requisitos legales establecidos por el régimen municipal para la expropiación forzosa:

1. La declaratoria positiva de que un inmueble debe sufrir determinadas transformaciones o ser utilizado de manera específica;

2. Que dicha declaración se derive de una ordenanza o de la ley, o de la aprobación de los planes reguladores de desarrollo urbano y de la determinación de las zonas urbanas de promoción inmediata;

3. Que los programas con que se han de llevar a cabo los planes, las ordenanzas o la ley, contengan inequívocamente la estimación de expropiación forzosa, frente al cumplimiento del primer requisito, y

4. Que para la realización de la función específica señalada, se haya fijado un plazo y a su vencimiento aquella función resultare total o substancialmente incumplida por el propietario.

Para la construcción de viviendas de interés social o para llevar a cabo programas de urbanización y de vivienda popular, cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar al municipio respectivo, la expropiación de los inmuebles que se hallaren comprendidos en los casos previstos por los dos artículos precedentes de esta Ley (art. 22).

En este caso, el Concejo Municipal puede declarar la utilidad pública y el interés social de tales inmuebles, y procederá a la expropiación urgente, siempre que el solicitante justifique la necesidad y el interés social del programa, así como su capacidad económica o de financiamiento, y además ciñéndose a las respectivas disposiciones legales, consigne el valor del inmueble a expropiarse en la forma prevista en el artículo siguiente.

Los inmuebles expropiados por la municipalidad, en estos casos, podrán ser vendidos por dicha corporación solamente para los siguientes objetivos: a) la realización de programas de

vivienda multifamiliar por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda, y b) la construcción de viviendas de interés social por parte de cooperativas de vivienda legalmente constituidas.

Los inmuebles expropiados por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda se dedicarán exclusivamente a programas de vivienda de interés social, realizados en forma directa por dicha institución. El precio de venta de los terrenos comprenderá el valor de las expropiaciones, el de las mejoras realizadas por la municipalidad y el de la plusvalía, en su caso.

PROCEDIMIENTOS

La Ley Orgánica de Régimen Municipal establece entre los deberes y atribuciones generales de los concejos municipales “Declarar de utilidad pública o de interés social los bienes materia de expropiación, sin la intervención, en el proceso, de organismo alguno del gobierno central”. La administración decreta, sin embargo, la expropiación que debe estar contemplada en los planes municipales.

El proceso para expropiar un inmueble inicia con el análisis de los informes técnicos y jurídicos respecto del proyecto que se va a ejecutar, labor que realiza la Comisión de Propiedad y Espacio Público, integrada por cinco concejales, quienes cuentan con el asesoramiento técnico-jurídico a fin de que se presente ante el Concejo un informe respecto de la expropiación, el mismo que deberá ser conocido y aprobado por el Concejo en pleno.

La declaratoria de utilidad pública y el acuerdo de ocupación podrá ser del total o de la parte estrictamente indispensable para el fin de la expropiación. Podrán ser incluidos entre los bienes de necesaria ocupación los que sean indispensables para ampliaciones previsibles de la obra o finalidad de que se trate.

Cuando la expropiación implique la necesidad de ocupar sólo una parte del predio, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómico para el propietario la conservación de la parte del predio no expropiado, este tendrá derecho a que dicha expropiación comprenda la totalidad del predio, de conformidad con el Art. 799 del Código de Procedimiento Civil.

Con la resolución del Concejo en la que consta la declaratoria de utilidad pública y el acuerdo de ocupación, se notificará a los interesados dentro de los tres días siguientes. En caso de que no se localice el domicilio de los afectados por la expropiación, se procede a notificar en los diarios de mayor circulación del país durante tres días consecutivos.

Una vez notificada la declaratoria de utilidad pública, el o los expropiados pueden presentar ante la Comisión de Propiedad y Espacio Público su inconformidad con el valor del avalúo, e incluso solicitar que se reconsidere la decisión de expropiar, para lo cual, dicha comisión considerará, de ser el caso, un nuevo avalúo, siempre que no se exceda de lo establecido por la Ley (hasta un 10% más). La Comisión podrá pedir nuevos informes técnicos y jurídicos y en función de ello emitirá un nuevo informe para que sea conocido y aprobado por el Concejo (sea ratificándose en la expropiación o modificando la decisión).

JUICIO DE EXPROPIACIÓN

Se tramita ante los jueces civiles exclusivamente con el fin de determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública. La declaración de utilidad pública o social solo puede ser hecha por entidades del Ejecutivo nacional o municipal y no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa.

La demanda debe ser presentada por el procurador general del estado o por el funcionario que éste designe, si se trata de una expropiación que interese al estado o al procurador municipal. Para las expropiaciones determinadas por las demás instituciones del sector público, la demanda será presentada por sus respectivos personeros.

Presentada en debida forma y admitida la demanda, el juez nombrará perito o peritos para el avalúo del inmueble. Al mismo tiempo, mandará que se cite a todas las personas posiblemente interesadas, para que concurran a hacer uso de sus derechos dentro del término de quince días, que correrá simultáneamente para todos. En el mismo auto se fijará el término dentro del cual el perito o peritos deben presentar su informe, término que no excederá de quince días, contados desde el vencimiento del anterior.

En este juicio no se admitirá incidente alguno y todas las observaciones de los interesados se atenderán y resolverán en la sentencia.

Para fijar el precio que debe pagarse por concepto de indemnización, se tomará en cuenta el que aparezca de los documentos que se acompañen a la demanda. Si se trata de expropiar una parte del predio avaluado, el precio se fijará estableciendo la correspondiente relación proporcional. Sin embargo, cuando lo que se quiere expropiar comprenda una parte principal del fundo, la de mayor valor en relación con el resto, cuando se trate de la parte de mejor calidad, con respecto al sobrante, o en casos análogos, podrá establecer un precio justo según el dictamen del perito o peritos.

El juez dictará sentencia dentro de ocho días de presentado el informe pericial, y en ella se resolverá únicamente lo que tenga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados. De la sentencia que se dicte, solo habrá recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar in-

mediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba pagarse por lo expropiado. El juicio continuará por los trámites señalados en los artículos anteriores para la fijación definitiva de dicho precio. La orden de ocupación urgente es inapelable y se cumplirá sin demora.

Los inmuebles que, con motivo de la apertura de vías públicas, o por ensanche de éstas, tuvieren o quedaren con frente a dichas vías o cercanos a las mismas y adquiriesen, por tal concepto, un mayor valor, que no hubieren tenido de otro modo, pagarán al estado, al consejo provincial o a la municipalidad, según que se trate de predios rústicos o urbanos, los tributos establecidos en la ley.

Cuando existiesen, en el predio expropiado, instalaciones industriales cuyo funcionamiento no pueda seguir por efecto de la expropiación, se pagará también la indemnización correspondiente a este daño. En caso de que sea posible el traslado de tales instalaciones a otro inmueble, dentro de la misma localidad, la indemnización puede reducirse al costo del desmontaje, remoción, transporte y nuevo montaje.

Si transcurrieren tres meses desde la última notificación de la sentencia y no se consignare el precio determinado en la misma, el juez, a solicitud de parte, declarará sin lugar la expropiación, siendo de cargo del demandante el pago de costas. No podrá iniciarse nuevo trámite administrativo de expropiación sobre un predio sino después de cinco años de concluido el anterior.

Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación dentro de un periodo de seis meses contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y el mismo proceso. La providencia que acepte la readquisición se protocolizará e inscribirá para que sirva de título.

INDEMNIZACIÓN

La justa indemnización de que trata la Constitución política en la ley de régimen municipal se concreta como

[...] el valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones.

Las mejoras realizadas con posterioridad a la iniciación del expediente de expropiación, no serán objeto de indemnización.

Según el régimen municipal, en todos los casos de expropiación se abonará al propietario, además del precio establecido convencional o judicialmente, 5% como precio de afección. El valor último resultante se entregará al propietario en dinero efectivo en la proporción y dentro de los plazos que establezca la municipalidad, de mutuo acuerdo con el expropiado; tales plazos no podrán exceder de cinco años.⁹ Las cuotas pagaderas a plazos ganarán el interés legal.

El pago del precio estará exento de toda clase de derechos, impuestos u otros gravámenes fiscales, municipales o de cualquiera otra índole.

La municipalidad podrá convenir con el particular afectado por la expropiación, la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla, libremente y de mutuo acuerdo; en tal caso y una vez convenidos los términos de la adquisición, se dará por concluido el expediente iniciado.

El valor de la propiedad se establecerá mediante la suma del valor del suelo y, de haberlas, el de las construcciones. Este valor constituye el valor intrínseco, propio o natural del inmueble y

⁹ Con excepción de las expropiaciones destinadas a programas de vivienda social, en cuyo caso se podrá realizar un pago inicial correspondiente a 30% del valor de indemnización y el resto puede ser pagado hasta en 20 años.

servirá de base para la determinación de impuestos y para otros efectos no tributarios como los de expropiación.

Para establecer el valor de la propiedad se considerarán, en forma obligatoria, los siguientes factores:

a) el valor del suelo, que es el precio unitario de suelo, urbano o rural, determinado por un proceso de comparación con precios de venta de parcelas o solares de condiciones similares u homogéneas del mismo sector, multiplicado por la superficie de la parcela o solar;

b) el valor de las edificaciones, que es el precio de las construcciones que se hayan desarrollado con carácter permanente sobre un solar, calculado sobre el método de reposición, y

c) el valor de reposición, que se determina aplicando un proceso que permite la simulación de construcción de la obra que va a ser evaluada, a costos actualizados de construcción, depreciada de forma proporcional al tiempo de vida útil.

Durante la vigencia del régimen municipal, las indemnizaciones se pagaban de acuerdo con el valor que constaba en el catastro municipal. Este fue uno de los principales motivos de conflicto, ya que era difícil llegar a acuerdos por estos valores, de manera que fue modificado en 2005, en la ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determinó que la indemnización se fijará con base en el avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona. En los casos de acuerdo, el precio que se convenga no podrá exceder 10% sobre dicho avalúo.

Cuando no sea posible llegar a un acuerdo directo será necesario iniciar el juicio de expropiación, y el juez, en su resolución, no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.

Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia

de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. En caso de existir tributos pendientes de pago, su monto se deducirá del de la indemnización.

Se destaca de esta reglamentación legal la activa participación del Concejo Municipal en el proceso de expropiación, ya que no solo establece el motivo de utilidad pública caso por caso, sino que se encarga de atender las reclamaciones o recursos de los propietarios, realiza audiencias para conocer sus objeciones que pueden llevar incluso a revertir la decisión de expropiación, considerando la procedencia de los motivos de utilidad pública o condiciones sociales o personales especiales del afectado. Respecto de la determinación de la indemnización, no tiene mucho margen de negociación, debido a que la ley, como se ha indicado, establece límites precisos para determinar el monto a pagar. Hasta 2005 los valores que podían ser pagados eran bajos, porque correspondían a los avalúos catastrales que, en razón de las tarifas del impuesto predial y sus complementarios, se mantuvieron relativamente bajos durante un largo periodo por razones de decisión política de los gobiernos municipales. Con la dolarización, los avalúos cayeron aún más.

En este periodo, el recurso al juicio de expropiación fue muy común, dado que los jueces no estaban obligados a aplicar los avalúos catastrales, lo que dio lugar a procesos dilatados en el tiempo y, sobre todo, a condenas por precios elevados a cargo de la municipalidad.

Desde 2005 la indemnización corresponde al precio comercial determinado por la Oficina de Catastro Municipal, razón por la cual las controversias judiciales se han reducido. De otra parte, existe una mayor aceptación de las expropiaciones para la construcción de obras públicas o la conformación de áreas verdes y recreativas, que para aquellas destinadas a la construcción de proyectos de vivienda de interés social.

PRÁCTICA DE EXPROPIACIÓN Y CONFLICTOS

En la ciudad de Quito se expropia desde comienzos de la década de 1990 para parques, vías y obras complementarias del sistema de transportes, incluido el aeropuerto, programas de vivienda social y protección del patrimonio arquitectónico. Se expropia de manera constante, podríamos decir que cotidiana y sostenida y, en términos generales, las expropiaciones son pacíficas, es decir que no generan resistencias fuertes de ningún grupo social y entre la gente hay gran aceptación de la expropiación, donde se reconoce el interés general antes que los de los propietarios afectados, inclusive cuando son de bajos recursos.

Como ya se indicó, aunque en ciertos casos se llega a acuerdos para determinar la indemnización: un porcentaje importante de las expropiaciones realizadas antes de 2005 fueron objeto de procesos judiciales dirigidos a obtener mayores montos de indemnización.

Teniendo en cuenta el marco legal que se acaba de explicar, el municipio expropia, ocupa el inmueble y deja que transcurran los procesos judiciales dirigidos a reconsiderar las indemnizaciones, algunos de ellos con una duración de años y décadas, con múltiples instancias, unos de los cuales ha llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todavía sigue su curso.

Las principales expropiaciones se han destinado a dos parques metropolitanos al norte y sur de la ciudad, uno de ellos con una extensión de 600 hectáreas y el otro de 330, éste último en terrenos incluso con infraestructura urbana o periurbanos que hubieran podido beneficiarse de los procesos de expansión urbana. La principal ventaja, desde el punto de vista de la gestión, era que se trataba de terrenos declarados como áreas protegidas desde muchos años antes, aunque esta condición de las normas municipales de regulación de los usos del suelo fue desconocida por las instancias judiciales.

También se realizó una expropiación de 300 ha para programas de vivienda social a ser desarrollados por el municipio. La magnitud de estas expropiaciones es importante si se tiene en cuenta que el banco de tierras de Metrovivienda de Bogotá, una ciudad mucho más grande que Quito, incluye terrenos con un área total de 397 hectáreas, adquiridos por arreglo directo o enajenación voluntaria, expropiación y asociaciones con los propietarios a lo largo de casi diez años.

Los funcionarios entrevistados (ex directores o secretarios de ordenamiento territorial, de planificación, directores de programas de vivienda, el ex director del Departamento Metropolitano de Catastro o asesores del alcalde) coinciden en que ha habido una voluntad permanente del gobierno municipal de utilizar la expropiación para proyectos importantes como los señalados, y que se asumió el reto de enfrentar los conflictos y riegos jurídicos relacionados con las expropiaciones, priorizando la ejecución de las obras y el desarrollo de programas sociales y ambientales formulados por los alcaldes. Para ello han aprovechado la posibilidad legal de ocupar los inmuebles mediando el pago de los avalúos catastrales, en espera de los procesos judiciales de la determinación del precio final.

En general los alcaldes han tenido control del Concejo y han logrado la aprobación de las expropiaciones, con algunas excepciones, como una vía arterial al sur de la ciudad que no fue aprobada, según los entrevistados, por razones políticas externas a la expropiación en sí misma.

En algunos casos, como el del alcalde Rodrigo Paz, han liderado los procesos y participado directamente en negociaciones con los propietarios para evitar los conflictos propios de los procesos judiciales, de manera que el trámite propiamente dicho de expropiación cumplía el papel de formalizar o cerrar la negociación.

Se destaca también la gestión de Paz en la creación de reservas de suelo para programas de vivienda social: bajo la coordinación de su director de planificación, Fernando Carrión,

se expropiaron 270 hectáreas en alianza con el Banco Ecuatoriano de la vivienda. Sin embargo, el municipio no tuvo éxito como urbanizador y el desarrollo de los programas fue problemático.

Como se acaba de señalar, existe mayor resistencia por parte de los grandes propietarios de tierra a las expropiaciones para proyectos de vivienda que aquellas destinadas a obras públicas. Argumentan que solo se justificaría la expropiación cuando los inmuebles expropiados sean destinados al uso colectivo, lo cual no ocurre en el caso de la vivienda. En esos casos han tenido incluso oposición de los traficantes de tierra, nombre con el que se conoce en Ecuador a los loteadores piratas, que en los años noventa del siglo pasado bloquearon expropiaciones, aprovechando, además, la carencia de recursos por parte del municipio.

Los principales problemas son:

- La dilación de los procesos, lo que crea una gran incertidumbre sobre los precios que finalmente deba pagar la municipalidad y el consiguiente impacto sobre el presupuesto público.
- La tendencia de los jueces civiles a establecer indemnizaciones muy elevadas, en muchos casos superiores a los precios comerciales. La situación oscila entre indemnizaciones vinculadas a los avalúos catastrales que, a juicio de quienes han estado al frente de algunos de los procesos, resultan casi confiscatorias, y las valoraciones muy altas, “desmesuradas”, de los jueces, no exentas de sospechas de corrupción. También se señala que existen problemas de negligencia de los funcionarios municipales encargados de llevar los procesos, es decir, los problemas comunes a muchos países, de la debilidad de la defensa judicial del sector público.

En general, el municipio pierde los juicios de expropiación, que incluso llegan hasta casación y, por tanto, su trámite toma muchos años y eleva los pagos por concepto de intereses.

- Ante la ausencia de recursos, el municipio utilizó el mecanismo de la permuta para pagar las expropiaciones con inmuebles de su propiedad, hasta el punto de agotarlos. No fue posible establecer con precisión el alcance y los efectos de esta forma de pago, pero queda la duda sobre el balance en términos de costos y beneficios de esta figura.

- Aunque se supone que los conflictos han tendido a solucionarse desde 2005, cuando entró a regir una nueva ley que permite establecer precios comerciales determinados por una entidad pública, los entrevistados destacan las ventajas de la negociación. Pero también queda la duda respecto del monto de las indemnizaciones y su impacto sobre el presupuesto público.

- No existe una política institucional sobre el manejo y posible solución de los procesos judiciales que llevan tramitándose por años. Algunos funcionarios tienen temor de que los fallos pendientes pongan en jaque financiero al municipio.

La desigualdad en las posibilidades de acceso a la justicia se traduce en que, por lo general, son los grandes propietarios los que pueden estructurar de mejor manera los procesos, sostenerlos en el tiempo y llegar a instancias como la corte interamericana, mientras que las personas de menores ingresos deben por lo general aceptar precios que podrían ser bajos, sobre todo en el periodo que correspondían a avalúos catastrales desactualizados

COMENTARIO FINAL

Uno de los aspectos más interesantes de tensión en el terreno del uso de la expropiación en Ecuador tiene que ver con el contraste entre la expansión de un discurso de consagración y protección de los derechos ciudadanos que caracterizan los procesos de cambio constitucional (con o sin mecanismos concretos de efectividad de los mismos) y los efectos de la expropiación como un derecho patrimonial. ¿Cuál es el balance final, desde el enfoque de derechos, en la aplicación de un instrumento que de manera

tan firme expresa la fuerza del estado con base en la movilización de intereses generales, pero al mismo tiempo afecta el derecho subjetivo por excelencia que es el de propiedad?

El caso llevado por los propietarios de un bien expropiado a la Corte Interamericana permite avanzar en la resolución a estos interrogantes. De ello nos ocupamos en el capítulo siguiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade A. Pablo *et al.* (coords.). 2009. *Democracia y cambio político en el Ecuador. Liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- Antillano, Andrés. 2005. “La lucha por el reconocimiento y la inclusión en los barrios populares: la experiencia de los comités de tierras urbanas”. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 3 (sept.-dic.): 205-218
- Carrión, Fernando y René Vallejo. 1994. “La planificación de Quito: del plan director a la ciudad democrática”. En *Quito. Transformaciones urbanas y arquitectónicas*, Serie Quito. Quito: Dirección de Planificación, I. Municipio de Quito, Consejería de Obras Públicas y Transportes, Junta de Andalucía, p. 15-50.
- Echeverría, Julio. 2009. “El estado en la nueva Constitución”. En *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalba, Claudia Storni, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, pp. 11-20
- Egas Reyes, Pablo. 2009. “La propiedad en la Constitución de 2008”. En *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* Santiago Andrade, Agustín Grijalba, Claudia Storni, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, pp. 329-352

- Ortiz, Cecilia. 2006. "Indios, militares e imaginarios de nación en el Ecuador del siglo XX". Tesis de maestría en Ciencia Política. Quito: Flacso Ecuador.
- Pachano, Simón. 2007. *La trama de Penélope. Procesos políticos e instituciones en el Ecuador*. Quito: Flacso Ecuador.
- Paz y Miño, Cepeda Juan J. 2000. "El complejo proceso de la crisis constitucional en el Ecuador". *Apuntes sobre "Historia, inmediata"*, desde Quito, Quito, Especial para "Historia a debate" <<http://h-debate.com/debates/pazymino2.htm>>.
- Vallejo Aguirre, René. 2009. "Quito, de municipio a gobierno local: innovación institucional en la conformación y gobierno del Distrito Metropolitano de Quito, 1990-2007". Tesis de grado. Quito: Flacso, Programa Política Pública 2002-2004, Mención Gestión del Desarrollo, Quito.

Capítulo séptimo
Jueces, derechos humanos e indemnización
en caso de expropiación: análisis
de casos en Ecuador

María Mercedes Maldonado y Diego Isaías Peña

El análisis de la actuación judicial en materia de expropiación en Ecuador es particularmente interesante porque en la ley se otorga expresamente al juez un papel preponderante en la determinación de la indemnización, en contraste con otros países, Colombia por ejemplo, donde el marco para la intervención del juez es más acotado.

En Ecuador, la ley establece límites precisos a la administración municipal, particularmente al Concejo y confía al juez la fijación de la indemnización. Visto de otra manera, hay un reconocimiento explícito de su capacidad para ordenar pagos con cargo al presupuesto público e, incluso, se le otorga la potestad de apartarse de los dictámenes periciales.

Adicionalmente, como se permite la ocupación del inmueble por parte de la administración para no entorpecer la ejecución de las obras los procesos de expropiación, que en ocasiones llegan hasta las altas cortes, toman años en la discusión sobre el monto de la expropiación. Por consiguiente, se genera por largo tiempo una incertidumbre para la administración, y también para el expropiado, respecto del monto final que deberá pagar por los terrenos.

Esta situación deja abierta una interrogante: ¿en un campo tan complejo como el del mercado del suelo, que incluso para los economistas reviste tantas dificultades, tiene un jurista el conocimiento y la habilidad necesarios para traducir la noción abstracta de justicia en un monto concreto de indemnización?

Las tensiones entre la administración pública encargada de impulsar los procesos de expropiación y los jueces son más patentes en ese contexto, debido a que existen importantes diferencias en la interpretación de los cánones constitucionales del derecho de propiedad y las leyes que lo desarrollan; los primeros inclinados a movilizar el interés general, los segundos los intereses de los propietarios.

Para analizar estas tensiones se han escogido algunos casos que resultan paradigmáticos, en los cuales se repiten varios patrones de conflicto entre las instancias mencionadas.¹ La mayor parte de estos tiene su origen en un conjunto de expropiaciones realizadas en la ciudad de Quito.

Como se indica en el capítulo sobre la práctica de la expropiación en dicha ciudad, desde el año 1981 el gobierno municipal concibió un gran proyecto dirigido a ampliar las zonas verdes, de conservación ecológica y de recreación, mediante la creación de una gran reserva. Esta iniciativa quedó plasmada en la ordenanza 2092 de 1981, en virtud de la cual se aprobó el plan Quito, que dio lugar a lo que hoy se conoce como el Parque Metropolitano del Sur, y fue complementada con

¹ Con base en información que forma parte de la investigación “Tendencias de la expropiación para fines urbanos en América Latina”, financiada por el Lincoln Institute of Land Policy. El caso de Ecuador fue trabajado por María Mercedes Maldonado y Diego Isaías Peña, y corresponde a un trabajo de campo desarrollado en Quito en agosto de 2010, apoyado por la documentación de los casos realizada por la abogada ecuatoriana María Belén Moncayo y a través de búsqueda documental en internet por Diego Isaías Peña. Se agradecen los comentarios del abogado Diego Guerra, funcionario de la municipalidad de Quito, en la precisión del trámite de los procesos.

otro parque en la zona norte, denominado Parque Metropolitano Guanguiltagua.

En 1991, el Concejo de la ciudad de Quito declaró de utilidad pública cerca de 300 predios rústicos para la conformación del parque norte, con extensión total de 600 hectáreas. En relación con 80% de dicha extensión, se logró llegar a acuerdos con los propietarios para el pago a través de permutas con terrenos de propiedad del municipio o se inició y llevó a término el procedimiento judicial de expropiación. Hubo propietarios que aceptaron pagos aparentemente bajos, pero ajustados a la condición rural de los terrenos, tanto en la norma como en su destinación o uso efectivo. Con los propietarios del 20% restante se presentaron distintas situaciones. Los dirigentes de una cooperativa de vivienda, propietaria de unas 27 hectáreas, mantuvieron por años una actitud beligerante con la administración hasta que obtuvieron mediante sentencia de la Corte Suprema ecuatoriana una indemnización de un millón de dólares, que equivalen a 3.70 dólares/m², en otros casos se ordenó el pago de sumas significativamente mayores (entre siete y 19.84 dólares por metro cuadrado).

Uno de los casos analizados tiene una relevancia muy especial porque los expropiados, una familia de grandes propietarios de tierra que habían heredado desde 1935, tuvieron la capacidad de llevarlo ante instancias internacionales: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta circunstancia ha permitido observar cómo, desde la perspectiva de los tratados o convenios internacionales, sus instancias de decisión interpretan el derecho de propiedad y se enfrentan a las dificultades de conciliar los principios y enunciados generales ligados al discurso de los derechos humanos con la labor aparentemente técnica de establecer una suma concreta como indemnización al propietario afectado por la expropiación.²

² Problema que se discutió desde otra perspectiva en el capítulo de este libro sobre Los jueces y la expropiación en Colombia.

UN PATRÓN COMÚN: EL CONFLICTO SOBRE EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

El conflicto fundamental de los procesos de expropiación en Quito se centra en la fijación de la indemnización en favor del propietario. La declaratoria de utilidad pública, facultad otorgada al Concejo municipal en cada caso, no presenta mayores controversias y no suele ser puesta en cuestión por parte de los propietarios expropiados.

De acuerdo con las entrevistas realizadas, la expropiación tiene una fuerte legitimidad en las ciudades ecuatorianas, y los funcionarios gubernamentales buscan firmemente que el monto de las indemnizaciones tenga en cuenta el interés general y no solo el de los afectados. Ante esta doble condición muchos propietarios aceptan los pagos fijados en la etapa de negociación, aun cuando existe la percepción de que son bajos, mientras que otros tienen la capacidad social y económica para actuar ante la justicia y defender sus intereses a través de diferentes recursos jurídicos. En estos casos se moviliza una interpretación de la expropiación como confiscatoria, y jueces y peritos auxiliares de la justicia, con argumentos sin mayor solidez, condenan a indemnizaciones exorbitantes, sin consideración de las normas urbanísticas vigentes en el momento de declarar la expropiación. Incluso reconocen expectativas por el desarrollo futuro de los terrenos o por los proyectos de inversión pública previstos en los alrededores de los terrenos.

Los casos estudiados permiten abordar disyuntivas como las señaladas, que son usuales cuando se discute la indemnización a que tienen derecho los propietarios de suelo; dicho de otra manera, el valor o precio que supuestamente corresponde al propietario. ¿Las simples expectativas forman parte del patrimonio del propietario y, por tanto, debe formar parte de la indemnización? ¿Hay que reconocer pagos adicionales al precio del inmueble expropiado propios de la legislación civil como lucros cesantes, lesión enorme y otros perjuicios como

daños morales? ¿Las normas urbanísticas deben ser tomadas en cuenta para determinar la indemnización? Y los casos ofrecen la ventaja de que casi todos hacen referencia a los proyectos de construcción de grandes parques metropolitanos localizados en terrenos rurales. En contraste con los suelos urbanos, donde concurre una serie más compleja de factores en la formación de los precios, en el suelo rural es posible enfrentar las preguntas formuladas.

La posición de las autoridades municipales es sistemáticamente controvertida por el criterio judicial. La indemnización otorgada por los jueces tiende a incorporar las expectativas por usos futuros del suelo y a satisfacer el interés de los propietarios de obtener jugosas sumas con base en el argumento de que al reconocer valores distintos a los de mercado (sin precisar, desde el punto de vista jurídico, el significado de este concepto) se configura un acto confiscatorio prohibido por la Constitución. No deja de ser curioso, además, que entre mayor es la jerarquía del juez que conoce los casos más altas son la cuantías de las indemnizaciones.

A continuación se realiza una breve descripción de tres casos representativos, para después analizar más a fondo aquel que fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CASO PUYOL

Este primer caso trata de una expropiación adelantada por el municipio de Quito de un terreno propiedad de Ana Carolina Puyol Cabrera, para conformar el Parque Metropolitano del sur, que había sido delimitado años atrás. El municipio del Distrito Metropolitano de Quito presentó demanda de expropiación contra la propietaria del bien con base en la declaratoria de utilidad pública expedida por el Concejo Metropolitano en febrero de 2006 y en mayo del mismo año se realizó la ocupación del terreno.

El terreno expropiado tenía una extensión de 193 200 metros cuadrados y fue avaluado para efectos de su expropiación por parte del municipio en 105 534 dólares, lo que equivale a 0.54 dólares por metro cuadrado, precio aceptable para un terreno rural en muchos países latinoamericanos, salvo que se incorporaran expectativas de usos urbanos.

El proceso fue conocido por el juzgado 6° de lo civil de Pichincha, el cual ordenó un primer dictamen pericial. El perito consideró que el predio y los perjuicios generados por la expropiación llegaban a la suma de 5 358 746 dólares, cifra exageradamente superior a la sugerida por el municipio, multiplicada por 50 veces.³ Para efectos de determinar su valor, el perito hizo un cálculo de potencial de inversión en la zona por usos posibles. El terreno no tenía conexión a ninguno de los servicios públicos domiciliarios, pero el perito consideró que en todos los casos había factibilidad. Tampoco contaba con un sistema vial adecuado para usos urbanos.

El procurador metropolitano de Quito presentó escrito de impugnación del peritaje en el que, entre otras cosas, acusaba al perito de haber realizado en varias ocasiones informes parcializados y lesivos para el municipio. De la impugnación resaltaba el hecho de que no se había tenido en cuenta la zonificación y uso del suelo (que era de protección ecológica y parque), y que solo se podría edificar 3% del terreno con restricciones de altura. Además, señaló que antes de la declaratoria de utilidad pública el predio tenía como uso principal el agrícola.

En vista de las diferencias existentes, el juez ordenó otro informe pericial. En esta ocasión, el nuevo perito tomó un área de 243 mil metros cuadrados, recurrió a un método ecléctico que denomina “costo equitativo de mercado” y residual a par-

³ 27 dólares por m², aunque en suelo rural la unidad de medida es otra, pero la utilizamos para efectos de facilitar la comparación. Este es el precio comercial de un terreno destinado a vivienda de interés social en Bogotá, una ciudad con mayor población, así como una dinámica inmobiliaria y una presión por el suelo mucho más fuertes que en Quito.

tir del cual llegó a un valor de 1 984 752 dólares, es decir 8.16 dólares por metro cuadrado. El perito partió del hecho de que antes de ser expropiado, el suelo se consideraba urbanizable. Sin embargo, sostuvo que el terreno al ser declarado como una zona de protección ecológica y preservación histórico-patrimonial, no era posible adoptar un método comparativo con predios de similares características en el sector, pues en su criterio no los había.

En escrito de impugnación a este segundo informe pericial, el procurador metropolitano de Quito argumentó que, al igual que en el anterior peritaje, no se tuvieron en cuenta una serie de factores que castigaban el precio del suelo en la zona (entre ellos el hecho de ser un área de protección ecológica y ser un terreno irregular) y que, sobre todo, el perito reconocía la plusvalía generada por la realización de algunas obras públicas realizadas previamente en la zona.

El juzgado 6° de lo civil de Pichincha emitió sentencia el 22 de julio de 2008. Sostuvo que la declaratoria de utilidad pública no podía convertirse en un acto confiscatorio, el cual se encontraba prohibido en la Constitución, y por tanto se debía pagar un justo precio.

[...] La expropiación va en forma paralela tanto al interés público como al interés privado, de allí que ha de primar el Justo Precio para el pago. También es menester recordar que la expropiación es una venta forzosa de una cosa impuesta por el estado u otra entidad de derecho público, para destinarla a una finalidad de necesidad o utilidad social o pública. Esta imposición no le faculta a la autoridad pública, como en el presente caso, alegar a su favor factores en desmedro de la propiedad privada, de allí que el juzgador, frente a circunstancias como la presente, debe por obligación procesal determinar el justo precio de conformidad con las circunstancias que constan del proceso, sin que obligadamente la opinión de los peritos sea suficiente mérito para fijar el precio, ni mucho menos el alegado por la autoridad pública [...]

A partir de lo anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con las normas vigentes el juez no está obligado a seguir el avalúo de los peritos, ordenó el pago de 3 645 mil dólares. El municipio apeló la sentencia con fundamento en los mismos argumentos presentados en las impugnaciones a los peritajes, pero la Corte Provincial del Pichincha confirmó la decisión por considerar que la expropiación no puede constituirse en fuente de pérdida para el expropiado. Sostuvo que se debía procurar que se pagara un valor que permitiera al expropiado conseguir un lugar similar al que tenía.

El municipio promovió un recurso de casación contra la decisión, pero en el transcurso del procedimiento las partes decidieron llegar a un acuerdo, en virtud del cual convinieron el pago de 2 249 818 dólares (11.64 dólares por metro cuadrado). El convenio fue avalado por el juzgado 6º de lo civil de Pichincha.

CASO BEEDACH

Como parte del proyecto de construcción del Parque Metropolitano del Sur, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito presentó en 2006 demanda de expropiación contra Rodrigo Beedach Santomaro con base en la declaratoria de utilidad pública expedida por el Concejo municipal. El terreno expropiado tenía una extensión de 350 mil m² y fue avaluado inicialmente por el municipio en 212 272 dólares (1.60 dólares el m²).

Ya en el proceso judicial, el primer perito del caso Puyol presentó un informe a solicitud del juez en el que sugirió dos valores. Uno que consideraba de promedio o reposición y que estimaba en 20 335 287 dólares y otro de potencial de mercado de 8 133 624 dólares. Ambas cantidades resultaban exorbitantes y diametralmente distintas a las propuestas por el municipio. Una de ellas visiblemente escandalosa (58 dólares por m² para un terreno rural).

El municipio presentó escrito de impugnación del peritaje, alegando que, en su concepto, versaba sobre un área superior a la determinada en la demanda de expropiación. Igualmente sostenía que el suelo pertenecía a una categoría de protección ecológica y su uso principal, antes de la declaratoria de utilidad pública, era agrícola.

El juez ordenó un segundo peritaje que dictaminó un valor de 3 982 918 dólares (18.76 dólares por m²). El municipio impugnó también este informe por considerar que no tenía en cuenta el régimen de protección del suelo y que no había sido descontada la plusvalía generada por un proyecto vial aledaño. En el fallo, el juez 24 de lo civil de Pichincha acogió los parámetros planteados por el segundo perito pero, sin justificarlo, ordenó una indemnización superior por valor de 5 212 942 dólares, que elevaba el valor por metro cuadrado a 24.55 dólares.

El representante del municipio apeló la sentencia, pero en segunda instancia la Corte Superior de Justicia, Primera Sala de lo Civil, en lugar de darle la razón, decidió incrementar el monto indemnizatorio. Sostuvo que la expropiación no podía convertirse en una forma oculta de confiscación y recalculó el valor del suelo a partir del valor catastral del terreno. Ordenó así una indemnización de 7 167 850 dólares.

CASO ALVARADO

Este caso corresponde a una demanda de expropiación del municipio de Quito contra María Guadalupe y Lidia Schoeneck de Alvarado para la adquisición de un terreno de 89 883 m². El proceso se adelantó con fundamento en la declaratoria de utilidad pública decretada por el Concejo Municipal para efectos de la construcción de la Vía oriental, tramo III. En su escrito de demanda, el municipio sostuvo inicialmente que no habría lugar a pago alguno por concepto expropiación, de

conformidad con el numeral 3º, literal c del artículo 249 de la Ley de Régimen Municipal, conforme a los argumentos que se explican más adelante.

El juez encargado del proceso ordenó la práctica del informe pericial correspondiente, el cual dictaminó que el predio tendría un valor de 3 598 400 dólares (40 dólares por m²). El municipio impugnó el peritaje, alegando que al momento de realizar la expropiación estaba vigente el literal e del numeral 3º del artículo 249 de la Ley de Régimen Municipal, en virtud de la cual, cuando los terrenos requeridos por la autoridad pública ocuparan menos de 50% del área total de la propiedad no habría lugar a indemnización. Posteriormente, mediante Resolución 1112000 de 2000, la Corte Constitucional suspendió y declaró inconstitucional esta norma.

Señaló, además, que el avalúo omitió el hecho de que al ser declarado de utilidad pública, el predio afectado salió del libre mercado y, por tanto, se afectó su precio. Sostuvo también que el avalúo partió de una comparación con la situación de áreas colindantes en el momento actual sin hacer análisis de precios del sector y costos de obras e incorporando plusvalías generadas por la intervención posterior a la declaratoria de expropiación realizada por el municipio en la zona. También se resaltó que el avalúo no incorporaba castigos al precio, tales como área del terreno.

Un segundo informe pericial aplicó el método de residuo, tomando como base predios cercanos al del estudio. A partir de él se dictaminó que el precio del terreno al momento de la expropiación había sido de 238 562 dólares, pero que en ese momento ascendía a 2 103 697 dólares (23 dólares por m²).

El municipio aceptó el avalúo en lo relativo al precio del terreno al momento de la expropiación. Sin embargo, se cuestionó el hecho de que el cálculo fue realizado sobre un área superior a la determinada en el acto expropiatorio.

La juez segunda civil de Pinchincha aceptó el avalúo con el precio calculado para el momento en que se realizó la expropia-

ción (es decir, 238 562 dólares) y ordenó el pago de intereses de mora. No modificó el área señalada por la perito.

El municipio apeló la sentencia y la Corte Superior de Justicia resolvió, en contra de sus pretensiones, incrementar el valor de la indemnización con base en la idea de que la expropiación no se podría convertir en un mecanismo de confiscación y que se requería pagar un precio justo que permitiera al propietario conseguir un predio de similares condiciones. Para tales efectos, se tomó como punto de referencia otra expropiación realizada por la empresa del acueducto y se determinó un valor de expropiación de 1 803 169 dólares.

El municipio intentó en última instancia dos recursos, uno de casación ante la Corte Suprema, que le fue negado, y otro especial de protección ante la Corte Constitucional. Este último fue fallado el 8 de octubre de 2009, también negando la acción por considerar que en el caso no se habían vulnerado los derechos a la tutela efectiva e imparcial, a la defensa y a la seguridad jurídica. La Corte Constitucional ecuatoriana no se pronunció sobre el derecho de propiedad.

DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA INTERNACIONAL Y EXPROPIACIÓN: EL CASO SALVADOR CHIRIBOGA

Como ya se indicó en la introducción, el caso analizado más interesante tiene que ver con un terreno de 65 hectáreas que forma parte del Parque Metropolitano del norte o Guanguiltagua, cuyos propietarios lo heredaron entre 1974 y 1977 de su padre, quien lo había adquirido en 1935. Aquellos se opusieron de manera persistente y a través de varias actuaciones simultáneas a la declaratoria de utilidad pública, a la indemnización establecida por el gobierno municipal y a la demanda de expropiación. Para ello interpusieron múltiples recursos administrativos y judiciales. Se describen en detalle los trámites porque el argumento de mayor peso en la Corte Interamericana fue

la dilación de los mismos y la consecuente afectación para los propietarios al no poder disfrutar de su propiedad ni haber recibido la respectiva indemnización.

Las actuaciones ante la justicia ecuatoriana

De conformidad con lo expresado en la demanda presentada por la Comisión Interamericana ante la Corte, el 13 de mayo de 1991 el Consejo Municipal de Quito declaró el inmueble de utilidad pública y sujeto a ocupación urgente, con fines de expropiación, conjuntamente con otros terrenos. Los propietarios, los hermanos Salvador Chiriboga apelaron el acto de declaración de utilidad pública ante el Ministerio de Gobierno, instancia competente de acuerdo con la ley de régimen municipal.

Unos años después, los afectados solicitaron al municipio de Quito autorización para urbanizar aproximadamente tres hectáreas de su propiedad, solicitud que fue rechazada el 7 de septiembre de 1994 por la Comisión de Planificación y Nomenclatura. El 12 de enero de 1995 los propietarios presentaron un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo núm. 1, en el que solicitaron que se declarara nulo e ilegal el mencionado acto administrativo de la Comisión de Planificación y Nomenclatura.

A pesar de que las acciones interpuestas no habían sido resueltas definitivamente, el 28 de agosto de 1996 el municipio de Quito presentó una demanda de expropiación, y el 24 de septiembre siguiente el juez noveno de lo Civil de Pichincha autorizó la ocupación inmediata del terreno, luego de la consignación de una suma establecida por el mismo municipio de acuerdo con el régimen legal vigente en el país. La indemnización ascendía a 225 990 625.00 sucres (300 mil dólares, equivalentes a 0.50 dólares por metro cuadrado), suma que los propietarios se negaron a recibir por considerarla insuficiente.

La demanda fue notificada a los propietarios el 6 de junio de 1997, quienes solicitaron que el auto de calificación se dejara sin efecto, toda vez que no se había cumplido con diversos requisitos exigidos en la ley ecuatoriana para que la expropiación resultara procedente. Entre tanto, funcionarios del municipio tomaron posesión del terreno, talaron arboles, comenzaron a ejecutar las obras, e impidieron el ingreso de los propietarios al predio. En septiembre de 1997 el juez noveno de lo Civil de Pichincha aceptó la solicitud de los expropiados al considerar que no se había cumplido con todos los requisitos determinados en la Constitución y en la ley de contratación pública. El municipio apeló la decisión, solicitud que fue rechazada de plano. El 17 de febrero de 2008 el juez noveno Civil decidió declararse inhibido para seguir conociendo el caso y lo remitió al Tribunal Distrital núm. 1 en lo Contencioso Administrativo, el cual nunca comenzó a estudiarlo. Más adelante se retoma la continuidad de este procedimiento.

Entre tanto, apenas en 1997, el Ministerio de Gobierno emitió el Acuerdo Ministerial 408, con lo que se anuló la decisión de declarar de utilidad pública la propiedad. Días después fue dictado el Acuerdo Ministerial 417 que resolvió dejar sin efecto el acuerdo antes mencionado. En diciembre de 1997, los propietarios presentaron un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante el Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo, solicitando que se declarara la nulidad del Acuerdo Ministerial núm. 17 y se les reconociera y respetara el derecho de propiedad sobre el terreno. En la fecha en que la Comisión Interamericana presentó demanda ante la Corte, el recurso no había sido resuelta pero, entre tanto, como se indica enseguida, el Tribunal Constitucional confirmó en 2001 la legalidad y la constitucionalidad de la actuación del municipio, .

En forma paralela, los propietarios presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo, alegando que con la expropiación se habían violado derechos garantizados en la Constitución Política, la

Convención Americana y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, además, que no se ajustaba al régimen nacional sobre expropiaciones. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo se inhibió de conocer el recurso de amparo presentado, decisión que fue apelada ante el Tribunal Constitucional. El 15 de septiembre de 1997 el Tribunal Constitucional dispuso que el tribunal inferior no podía inhibirse y que debía continuar con la tramitación del recurso presentado por la parte lesionada. Por lo tanto, el Tribunal Distrital resolvió la petición el 2 de octubre de 1997 y rechazó el recurso de amparo propuesto por considerar que el proceso de expropiación llevado a cabo por el municipio había sido legal. Aún así, los propietarios interpusieron un recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional, para impugnar la negativa del recurso de amparo. En febrero 2 de 1998, dicho Tribunal afirmó la legalidad de la actuación del municipio, al declarar que había obrado de conformidad con las facultades que el ordenamiento jurídico le confería, de acuerdo con previos informes técnicos y legales, y mediante autorización judicial que ordenaba la ocupación inmediata.

Como si esto fuera poco, los propietarios presentaron en enero de 1995 un recurso subjetivo ante la Sala Segunda del Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo para solicitar que se declarara ilegal y nulo el acto administrativo de la Comisión de Planificación y Nomenclatura, emitido el 7 de septiembre de 1994, que negaba la solicitud de urbanizar tres hectáreas del inmueble. Este recurso fue resuelto negativamente en diciembre de 2002. Igualmente, interpusieron un recurso subjetivo en febrero de 1996 ante la Segunda Sala del Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo en el que impugnaron el acto administrativo del procurador municipal que pretendía dejar sin efecto el silencio administrativo positivo que se había conformado ante la falta de respuesta del Ministerio de Gobierno y que aceptaba la reclamación contra la declaratoria de utilidad pública. Este recurso también fue

resuelto negativamente por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador el 13 de febrero de 2001.

En algunos de los procesos iniciados por los propietarios contra los actos de la administración municipal hubo decisiones tomadas con prontitud por los tribunales y, sobre todo, el tribunal constitucional las encontró acordes a las normas constitucionales y legales. En otros, particularmente la demanda de expropiación el trámite, fue demorado no solo por la interposición de recursos permanente por parte de los propietarios y una activa respuesta de los representantes del municipio, sino por un problema general de funcionamiento de la rama jurisdiccional en Ecuador, como lo señalaron los representantes del estado en los alegatos ante la Corte Interamericana.

La definición de la indemnización, que corresponde finalmente al juez, estuvo sometida a varios peritajes y las respectivas impugnaciones. En 2007, cuando el proceso estaba pendiente de sentencia de la Corte Interamericana, un perito designado en el proceso local, con base en valores catastrales establecidos para terrenos aledaños por parte del Municipio Metropolitano de Quito, determinó que se debería pagar 78 dólares por metro cuadrado y un monto total de 50 421 736 dólares por todo el terreno.

Los representantes del municipio impugnaron el informe pericial por considerar que no había tenido en cuenta elementos que castigaban el precio del suelo como afectaciones por presencia de redes eléctricas, topografía irregular del terreno, régimen de los usos del suelo (el terreno es zona de reserva, protección y recreación), ausencia de servicios públicos y de infraestructura vial. De acuerdo con el escrito de impugnación, el perito hizo una comparación con los inmuebles urbanos colindantes que no tenían las mismas características físicas y normativas que el que había sido expropiado y, sin aplicar un método claro, determinó un valor excesivo.

En 2008, ante la discordia insuperable entre el perito y el municipio en torno a la valoración del inmueble, el juez ordenó

un nuevo peritaje en el cual se concluyó que el terreno tenía un precio total de 41 890 819 dólares (28.19 dólares el metro cuadrado) y ordenó el pago de 18.201.930 dólares por concepto de intereses. Este nuevo peritaje también fue impugnado por el municipio.

El 3 de abril de 2009, casi un año después de expedida la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juzgado 9º Civil de Pichincha emitió sentencia en el caso, acogiendo los argumentos del segundo peritaje existente en el proceso y ordenó el pago de 41 214 233 dólares a la propietaria. Para justificar su decisión, el juez sostuvo que de acuerdo con las normas constitucionales y legales de Ecuador, la adquisición del dominio de un bien expropiado debe garantizar que el patrimonio del expropiado no sufra detrimento.

[...] la indemnización de expropiación, no constituye un precio con el que se paga la adquisición de bien expropiado, sino que su naturaleza jurídica es la de un resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el propietario, por motivos que son de utilidad pública o interés social y que no tiene por qué soportar, es pues una verdadera indemnización.

A partir de este criterio, el juez señaló que a pesar de que el artículo 242 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que los avalúos se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, existen otras normas consagradas en el Código de Procedimiento Civil que le otorgan al juez la facultad de fijar el monto de la indemnización teniendo o no en cuenta los informes periciales y el avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros.

La sentencia fue apelada por la municipalidad con el argumento de que la justicia nacional había perdido competencia, una vez que la Corte Interamericana había aceptado la respectiva demanda de los expropiados.

En efecto, el 3 de junio de 1998, apenas unos pocos años después de haber iniciado el proceso de expropiación, el caso había sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando la ineficacia de los recursos presentados ante distintas autoridades judiciales ecuatorianas. La Comisión, luego de múltiples trámites presentó demanda en 2006, con base en la cual la Corte Interamericana emitió sentencia de excepción preliminar⁴ y fondo en 2008, y en 2011 sentencia de reparaciones, de acuerdo con los procedimientos que se detallan a continuación.

Dos temas fueron objeto de debate ante la justicia nacional e internacional: la procedencia de la expropiación, sobre la cual no existió duda de fondo en las dos instancias y el monto a pagar por concepto de indemnización, asunto cargado de ambigüedades y contradicciones, como también se examina más adelante.

El trámite en la Comisión y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con la información contenida en la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte,⁵ una vez recibida la denuncia de los expropiados siguió una larga etapa tendiente a lograr un acuerdo entre las partes. Más de un año tomó el cruce de observaciones

⁴ En tanto desestimó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el estado de Ecuador

⁵ La demanda se puede consultar en: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.054%20Salvador%20Chiriboga%20Ecuador%2012%20dic%2006%20ESP.pdf>>, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Salvador Chiriboga (Caso 12.054) contra la República de Ecuador. La sentencia de fondo de la Corte Interamericana de derechos humanos, 6 de mayo de 2008 <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_179_esp.pdf>.

entre las partes con respecto a la petición, y el 5 de octubre de 1999 se realizó una audiencia durante la cual el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Ecuador ofreció mediar en la disputa e iniciar un diálogo a fin de llegar a una solución amistosa. Las partes acordaron informar a la CIDH sobre sus propuestas y el tiempo que estimaban emplear en el proceso de mediación

El 2 de marzo de 2000 la Comisión celebró una segunda audiencia sobre el caso, en la que tampoco se llegó a un acuerdo, y durante un año más hubo un cruce de observaciones entre las partes. El 18 de enero de 2001 los expropiados solicitaron una nueva audiencia a la Comisión Interamericana, que fue rechazada debido al gran número de solicitudes presentadas para esa sesión. El 26 de enero de 2001, la Comisión recibió una comunicación del estado, en la cual reiteraba su interés en buscar una solución amistosa del asunto y en la que hacía un recuento de las actuaciones judiciales realizadas por los expropiados y señaló que aún no se habían agotado algunos recursos de la jurisdicción interna, pero en septiembre de 2011 reiteró que las autoridades habían actuado de conformidad con las leyes y normas constitucionales que regulaban su acción.

Luego de un nuevo cruce de comunicaciones entre las partes, el 22 de octubre de 2003 la CIDH aprobó el Informe núm. 76/03, con el que declaró la admisibilidad del caso 12 054 “en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos protegidos en los artículos 21(2), 8(1), 25, 2 y 1 de la Convención Americana”. De nuevo la Comisión se puso a disposición de las partes, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, y en noviembre los representantes de la parte lesionada manifestaron su disposición de encontrar una solución al caso, lo cual fue imposible dada la distancia de las pretensiones respecto de la indemnización.

Luego de dos años adicionales de comunicación de las observaciones el 15 de octubre de 2005, durante su 123^o periodo de sesiones, la CIDH aprobó el Informe núm. 78/05 sobre el fondo de este caso y concluyó que el estado ecuatoriano era

responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad privada (artículo 21) y a la protección judicial (artículo 25), en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1 (1) de la Convención Americana y con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, previsto en el artículo 2 del mismo instrumento internacional. En este informe la Comisión recomendó al estado de Ecuador:

1. Otorgar una reparación plena determinada de manera imparcial e independiente, que incluya el pago de una indemnización justa por el valor de la propiedad, y por el tiempo en el cual se les habría privado del uso y goce de la misma.
2. Tomar las medidas necesarias para hacer efectiva, en la práctica, la legislación sobre expropiación.
3. Adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzcan hechos similares en el futuro.

Una vez recibida esta recomendación los expropiados solicitaron someter el caso a la Corte y el estado solicitó una prórroga de tres meses para rendir un informe sobre el avance de las actuaciones internas, prórroga que le fue concedida. Además, renunció a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento del plazo previsto. Luego de un año en el que rindieron varios informes, incluido uno sobre el fallecimiento del juez que conocía el proceso de expropiación, el procedimiento para remplazarlo y para el nombramiento del perito en diciembre de 2006, los expropiados insistieron en que el caso fuera llevado a la Corte Interamericana, petición a la que finalmente accedió la Comisión el 8 de diciembre.

El proceso ante la Corte Interamericana inició en diciembre de 2006. Además de las actuaciones de recepción de la demanda y contestación de la misma, en octubre de 2007 se realizó una audiencia pública en el marco de su periodo extraordinario de sesiones, audiencia en la que el procurador general en represen-

tación del estado del Ecuador y con base en los argumentos del delegado del Municipio de Quito, destacó que los demandantes habían tenido acceso a las distintas instancias de la justicia ecuatoriana, así como la facultad del Tribunal Constitucional Ecuatoriano para decidir en última instancia, y también el motivo de utilidad y pública y el respeto al debido proceso.

Una vez presentados los alegatos finales, en mayo de 2008, la Corte Interamericana profirió sentencia de excepción preliminar y fondo en la que no acogió los argumentos de violación de los artículos 2º (que contempla el compromiso de los estados parte de adoptar los ajustes en su legislación interna necesarios para hacer efectivos las libertades y los derechos garantizados por la convención), 24, que establece el principio de igualdad ante la ley y 29 (que contiene normas de interpretación), pero sí consideró violado el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la misma Convención, todo ello relacionado con el artículo 1.1 de ese instrumento.

En particular se consideró violado el derecho a ser atendido dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos de cualquier tipo (Art. 8º), el derecho a la protección judicial, particularmente en lo que tiene que ver con el acceso a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Finalmente, la Corte consideró que el estado ecuatoriano había violado el derecho a la propiedad privada, en lo que tiene que ver con la imposibilidad de ser privado de los bienes, salvo que medie el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

No obstante la sentencia condenatoria, para los funcionarios del gobierno ecuatoriano fue un triunfo para el estado, porque se reconocía que la normativa interna, tanto constitucional como

procesal, estaba ajustada a las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Además, porque la Corte determinó que la referencia para determinar la indemnización debía ser el precio comercial del terreno antes de la declaratoria de utilidad pública, es decir, sin incluir expectativas por el uso urbano, como alegaban los propietarios. Con este argumento se desvirtuaban las pretensiones de los demandantes de obtener un pago claramente desmesurado que se había elevado hasta 150 millones de dólares, basado en un cálculo de 200 dólares/m² (de un suelo rural y con norma de conservación ambiental) más otro tipo de condenas por las violaciones de los derechos humanos que acostumbra imponer la Corte.

En la sentencia de fondo, la Corte Interamericana, a pesar de haber declarado violado el derecho de propiedad, no se pronunció en concreto respecto de uno de los puntos centrales de la controversia: cuál es la determinación del monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en la sentencia. Este asunto lo dejó en manos de las partes en el plano interno, luego de invitarlas a llegar a un acuerdo dentro de los seis meses siguientes contados a partir de la notificación de la sentencia y se reservó la facultad de verificar si el respectivo acuerdo era conforme a la Convención Americana y, en caso de no llegar a un acuerdo, a determinar directamente las reparaciones correspondientes.

En cumplimiento de la sentencia las partes realizaron varios “diálogos” en Quito a lo largo de un año, dirigidos a lograr un acuerdo en torno al precio, acuerdo nuevamente dificultado por la distancia de sus posiciones: mientras los propietarios pretendían un pago de casi 152 millones de dólares, la oferta del estado no superaba los 6 millones de dólares, con base en un avalúo realizado por la Asociación de peritos valuadores del Ecuador, tomando en consideración la norma que establecía la clasificación de suelo rural, una suma adecuada, incluso alta, para este tipo de suelo, aún haciendo una comparación con otros

países latinoamericanos. Aunque los propietarios redujeron sus pretensiones a la suma de 55 millones de dólares, renunciando a los intereses, no se llegó a un acuerdo, y el estado ecuatoriano declaró la necesidad de recurrir de nuevo a un proceso contencioso, dejando abierta la puerta a una condena en costas por parte de la Corte Interamericana.

A estas alturas, ya el conflicto había dejado de ser un asunto del gobierno municipal y estaba en manos de la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, creado en 2007 con el objetivo de impulsar la plena vigencia de los derechos humanos de los habitantes del país y el mejoramiento de la administración de justicia.

En la etapa de negociación, el apoderado de los propietarios formuló peticiones complementarias a aquellas directamente relacionadas con la determinación del valor de indemnización, representando a fondo el papel de víctimas, a la manera de los procesos relacionados con violaciones realmente graves de derechos humanos como la vida o la integridad personal. Propusieron que el parque fuera denominado “Guillermo Salvador Tobar” nombre de quien había heredado la propiedad actual, y que, en una emulación de la lucha contra la impunidad, se investigara y sancionara a los responsables y se publicara la sentencia, única pretensión que fue aceptada por ambas partes. Como si esto fuera poco, en esta etapa se discutió reiteradamente la búsqueda de la garantía de no repetición, lo que se traducía en la exigencia de una reforma de la Ley de Régimen Municipal, a pesar de que la Corte había declarado que se ajustaba a la Convención Americana. Por último discutieron la categoría de protección ecológica asignada por el gobierno municipal al terreno expropiado.

Luego de más de dos años de intentos por llegar a un acuerdo y a un nuevo cruce de comunicaciones y observaciones, la Corte tuvo que hacerse cargo del fallo de reparaciones después de que, incluso, los representantes del estado del Ecuador le

manifestaran la necesidad de pronunciarse sobre cómo debían quedar los procesos locales.

La argumentación

Si seguimos los momentos que se acaban de describir, se recogen los argumentos expresados por la Comisión, por el gobierno ecuatoriano y por la Corte Interamericana:

La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 15 de octubre de 2005, en su informe de admisibilidad del caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó:

1°. Otorgar una reparación plena determinada de manera imparcial e independiente, que incluya el pago de una indemnización justa por el valor de la propiedad, y por el tiempo en el cual se les habría privado del uso y goce de la misma

2°. Tomar las medidas necesarias para hacer efectiva, en la práctica, la legislación sobre expropiación.

3°. Adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzcan hechos similares en el futuro.

Los argumentos relacionados con el derecho de propiedad y la expropiación fueron los siguientes:

1. Si bien el derecho a la propiedad privada puede ser subordinado al interés general, debe haber proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido al restringir, en un caso concreto, el derecho de una persona al uso de sus bienes.

2. De acuerdo con la Convención Americana, en ciertas circunstancias los estados parte pueden desapoderar a los particulares de sus bienes con el objeto de utilizarlos como propios para el cumplimiento de una finalidad de bien común. Se entiende que en tales casos el Estado busca satisfacer objetivos de bienestar general que no pueden ser alcanzados a través de medios menos gravosos. Pero, el ejercicio de la expropiación

no es discrecional y tampoco está exento de límites, con el fin de evitar que se convierta en un acto de confiscación, toda vez que nadie puede ser obligado a soportar las cargas públicas en forma asimétrica con el resto de la sociedad.

3. Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social; sujetarse al pago de una justa indemnización, y limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley. La Comisión Interamericana propone el concepto de indemnización integral, que define como aquella que debe dejar al sujeto expropiado en una situación de indemnidad patrimonial. Además, la indemnización debe pagarse en forma previa al momento en que se haga efectivo el desapoderamiento o, eventualmente, en un breve lapso de tiempo desde que el estado ha tomado posesión de los bienes. Solamente a través del efectivo pago de una indemnización se logra un equilibrio entre el derecho de propiedad de las personas y la facultad de los estados de disponer excepcionalmente de sus bienes cuando el interés público así lo justifica.

4. Si los Estados parte pudiesen disponer de los bienes de las personas durante periodos de tiempo prolongados, sin abonar a su vez la indemnización que les corresponde, ninguna duda cabe que el derecho a la propiedad que la Convención Americana tutela quedaría sujeto a la simple voluntad de los gobernantes. A su vez, esta situación tornaría ilusorio el efectivo goce y protección del referido derecho.

5. De acuerdo con las consideraciones y hechos probados hasta la fecha no se había dictado una decisión judicial por parte de un órgano imparcial e independiente que fijara en forma definitiva el valor del bien expropiado y ordenara el inmediato pago de la indemnización que correspondía en justicia. La Comisión no encontró aceptable el pago efectuado por el municipio, a pesar de estar ajustado a la legislación nacional, porque 1) correspondía a un valor determinado unilateralmente

por la entidad expropiante y 2) de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano la fijación del monto de la indemnización corresponde a los jueces, en un plazo breve, cuando no hay acuerdo entre las partes.

6. Habían transcurrido más de 15 años desde que el Concejo Municipal de Quito declaró de utilidad pública y sujeto a ocupación urgente,⁶ con fines de expropiación, el lote de terreno de propiedad de los hermanos Salvador Chiriboga, sin que los expropiados hubieran obtenido el resarcimiento que les correspondía por la privación de la que han sido objeto.

7. De acuerdo con pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, los

[...] retrasos irregularmente largos en el pago de la compensación para la expropiación llevan a la pérdida financiera aumentada para la persona cuya propiedad ha sido expropiada, colocándolo en una posición de la incertidumbre, especialmente cuando se toma en cuenta la depreciación monetaria que ocurre en ciertos Estados. Además según la misma Corte europea los afectados por este tipo de demoras sufren una carga individual excesiva que trastorna el equilibrio justo que se debe mantener entre las demandas del interés y las protecciones generales del derecho al goce pacífico de las posesiones.⁷

Los argumentos de las autoridades municipales y del gobierno ecuatoriano

Las autoridades ecuatorianas dirigieron sus alegatos directamente al tema de los avalúos aportados al proceso adelantado en la jurisdicción interna ante el juzgado noveno. Argumentaron que no se habían tenido en cuenta las normas que determinaban los

⁶ Aunque la ocupación efectiva del inmueble se produjo en 1997.

⁷ Los casos citados por la Comisión fueron *Eur. Court H.R., Case of Akkuş v. Turkey*, 60/1996/679/869, sentencia de 9 de julio de 1997 § 29; *Aka v. Turkey*, No. 107/1997/891/1103, sentencia de 23 de septiembre 1998, §49; *Eur. Court H.R., Case of Baskan v Turkey*, No. 66995/01, 21 de julio de 2005, § 21.

terrenos del Parque Metropolitano como zona de protección ecológica, recreación y equipamiento y cuestionaron la manera como el perito aplicaba el método comparativo o de mercado en relación con “zonas comerciales de alta plusvalía, a desarrollo de zonas urbanas, a calidad de suelo, grados de consolidación, edificación, tratamientos arquitectónicos en territorios urbanizados, totalmente ajenos a la realidad física del inmueble materia de la expropiación”.

Inclusive cuestionaron que se tuvieran en cuenta terrenos vecinos, que, de todas maneras, eran urbanizados y con otro régimen de usos del suelo. Adicionalmente, los funcionarios argumentaron que el informe pericial había omitido descontar el cálculo de la plusvalía generada por un proyecto vial aledaño a la zona y que, de acuerdo con la ley, debía descontarse. Por todas estas razones se consideraba el informe antitécnico e ilegal.

La defensa del estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana señaló que era necesario encontrar un equilibrio entre los intereses públicos y los privados con el fin de que unos y otros no se vieran afectados. En tal sentido, afirmó que el propietario del terreno tiene derecho a la compensación por su propiedad, más no a enriquecerse injustificadamente a costa del interés público. Sostuvo que la dilación del proceso de expropiación se produjo debido a los múltiples recursos presentados por los propietarios, muchos de los cuales, no resultaban idóneos para el fin por ellos pretendido y que, en contraste, el Municipio de Quito había observado la normatividad y cumplido los requisitos requeridos para adelantar el proceso.

Respecto del derecho a la propiedad, señaló que si bien esta institución fue concebida en el derecho romano como una categoría profundamente individualista en el sentido de que otorgaba plenos derechos a sus titulares sin limitación alguna, su evolución en el propio derecho romano y el germánico dio lugar a considerarla como una figura que puede ser limitada en ciertos casos en beneficio del bien común.

Desde esta perspectiva, sostuvo la defensa, en los estados modernos se garantiza el derecho a la propiedad privada siempre y cuando ésta cumpla una “función económica y social”, lo cual se traduce en varias posibles limitaciones.

Esta evolución fue recogida según el alegato del estado por el ordenamiento jurídico de Ecuador:

La Constitución Política del Estado en su artículo 30 recoge los aspectos más relevantes de este debate sobre la propiedad, señalando que ésta deberá atender a un requisito sine-qua-non para su existencia: que cumpla su función social, en cuanto sea así el Estado reconocerá y vigilará su cumplimiento como derecho [...] y más adelante el artículo 33 cuando define el fondo de la expropiación como un fin de orden social que se instrumenta en la ley acogiendo los plazos de las normas procesales, está definitivamente determinando la excepción básica de la propiedad privada. Así es también y de manera más o menos regular el alcance que tiene esta figura en las legislaciones latinoamericanas.

Con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo la defensa, en consonancia con lo anterior, que el sistema interamericano protege el uso y goce de los bienes pero admite su subordinación al interés general cuando se establece por vía de ley. En tal sentido, la privación de la propiedad puede realizarse mediante el pago de una indemnización justa. Entre los casos citados por el Estado se encuentran *Awas Tingi contra Nicaragua*, *Palamara Iribarne contra Chile* y *Yakie Axa contra Paraguay*.

Los representantes del gobierno sostuvieron también que la expropiación del predio de la señora Salvador Chiriboga se había hecho acatando estas disposiciones pues se había realizado conforme a la declaratoria de utilidad pública prevista en la ley y se había pagado la indemnización pertinente.

Adicionalmente, frente al tema concreto de la indemnización, el Estado afirmó que el predio de la señora Chiriboga

nunca había tenido un tratamiento de área de expansión urbana, y por tanto su valor no podía ser calculado considerando tal categoría.

[...] en el Plan Director del periodo 1973-1993 denominado Quito y su Área Metropolitana y en el Plan Quito de 1981, se mantiene el criterio de fijar el límite de la posibilidad de urbanización en la cota 2.860 msnm; con diversas denominaciones (bosque protector, cinturón verde o área de protección), en todos los estudios posteriores se mantiene la constante de la declaración inicial, por lo que se concluye que el terreno de la señora Salvador Chiriboga nunca fue incluido en un sector calificado como área de expansión urbana, hasta su declaratoria de utilidad pública para formar parte del Parque Metropolitano conjuntamente con otros predios que alcanzan la superficie total de 557 hectáreas.

La repercusión de este razonamiento lógico jurídico en la metodología avaluatoria nos permite establecer que lo que se comercializa en el mercado no es un objeto o una cosa tangible sino un conjunto de derechos expresados, en el caso de la ciudad de Quito, en los contenidos del Régimen del Suelo del Distrito Metropolitano de Quito y del Plan de Uso y Ocupación del Suelo [...].

[...] el criterio de comparación no puede ser otro que el de estándar sobre predio rústico, por lo que el terreno más cercano proporcionó el parámetro analogable [...] En definitiva estamos hablando de un predio rústico. La sola vecindad con terrenos considerados predios urbanos tampoco le otorga a la propiedad característica alguna de transformación en cuanto al tratamiento que el Municipio de Quito históricamente le ha dado a este predio [...] (Alegatos Estado).

Por lo anterior, el Estado consideró que el método avaluatorio para este caso debía partir del presupuesto de que los inmuebles valorados no eran comercializables como predios urbanos y, por tanto, no era posible aplicar un método comparativo. Así, sería necesario utilizar criterios aplicables a los predios rurales para la valoración del precio relacionados con la rentabilidad agropecuaria, ubicación y calidad del suelo. Esa valoración,

sin embargo, según el Estado debía tener en cuenta que el inmueble se encontraba en la periferia de la ciudad y por tanto tampoco se le podía otorgar un valor exclusivamente rural.

Su clasificación legal en suelo de Protección Ecológica genera beneficios públicos de tipo social y ambiental dada su función de control de inundaciones, protección de recursos hídricos, paisaje o recreación pasiva, ecología, etc., los cuales deben ser valorados a través de los métodos utilizados para bienes públicos sin mercado, los cuales generalmente conducen a un valor superior al fijado a través de los métodos comparativo o residual si se pudiesen aplicar.

A partir de esto, el Estado sostuvo que se debía acoger una metodología de cálculo que tomara en cuenta precios de predios rurales cercanos ponderados con precios de suelo urbano cercanos. El resultado propuesto fue de 6 043 635.25 dólares.

La argumentación de la Corte Interamericana y su decisión

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 21 de la Convención reconoce el derecho a la propiedad como aquel que faculta a sus titulares a ejercer libremente el uso y goce de un bien, facultad que puede ser limitada en razón del interés social. Al respecto señaló:

La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

El límite al ejercicio por parte del Estado de la privación del derecho a la propiedad está dado según la Corte por ciertas condiciones relacionadas con la justificación de la misma, las

garantías de un trato justo al expropiado, la proporcionalidad y la necesidad de la medida. Así:

[...] para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.

Además, señaló que

la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho [...]

[...] De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin.

Para el caso concreto, la Corte constató que la declaratoria de utilidad pública estaba justificada y soportada normativamente, razón por la cual consideró que los requerimientos de necesidad y proporcionalidad de la herramienta de la expropiación estaban dados. En tal sentido, sostuvo que la construcción del Parque Metropolitano obedecía a un objetivo de interés general y social compatible con las normas de la Convención Americana.

La gran deficiencia encontrada por la Corte tiene que ver con la demora en la resolución de los recursos interpuestos por parte de los propietarios del predio contra los actos que declararon la utilidad pública. El hecho de que al momento de expedición de la sentencia de la Corte Interamericana aquellos no hubieran sido resueltos aún, representó para el tribunal una violación del principio del plazo razonable y efectividad de los recursos internos. Aparentemente, la Corte no consideró que

esa demora pudo haber sido ocasionada por los mismos propietarios, al recurrir a diversas instancias legales con el propósito de obtener una indemnización más alta.

Respecto de la indemnización, la Corte sostuvo que de acuerdo con la Convención aquélla debe existir como presupuesto esencial para la procedencia de la expropiación y que debe ser adecuada, pronta y efectiva. Además, señaló que para que sea justa debe tomar como referencia el valor comercial del bien antes de la declaratoria de utilidad pública. En tal sentido: “[...] Esta Corte considera que para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva”.

Como se acaba de indicar, la Corte estimó que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular.

Teniendo esto en cuenta, consideró que el hecho de que el proceso de expropiación haya durado más de 10 años sin que se haya producido una decisión definitiva en torno al monto de la indemnización, implicaba el incumplimiento de uno de los requisitos básicos para considerar legítima la privación del derecho a la propiedad. Para la Corte resultó insuficiente el pago provisional, tasado de acuerdo con el avalúo catastral, realizado de conformidad con la legislación interna ecuatoriana. Dicho pago, en opinión de los magistrados, se apartaba de los estándares exigidos por la Convención Americana y de los estándares y principios internacionales, por lo cual por más de 10 años el Estado no había fijado el valor definitivo del bien ni había otorgado el pago de una justa indemnización a la señora Salvador Chiriboga. La demora en el pago convertía para la Corte en arbitrario el procedimiento expropiatorio.

La Corte concluyó que

[...] En específico, el Estado incumplió con las formas establecidas en la ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, ya que los recursos interpuestos han excedido para su resolución el plazo razonable y han carecido de efectividad. Lo anterior ha privado indefinidamente a la víctima de su bien, así como del pago de una justa indemnización, lo que ha ocasionado una incertidumbre tanto jurídica como fáctica, la cual ha derivado en cargas excesivas impuestas a la misma, convirtiendo a dicha expropiación en arbitraria.

Finalmente, como ya se indicó, la Corte decidió que la determinación del monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en dicha sentencia, se hicieran de común acuerdo entre el Estado y los representantes y se reservó la facultad de verificar si dicho avenimiento sería conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de determinar las reparaciones correspondientes y gastos y costas.

La Corte se abstuvo de evaluar si los criterios presentados por el Estado para determinar el monto de la indemnización eran adecuados, o si la posición de los demandantes al respecto era justificada y, finalmente, apenas destacó en la necesidad de que la decisión final fuera tomada en el corto plazo por las instancias internas para que se concretara finalmente el pago de la expropiación y se definiera la condición jurídica del bien.

Con respecto a la indemnización, en casos de expropiación como el de la disputa, debe ser el valor comercial de la propiedad antes de la declaratoria de utilidad pública. Con ello, dio la razón parcialmente al Estado pero sin concretarlo en la resolución específica del conflicto. En palabras de la Corte:

98. La Corte estima que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio

entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia (*supra* párr. 63).

La sentencia de reparaciones y costas

Al no lograrse un acuerdo entre las partes, la Corte Interamericana tuvo que entrar en el núcleo duro de la discusión sobre los criterios para determinar la indemnización y, sobre todo, a ordenar el pago de una suma concreta de dinero. Se vio entonces en la necesidad de pasar del discurso abstracto de los derechos humanos a definir parámetros técnicos y de conocimiento específico del comportamiento del mercado, distantes de su oficio.

A continuación se reconstruye en detalle la argumentación adoptada en esta sentencia a partir de los siguientes puntos: 1) se descarta un peritaje internacional, 2) argumentos de fondo y peritaje: principios generales y experticia 3) se rompe la relación entre criterios y monto de la indemnización, ¿de dónde sale finalmente la suma? 4) los votos disidentes, que permiten retomar la discusión de fondo sobre la dificultad de definir el contenido de un derecho patrimonial como el de propiedad sin poner a prueba el discurso de los derechos humanos.

La Corte Interamericana descarta un peritaje internacional

Con el fin de obtener una decisión de la Corte sobre las reparaciones, las partes, durante una audiencia pública realizada el 24 de septiembre de 2009, indicaron que uno de los puntos de acuerdo a los que habían llegado era que la Corte contaba con los suficientes elementos probatorios para fijar la justa indemnización que debería otorgarse en cumplimiento de la Sentencia dictada el 6 de mayo de 2008. Aun así expresaron que, en caso de que lo consideraran necesario, estaban de acuerdo en se designara a una entidad internacional para que realizara un peritaje

y ofrecieron presentar una lista de las personas u organismos internacionales que podrían rendir el informa pericial.

Como es usual en los procedimientos ante la Corte, en primer término se trató de construir un acuerdo. Luego de presentada la lista, la secretaría de dicho tribunal señaló que podrían existir coincidencias en cuanto al nombre de un perito, quien trabajaba para una empresa propuesta por los representantes y que, a la vez, era afiliado a una entidad sugerida por el estado.

Los representantes del gobierno ecuatoriano insistieron en que se designara a una empresa gremial o cualquier otro órgano agremiado a ésta en lugar de una persona o una empresa privada particular; propuso que la Corte enviara el caso a una discusión virtual en el Foro Americano de Tasaciones (FAT) y que el cuerpo colegiado designado y un funcionario de la Corte realizaran una visita *in situ* al Parque Metropolitano de la Ciudad de Quito. Ante esta posición y la falta de acuerdo, la propuesta de un perito internacional no prosperó y las partes reiteraron que la Corte tenía los elementos probatorios suficientes para fijar la justa indemnización del inmueble.

Argumentos de fondo y peritaje: principios generales y experticia

Descartado el peritaje internacional, la Corte entró a valorar los realizados dentro del proceso nacional y el interamericano (dos y tres respectivamente) y para ello partió de la premisa de que

[...] toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

El punto central de conflicto para la Corte eran las afectaciones derivadas de la falta de pago de una justa indemnización.

En el fallo está presente, por tanto, una ambigüedad entre la reparación por la demora en el pago y la indemnización por la expropiación del terreno.

Los parámetros en la jurisdicción internacional para fijar el valor de la justa indemnización en opinión de la Corte son: 1) por justa indemnización se entiende “aquella que permita a la víctima mantener la integridad patrimonial”, es decir, que no resulte en un detrimento del patrimonio, 2) el valor de la indemnización debe ser idéntico al valor del bien expropiado que ha salido del patrimonio del titular de la propiedad y 3) una forma de medir el valor del terreno es tener en cuenta el valor del bien en el mercado o el valor necesario para adquirir otros bienes de similares características a aquel expropiado.

A la luz de esos parámetros estableció dos criterios más de fondo para la determinación de la indemnización, uno más concreto que el otro: 1) el valor comercial antes de la declaratoria de utilidad pública, y 2) el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular.

En la sentencia se analizaron los conceptos de daño material e inmaterial. Con respecto al primero, se evidenciaron algunas confusiones: se planteó que no se analizaba en este caso el daño material desde la perspectiva tradicional del daño emergente o pérdida de ingresos (que sería lucro cesante) sino derivado en del incumplimiento en el pago de una justa indemnización que ha generado una afectación en la esfera material de los expropiados y ha derivado la responsabilidad interna del estado. La Corte, a nuestro modo de ver, sobrepuso y confundió el perjuicio efecto de la demora —que cuando se trata de una suma de dinero se resuelve con una actualización monetaria o reconocimiento de intereses— con la necesidad de resarcir el contenido económico o valor del terreno expropiado.

Así, de manera reiterada se indicó, subrayando la tardanza del proceso, que la situación de incertidumbre agrava los efectos perjudiciales de la medida, lo que constituye una carga especial que rompe con el justo equilibrio entre las exigencias del interés

general y la salvaguarda del derecho al respeto de los bienes. En su criterio, haciendo referencia a la sentencia de fondo, es esto lo que sucedió en el caso, porque los recursos subjetivos o de plena jurisdicción interpuestos por los hermanos Salvador Chiriboga, y la demanda de expropiación interpuesta por el estado no fueron resueltos en un plazo razonable ni fueron efectivos.

Por su parte, el análisis del daño inmaterial, que no es usual reconocer en los casos de expropiación —donde incluso se problematiza la noción de daño—, da cuenta de las dificultades que genera el incluir el derecho de propiedad dentro de los derechos civiles y políticos, como sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸ Aquél comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

Según los representantes de los expropiados, uno de los cuales falleció durante el proceso por razones totalmente ajenas al mismo, estos habían “experimentado mucha preocupación [...] al encontrarse por varios lustros frente a una situación de total inseguridad respecto del destino de su patrimonio (y el de su familia), debido a la falta de resolución de los diversos procesos judiciales en relación con su propiedad”. La señora Salvador Chiriboga manifestó en una de las audiencias públicas que el proceso le había causado un impacto muy fuerte que había afectado su salud.

Los representantes del Estado, por su lado, señalaron:

[...] no todas las violaciones [de los derechos humanos] acarrear los mismos efectos gravosos [...] si bien los derechos humanos son interdependientes y jerárquicamente de igual valor y trascendencia, no se puede considerar que una violación tan grave como una ejecución extrajudicial o una tortura, merece una reparación

⁸ Cuando más bien se trata de un derecho económico, fuera del ámbito de los derechos fundamentales.

monetaria de igual valor por concepto de daño inmaterial que una violación a la propiedad privada y al debido proceso, esto deslegitimaría a la justicia internacional y menoscabaría gravemente la credibilidad del sistema interamericano [...] La señora Salvador Chiriboga hace mención a cuestiones afectivas que merecen respeto, pero que no son relevantes para efectos del juicio, y lo propio ocurre con los demás familiares que han presentado su declaración como si se tratara de una familia de escasos recursos y cuya salud se ha deteriorado como consecuencia de la acción municipal, lo cual dista en gran medida de la realidad.

En análisis de asunto, la Corte cita una jurisprudencia que hace referencia a procesos sustancialmente opuestos a una discusión sobre el derecho a la propiedad, como son el caso de secuestro, tortura y asesinato de cinco personas, incluidos dos niños (Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77,) u otro de detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, resultado de operaciones del ejército brasileño emprendidas entre 1972 y 1975 durante la dictadura militar (1964–1985), o un caso relacionado con el sometimiento de dos ciudadanos mexicanos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México) donde estuvieron en juego el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad personal o la protección judicial.

Estas referencias dan cuenta de las dificultades de enmarcar el derecho a la propiedad privada en las categorías, cánones y rituales de la defensa internacional de los derechos humanos, y refleja no solo cierta falta de experiencia de la Corte sino, como se verá más adelante, la división de opiniones entre los integrantes del tribunal.

Una vez retomados los criterios de la sentencia de fondo, la Corte pasó a considerar los distintos avalúos para establecer una suma concreta de dinero que reflejara esos criterios y

los conceptos más generales, y abstractos, ligados al derecho de propiedad.

Los representantes de los expropiados, en la etapa de fondo y reparaciones, manifestaron que el valor del bien en ningún caso podía ser menor a 130.60 dólares por metro cuadrado, incluyendo el valor de un bosque de eucalipto, y señalaron que el valor de la justa indemnización de la propiedad ascendía a 84 326 787 dólares más sus intereses. Los argumentos de los expropiados se centraban en la “vocación urbana” del terreno, dada su localización dentro de la ciudad y el nivel socio-económico del sector aledaño, la existencia de infraestructura y servicios en el área contigua, el tamaño y las condiciones físicas de suave relieve y paisajísticas e incluso la propia decisión de la autoridad municipal de construir el parque, un equipamiento de gran importancia para la ciudad de Quito, lo consideraban, extrañamente, un factor de valorización del terreno.

Hubo un punto de discusión importante: el municipio, a pesar del carácter rural del terreno expropiado y de haberlo destinado a parque continuó aplicando un impuesto a los solares no edificadas que grava a los propietarios de terrenos dentro del perímetro urbano. Este fue un argumento utilizado por los peritos para comparar el precio con terrenos urbanizados lo que probablemente incidió en la decisión final. El municipio reconoció que se trataba de un error y ofreció devolver los impuestos indebidamente pagados. No es del caso desarrollar aquí la discusión, pero el régimen tributario aplicado a un terreno es objeto de otra discusión jurídica y no necesariamente puede servir de criterio para determinar su valor de mercado.

Los representantes del Estado manifestaron que reconocerían una indemnización compensatoria, fijada en el marco del litigio nacional o interamericano, sustentada en una pericia imparcial y apegada al valor real del bien, sin tomar en cuenta la plusvalía, ajustada a la realidad del país, al presupuesto municipal y, sobre todo, al criterio expuesto por la corte de que una eventual indemnización no debe implicar un enriquecimiento

ni empobrecimiento del expropiado. Señaló que los valores exigidos por los demandantes por concepto de indemnización eran excesivos, porque correspondían al valor por metro cuadrado de propiedades ubicados en la zona urbana y con libertad para ser transadas como terrenos urbanos.

Resaltaron el argumento básico del peritaje aportado por el estado como prueba, de que el terreno jamás fue clasificado por la Planificación Municipal como terreno urbano o con posibilidad de urbanización y que la única posibilidad era el uso agrícola. Además, que ni en la sentencia rendida en la jurisdicción interna ni en el informe pericial presentado por los expropiados había sido considerado que el inmueble objeto de la expropiación se encontraba dentro de una zona de protección ecológica, con coeficientes de ocupación mínimas y con varias limitaciones y prohibiciones, que influyen directamente en su precio.

De acuerdo con estos criterios el avalúo propuesto por el estado era de 9.36 dólares por metro cuadrado para un total de 6 043 635 dólares.

El principal argumento de la Comisión Interamericana no tenía relación directa con las condiciones que definían el precio del inmueble, sino con el hecho de que los propietarios habían estado privados de la posesión de su bien y habían luchado por años para obtener justicia en su caso, sometidos a un estado de incertidumbre jurídica, e insistió en una indemnización justa, adecuada, pronta y efectiva. No obstante, también sostuvo que dicha indemnización debía tomar como referencia el valor comercial del bien anterior a la declaratoria de utilidad pública.

Además de los informes periciales, la Corte tomó en consideración otras fuentes complementarias para valorar el precio justo. Consultó las tablas con los valores de aquellas adquisiciones de terrenos en la misma zona en las que hubo acuerdos, permutas de otros bienes municipales o sentencias judiciales respecto de propiedades con superficies mayores a 30 mil m². Encontró una gran variedad de precios, desde 1.52 dólares

por m², en el caso de las permutas, hasta las condenas judiciales, con un promedio de 8.19 dólares por m². En segundo lugar tomó en cuenta las valoraciones que habían efectuado otros peritos en los juicios internos, así como las decisiones judiciales respecto de casos de expropiaciones de los predios en el área en cuestión, incluyendo terrenos urbanizados. Al respecto, de los datos proporcionados en los juzgados de Pichincha se desprenden pagos por un promedio de 47.52 dólares por m².

La Corte, al revisar el tema en tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Permanente de Justicia Internacional, encontró que aplican distintos métodos de cálculo para fundamentar sus decisiones sobre reparaciones, entre éstos la exploración de precios en el mercado inmobiliario de bienes similares. Concluyó que examinaría las justificaciones a los avalúos propuestos por las partes y desecharía aquellos respecto de los cuales se presentaban diferencias importantes.

Según la Corte, una reparación equitativa es aquella que corresponde “al valor que tenía la empresa al momento de la desposesión”. En los tribunales de arbitraje internacional, la fijación del monto de la indemnización se realiza sobre la base del “justo valor del mercado”, lo que es equivalente a la reparación integral y efectiva por el daño sufrido. Estos tribunales, dice la Corte, se basan normalmente en peritajes, pero también han determinado el valor del bien sobre la base de una aproximación en atención a los avalúos propuestos por las partes. Se destaca este argumento porque, como se verá más adelante, al parecer la Corte, siguiendo la metodología usual en sus procesos de aproximación de las posiciones de las partes, promedió los distintos peritajes, como si fuera posible acercar y conciliar visiones e intereses con los supuestos criterios técnicos de valoración de terrenos.

Se rompe la relación entre criterios y monto de la indemnización, ¿de dónde sale finalmente la suma a pagar?

Finalmente, la Corte tuvo en cuenta las ponderaciones (*sic*) de distintos avalúos del bien, las cuales a continuación transcribimos para ilustrar la discusión que en este artículo se propone sobre la distancia entre el discurso general de los derechos humanos y la determinación de un monto concreto de indemnización, así como los riesgos de la intervención de la movilización de la justicia (como valor y como aparato) para establecer el contenido económico del derecho de propiedad o, todavía más difuso aún, el patrimonio que debe ser resarcido.

Las ponderaciones consideradas fueron:

a) consignación del Municipio al momento de la presentación de la demanda de expropiación —de acuerdo al valor catastral— por 225 990 625.00 sucres a favor de la víctima⁹; b) el perito Vicente Domínguez Zambrano, en el fuero interno, fijó el avalúo de 55.567.055,00 —incluyendo el bosque de eucaliptos—; c) el perito Manuel Silva Vásconez, en el fuero interno, fijó el avalúo en US\$41.883,379,12 —incluyendo el bosque de eucaliptos—, y estimó un cálculo al año 1996 en US\$18.201.930,62; e) el Juzgado Noveno fijó en su sentencia de 3 de abril de 2009, la cantidad de US\$41.214.233,12 como valor del predio expropiado; f) el perito Gutiérrez Castillo fijó el avalúo por US\$58.111.875,00; g) la perito Jakeline Jaramillo Barcia fijó el precio en US\$42.180.504,47; h) el perito Rodrigo Borja fijó el avalúo del bosque de eucaliptos en US\$1.174.735,00, e i) el perito Gonzalo Estupiñán Narváz fijó el avalúo en US\$6.043.635,25.

Según la sentencia (Aparte 64),

[...] de los peritajes antes señalados se desprende que éstos parten en su mayoría de una comparación de los precios comerciales de

⁹ Se han omitido las referencias de pie de página, que pueden ser consultadas en la sentencia del 3 de marzo de 2011 de reparación y costas (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf).

lotes urbanizados cercanos a la zona y luego efectúan ajustes considerando los distintos factores del predio. Por otro lado, se puede notar que el perito Estupiñán Narváez parte de un valor rural de dedicación agrícola en un área rural cercana y lo ajusta para ubicarlo en una zona de Quito, basándose en los precios comerciales de una y otra zona [...].

Al respecto, el Tribunal observó que las diferencias relevantes entre los avalúos propuestos para la determinación de la justa indemnización tienen su origen en un desacuerdo entre las partes en lo relativo a la naturaleza jurídica del terreno, y en particular las limitaciones jurídicas al uso del bien impuesto por la reglamentación de la municipalidad de Quito, desacuerdo que repercute en los métodos de cálculo usados para la evaluación del bien.

La Corte (aparte 66) confunde métodos de valuación con criterios. Así, sostiene que mientras los propietarios alegaron la “vocación urbana” del predio y por esa razón tomaron como referencia el valor de bienes urbanizados colindantes con el terreno expropiado, para los representantes del gobierno los únicos criterios de valoración que podían ser aplicados eran la rentabilidad agropecuaria, la ubicación, la calidad (agrícola) del suelo y la calificación de la zona como de protección ecológica y recreación, cuyo uso y ocupación era limitado y restringido a las necesidades del parque metropolitano. Este segundo criterio remite a otra de las discusiones fuertes del derecho urbano: la pertinencia de compensar o indemnizar las decisiones de planeación urbana o de reglamentación de los usos del suelo, en los que no profundiza la sentencia.

En síntesis y según la misma Corte, si bien el estado toma en cuenta la ubicación del terreno como criterio para fijar la justa indemnización, hace prevalecer las limitaciones jurídicas al uso del bien impuesto por la reglamentación de la municipalidad de Quito. No obstante, la situación más evidente era que el terreno, independientemente de la limitación ambiental y la

declaratoria del parque, tenía uso agrícola y nunca había tenido un uso diferente.

Al parecer la Corte olvidó la premisa básica de la sentencia de fondo: la justa indemnización debía atender el equilibrio entre el interés general y el particular y, para ello, había que tener en cuenta el valor comercial del bien expropiado antes de la declaratoria de utilidad pública. Por tanto, no consideró el uso agrícola del mismo, tanto en la situación real del terreno como en las normas municipales de uso del suelo.

Aunque cuestionó la eventual comparación con bienes en el mercado que no presentaran las mismas características, utilizó una noción dudosa, la de las características esenciales, entendiendo por éstas las naturales del terreno (como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y las jurídicas (como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación).

Con respecto a las características naturales, algunos de los peritos señalaron que el predio era susceptible de ser urbanizado por sus condiciones de factibilidad, consolidación del suelo y muchas otras características físicas, topográficas, paisajísticas y muchas otras condiciones, que lo hacían de privilegiada localización para la urbanización. Asimismo, indicaron que el predio estaba atravesado por dos líneas de transmisión eléctrica de alta tensión, lo que afectaba su destinación a edificación. Otro perito señaló que el predio no contaba con obras de infraestructura y que tan solo estaba localizado frente a otras urbanizaciones desarrolladas en el sector.

Varios peritos argumentaron su localización urbana, y es de suponer que por el crecimiento urbano el parque terminara localizado cercano a la ciudad, pero eso, a nuestro modo de ver, no alteraba su condición de rural en el momento de ser decretada la expropiación.

En relación con las características jurídicas del bien, la Corte consideró que

[...] uno de los factores que otorgan valor a un predio es su posible uso, vocación y su edificabilidad, por lo que se debe establecer, para efectos de evaluación en el presente caso, y entre otros criterios, las limitaciones jurídicas al uso de suelo que fueron impuestas al terreno expropiado antes de la declaración de utilidad pública (Aparte 69 de la sentencia).

Los distintos peritajes coinciden en reconocer la existencia de limitaciones legales al uso del terreno con anterioridad a la declaratoria de utilidad pública, y particularmente uno de los peritos, como ya se ha señalado, destacó que el terreno expropiado jamás había sido considerado por la planificación municipal como terreno urbano o con posibilidad de urbanización, situación que la Corte corroboró mediante la revisión de las normas municipales de usos del suelo, inscritas incluso en el registro inmobiliario y reconoció las limitaciones en su uso y goce y en sus posibilidades de edificación, que incidían sobre su potencial comercial.

La Corte concluyó que, de acuerdo con las características esenciales del terreno, así como con el acervo probatorio, se trataba de un predio rústico, ya que no contaba con edificaciones, y algunas afectaciones del terreno, con características particulares debido a su localización urbana, al cual le habían sido impuestas limitaciones a su uso y goce con la finalidad de alcanzar beneficios ambientales, ecológicos y recreativos, siendo todo ello valorado para fijar su justo precio. La Corte observó que el estado continuó cobrando impuestos sobre el inmueble objeto de la expropiación por falta de edificación, aun cuando ya le había impuesto limitaciones para ello, pero estableció que esa circunstancia sería objeto de un análisis aparte. Además decidió asumir el bosque de eucalipto como una mejora al terreno.

La Corte reiteró, tal como lo había hecho en la sentencia de fondo, la existencia de un interés legítimo en la expropiación derivado de razones de utilidad pública como la protección del medio ambiente, lo que se evidenciaba en el beneficio social

que generaría el Parque Metropolitano. El predio expropiado representaba en su criterio un gran aporte no solo para el parque en sí, sino para toda la sociedad y el medio ambiente en general. Reiteró también el incumplimiento con el pago requerido dentro de plazos razonables.

Expuestos todos estos argumentos y alegando criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad ordenó el pago de una suma de 18 705 000 dólares, que equivale a 29 dólares por metro cuadrado de suelo bruto o total, lejos de la valoración de un terreno rural, a pesar de haber reconocido su condición de suelo agrícola. No hay claridad en la sentencia sobre los criterios finalmente utilizados y se evidencia que la Corte desconoció su propia premisa de establecer la indemnización de acuerdo con la situación del terreno en el momento de la declaratoria de la utilidad pública.

Dicho de otra forma, reconoció factores distintos, ligados a una eventual urbanización del terreno en contra de su propia argumentación. Ya en la sentencia de fondo había esbozado, no sin confusiones, si se la compara, por ejemplo, con la elaboración de la jurisprudencia constitucional colombiana, una interpretación del concepto de núcleo o contenido esencial del derecho a la propiedad privada que tampoco pesó mucho en la determinación de la indemnización, según el cual toda medida de privación o restricción a dicho derecho debe ser excepcional y de la excepcionalidad se deriva que debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana.

Otras reparaciones

Como parte del daño material se condenó al pago de intereses simples a la tasa libor, desde la fecha de ocupación del inmueble por parte de la municipalidad, para un total de 9 435 757 dó-

lares. Adicionalmente, condenó al pago de 43 099 dólares por concepto de impuestos y multas indebidamente cobradas por el impuesto a solares no edificados al que ya se hizo referencia, más los intereses respectivos. Sobra decir que el Estado de Ecuador fue condenado en costas.

En lo que respecta al daño inmaterial, la Corte resaltó el estado de incertidumbre jurídica derivada de la demora en los procesos y el problema de denegación de justicia por no haberse emitido un fallo definitivo que convertía la expropiación en arbitraria. Aunque, según la jurisprudencia reiterada de este tribunal, una sentencia constituye *per se* una forma de reparación, estima pertinente determinar el pago de una compensación, en equidad por la suma de 10 000 (diez mil dólares estadounidenses).¹⁰

Dentro del mismo concepto de daño inmaterial, y con respecto al objetivo de satisfacción, la Corte accedió a la solicitud de los demandantes de ordenar la publicación en el *Diario Oficial* de algunos apartes de las sentencias de fondo y de reparación, y los puntos resolutive de ambas, por una sola vez, a título de medida de satisfacción y, además, en un diario de amplia circulación nacional el resumen oficial elaborado por la Corte.

En lo que tiene que ver con la solicitud de acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, los representantes de los expropiados solicitaron que la Corte ordenara al estado ofrecer disculpas públicas a la señora María Salvador Chiriboga por la violación de sus derechos, las cuales deberían ser ofrecidas por el alcalde del Distrito Metropolitano de Quito. Sin embargo, acertadamente, la Corte no estimó dicha medida necesaria aclarando que este tipo de actos habitualmente se ordenaban con el objeto de reparar violaciones a los derechos a la vida, a la integridad y libertad.

¹⁰ Los demandantes habían solicitado una compensación de 25 mil dólares por este concepto.

Finalmente, y como si todo lo anterior fuera poco, dentro de las garantías de no repetición, los representantes de los expropiados solicitaron a la Corte ordenar al estado capacitar adecuadamente en derechos humanos a los funcionarios administrativos y judiciales involucrados en procesos de expropiación y la Comisión solicitó que se ordenara al estado adoptar las medidas necesarias para “hacer efectiva, en la práctica, la legislación sobre expropiación, de modo que se regulen y ejecuten las garantías con que deberán contar los procesos de expropiación y evitar que éstos generen situaciones de injusticia y más aún que se prolongue en el tiempo”. La Corte desechó las solicitudes, teniendo en cuenta que en la sentencia de fondo había determinado que la legislación ecuatoriana se ajustaba a la Convención Americana y no se había demostrado que las violaciones y circunstanciadas evidenciadas en el proceso configuraran una problemática generalizada en la sustanciación de este tipo de juicios en el Ecuador.

Volver sobre la discusión a partir de los votos disidentes

La ambigüedad de la sentencia se puede explicar por el número importante de votos (parcialmente) disidentes presentados, y por el sentido de los mismos.¹¹ Como lo señaló uno de los jueces en su voto disidente, la determinación de la indemnización dividió la opinión de los juzgadores.

El juez Diego García-Sayán consideró que si se hubieran observado los criterios esenciales sobre valor comercial antes de la declaratoria de utilidad pública y justo equilibrio entre el interés general y el interés particular se habría llegado a un

¹¹ Tres de los ocho jueces que conforman la Corte formularon reparos de fondo a los criterios y el monto de la indemnización y otros tres estuvieron en desacuerdo con que el pago de la misma se hiciera en un plazo de cinco años, en consideración a las condiciones fiscales del municipio de Quito, sin reconocer intereses a los expropiados, dada la dilación previa en el pago que habían sufrido los demandantes.

monto inferior tanto por la indemnización como por los intereses. Añadió que la mayoría de los peritajes se basaban en criterios ligados a la posible vocación urbana de los terrenos o a la comparación con terrenos urbanizados cercanos, de manera que no se entiende por qué el único avalúo que tuvo en cuenta el carácter rural de los terrenos fue triplicado.

Si se hubiera realizado una incorporación orgánica y sistemática del criterio del justo equilibrio entre el interés general y el interés particular se podría haber llegado a valores menores. Este criterio alude, a juicio del juez, “tanto a la legitimidad que puede tener o no una declaratoria de utilidad pública como a la determinación de la valorización¹² del bien expropiado”. Cuestiona la asimilación de indemnización justa a valor comercial, y señala que la determinación de una indemnización justa debe ser el resultado de un proceso que combina varios factores y criterios para equilibrar los requerimientos del interés general y la protección de los derechos fundamentales de los individuos. La discrecionalidad del juez para aplicar la “compensación justa” del artículo 21.1 de la Convención Americana no se puede aplicar solo a los intereses del propietario sino también al interés general.

Resalta finalmente que para que la sinonimia entre “compensación justa” y “pago al valor comercial” fuera correcta en el sistema interamericano, en la Convención se habrían usado esos términos.

Con respecto al equilibrio de los intereses públicos y privados en la determinación de la expropiación recurre a la jurisprudencia de otras cortes internacionales y de otros países. Indica que el Tribunal Europeo maneja márgenes flexibles pero, en cualquier caso, toma reiteradamente distancia, y por diversas razones, de la equivalencia conceptual entre “valor comercial” y el “balance justo”, y señala ejemplos de que en contextos es-

¹² El juez confunde indistintamente valorización con valor o con valoración.

pecialísimos, que deben ser analizados en cada caso concreto, una expropiación es válida aun sin que se otorgue compensación alguna, como el de la reunificación alemana o donde una compensación menor al “valor total de mercado” podría estar justificada (*cfr.* ECHR, “*Case of Jahn and Others vs. Germany*”, sentencia del 30 de junio de 2005, párrafo 11) por razones relacionadas con medidas de reforma económica o las destinadas a lograr una mayor justicia social.

Remite además a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que fue comentada en detalle en el artículo de este libro “Cambio constitucional, jueces y expropiación en Colombia”, que hace referencia a la posibilidad de establecer compensaciones menores al total del daño producido por la expropiación y, más precisamente, que si bien la indemnización es, por regla general, de orden reparatorio, al ser consultados los intereses de la comunidad y asumir dichos intereses un peso especial, ésta puede reducirse y cumplir tan sólo una función compensatoria.¹³ La Corte Suprema de Estados Unidos, indica el juez García-Sayán, tiende a establecer que el “valor de mercado” es el que determina la justa compensación de acuerdo con lo establecido en la V enmienda a la Constitución, pero ha establecido que “cuando el valor de mercado sea muy difícil de determinar o cuando su aplicación pueda resultar en una manifiesta injusticia al dueño o al interés público” sería posible apartarse de ese criterio.¹⁴ Particularmente en el caso “*US v. Commodities Trading*”, la Corte sostuvo que en la compensación es “justa” tanto para el dueño de la propiedad que se expropia como para el público (estado) que debe pagar la cuenta.

¹³ Véase detalle de la argumentación en el artículo citado.

¹⁴ United States of America Supreme Court, “*United States v. Commodities Trading Corp*”, 339 U.S. 121, p. 123 (1950); United States of America Supreme Court, “*Kirby Forest Industries, Inc. v. United States*”, 467 U.S. 1, 10, p. 14 (1984).

El juez García-Sayán en su voto disidente, señala que incluso se deben tener en cuenta factores como las capacidades presupuestales del ente estatal expropiante

Según su salvamento, el razonamiento de la Corte estuvo lejos de una ponderación de los intereses en conflicto, de los criterios jurisprudenciales prevalecientes y de la misma sentencia de fondo, y se redujo a ponderar avalúos con criterios y enfoque técnicos dispares e incomparables para llegar a un equilibrio, inconsistente, entre los avalúos más altos y el más bajo. Los jueces García Ramírez y Leonardo A. Franco fueron más allá y señalaron que “[...] elpreciado ‘justo equilibrio’ no puede resultar en la adopción más o menos automática de una especie de ‘promedio’ entre cifras distantes entre sí, en lo que respecta a sus fundamentos y su cuantía”.¹⁵

Para el juez Sergio García Ramírez

el monto de esa (la) reparación indemnizatoria suele resultar de una apreciación fundada sobre el valor del bien material en cuestión, establecida con apoyo en factores objetivos que brinden razonable certeza. [...] En este sentido, la apreciación sobre el valor de un objeto suele presentar problemas menores que los inherentes a la valoración para fines indemnizatorios de bienes de otra naturaleza, como la vida, la integridad, la libertad.

Los avalúos practicados antes y durante el proceso Salvador Chiriboga ante la Corte Interamericana muestran profundas diferencias, que se refieren tanto a la calificación sobre la naturaleza y uso del inmueble (que incide en su valor para efectos de indemnización) como a las cifras que resultan del examen practicado por los diversos peritos que intervinieron. La Corte no contó con elementos de análisis claros, suficientes y acep-

¹⁵ Votos parcialmente disidentes del juez Sergio García Ramírez y del juez Leonardo A. Franco con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, del 3 de marzo de 2011.

tados por los litigantes y la determinación última correspondió en definitiva a la responsabilidad y misión del Tribunal, “perito de peritos”, y no se descarga en el parecer de los expertos o en la adopción más o menos automática de una especie de “promedio” entre cifras muy distantes entre sí, en lo que respecta a sus fundamentos y a su cuantía. En su concepto, la equidad en este litigio supone

[...] una ponderación más penetrante sobre el conjunto de conceptos que explícita o implícitamente encierran los artículos 21.1, 21.2, 32.2 y 63.1 de la Convención Americana, dado que existe —siempre al abrigo de la equidad— la necesidad de moverse en un amplio espacio entre cifras muy distintas y muy distantes entre sí. Es preciso encontrar, en ese amplio espacio, alguna cifra que resulte razonable para el alcance de los fines a los que debe atender la Corte en esta oportunidad.

El juez García Ramírez se pregunta en su escrito cómo deducir de la Convención y de la sentencia de fondo el sustento para la identificación de una cuantía razonable en concepto de indemnización. Y en el marco de esa duda, añade

La Corte ha resuelto, por mayoría, cuál es esa cifra. No plantearé ninguna otra, pero sí manifestaré que en mi concepto la cantidad fijada en la sentencia del 3 de marzo pudo ser más moderada y de esta forma servir con mayor equidad a la solución del indudable problema que se presenta en la tensión entre el derecho de una persona a la propiedad privada y la expectativa social de la comunidad en cuyo beneficio se ha realizado la expropiación. Ambos objetivos son plausibles. Es preciso atenderlos, sobre todo cuando se trata de operar con equidad a falta de datos concluyentes de otro carácter. Creo que no se habría resuelto en esta forma si no se hubiese advertido y apreciado la tensión existente entre derechos respetables y la dificultad en pagar de una vez, o en un corto plazo o con intereses por el transcurso del tiempo, una suma tan elevada (en las circunstancias que aquí se presentan), que acaso gravita muy severamente sobre las finanzas de la comunidad de

Quito y en este sentido probablemente pesa sobre el alcance de un objetivo de interés social.

No omitiré mencionar —recurriendo más bien a mi memoria que a información puntual sobre toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana— que esta condena por violación del derecho a la propiedad particular es la más elevada en la historia de aquélla a lo largo de treinta años. Nunca antes se ha dictado condena que se aproxime siquiera a ese monto en casos de ejecuciones extrajudiciales (de alguna o algunas personas, o masacres que privan de la vida a decenas o centenares de seres humanos), ni en supuestos de torturas o desapariciones forzadas.

COMENTARIOS FINALES

De acuerdo con uno de los funcionarios de la municipalidad de Quito encargado de los trámites de expropiación, para el gobierno, la Procuraduría General del Estado y el municipio, la sentencia de la Corte Interamericana es favorable para los intereses del estado si se tiene en cuenta que la sentencia de primera instancia en la justicia interna superaba los 41 millones de dólares. Su primera tarea era diseñar los mecanismos legales y procesales para proceder al pago, ya que no había antecedentes en el país de condenas internacionales de este tipo.

Si se tienen en cuenta los otros casos de Ecuador que han sido revisados, así como las altas indemnizaciones ordenadas por los jueces, sin duda ello es así. Para el gobierno ecuatoriano es más favorable. Pero, más allá, queda planteada la preocupación de si la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede convertirse en una instancia supranacional que fije indemnizaciones en procesos expropiatorios.

La sentencia, con todas las ambigüedades y con la evidencia de la discusión interna entre los jueces, divididos entre quienes pensaban en la procedencia de pagos mayores por concepto de intereses y quienes cuestionaron el papel de la Corte como perito de peritos, asignado por la Convención, da cuenta de lo pro-

blemático que puede resultar que se extiendan este tipo de controversias. Sin mayor justificación, la Corte tuvo en cuenta peritajes que contradecían sus propios criterios relativos con la necesidad de equilibrar los intereses entre el propietario y la colectividad. Es un terreno de discusión interesante, en los casos de indemnización, el del límite difuso entre el análisis del peritaje como prueba y el núcleo duro de la discusión de los conceptos jurídicos en juego.

Hay dos espacios en los que cobra sentido el papel del juez en el trámite de expropiación: la particularidad de la ponderación de los principios e intereses en cada caso que se construye por la acción de un ciudadano y la posibilidad de ordenar pagos con cargo al presupuesto público, aún por encima de las decisiones del legislador. Este último aspecto, por ejemplo, está en el centro de la protección de los derechos sociales. Estos propósitos se ven limitados en el plano interno en un proceso que es de trámite o ejecución y no de conocimiento.

Por eso cuando se llega a la expropiación a partir de la protección de los derechos, el juez tiene la posibilidad de discutir la institución de la propiedad, pero por lo general se toma como un valor universal que no se discute. Para la Corte Interamericana fue apenas un dato que la familia Salvador Chiriboga hubiera adquirido el terreno desde 1935, junto con otros en la ciudad de Quito para tenerlo como reserva y no como un bien productivo. En 1981, año en que el gobierno municipal adoptó las decisiones respecto a la protección ambiental y la creación del parque, el terreno no tenía ninguna destinación productiva: era un lote a la espera de la urbanización. ¿Por qué no se discute este tipo de aspectos cuando se equilibran los intereses de la sociedad con los del propietario? ¿Por qué estuvo ausente una discusión sobre el enriquecimiento sin causa o la apropiación de recursos sociales a través de la propiedad?

Si bien se trata de un tratamiento rutinario, no deja de parecer extraño presenciar cómo un derecho patrimonial, cuya condición esencial es la posibilidad de ser objeto del mercado,

forma parte de los rituales de la protección de los derechos humanos fundamentales: garantías, reparación, asimilación del derecho interno a principios internacionales. La fuerza del derecho de propiedad arrastró derechos en juego que resultaban el centro de la discusión: la garantía judicial y el derecho a ser atendido dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente. Aun así, los propietarios llevaron el caso a las instancias interamericanas un poco más de un año después de la ocupación del terreno y la solución del caso, incluido el trámite en la Comisión Interamericana, tomó doce años. Evidentemente, para los propietarios el tiempo no era un problema, ya que su terreno estaba a la espera de obtener el mayor precio posible, en tanto con la expropiación no estaba siendo afectado ni el derecho a la vivienda ni la generación de ingresos derivados de la tierra, que responden a la idea de la propiedad útil que probablemente buscaba defender la declaración de derechos del hombre.

Aun así, el problema no es menor, y la expropiación afecta cotidianamente a grupos sociales de diversas condiciones. Por tanto, discutir los mejores mecanismos para establecer la indemnización que no es otra cosa que una suma de dinero, algo tan banal —si de hablar de derechos humanos se trata— pero tan crucial para definir condiciones de redistribución. Por ahora el juez, o ese perito de peritos al que se refirió uno de los jueces de la Corte interamericana, parece estar lejos de poder aportar las mejores respuestas.

En el terreno del contenido económico del derecho de propiedad, o del patrimonio, concepto aún más impreciso, estamos en la tensión del manejo de conceptos económicos abstractos por parte de los juristas y conceptos jurídicos abstractos por parte de los economistas.

En este punto el tema vuelve a enlazar con el punto de partida: la posición de los jueces ecuatorianos ante la expropiación y, a través de ella, ante el derecho de propiedad, el encuentro entre

los principios constitucionales y una de las instituciones civilistas más fuertes.

Mientras la sociedad ecuatoriana intenta poner en práctica una Constitución que trata de inscribirse en la práctica de esas normas de textura abierta movilizadoras a las que se asignan ideales de transformación social, los jueces afirman la lógica perversa de que la protección de la propiedad se realiza solamente a partir de altos montos de indemnización, sin percibir el impacto, o sin preocuparse por percibirlo, que tienen los altos precios del suelo, en términos de exclusión social y desperdicio de recursos públicos.

Si la restitución o sustitución del patrimonio es elemento esencial de la indemnización y nadie toca las reglas de juego de la apropiación de recursos socialmente creados como son los precios del suelo, el juez forma parte de una espiral de elevación de precios que redundará en última instancia en la creación de condiciones de empobrecimiento. ¿Dónde está el punto de quiebre?

El caso de Ecuador deja abiertas varias preguntas: ¿cuál es el balance final, desde el enfoque de derechos, en la aplicación de un instrumento que de manera tan fuerte expresa la fuerza del estado que moviliza los intereses generales, pero, al mismo tiempo, afecta el derecho subjetivo por excelencia que es el de propiedad?; ¿qué pasó con los muchos expropiados quiteños que no contaron con los recursos suficientes para pagar abogados que pudieran incluso movilizar la justicia internacional? No se descarta que hayan podido sustituir los inmuebles que poseían sin poner en jaque los recursos públicos, pero tampoco se excluye que la expropiación haya profundizado las condiciones de pobreza de los más vulnerables. ¿Aumentará el bienestar de una sociedad con el reconocimiento de altas indemnizaciones?

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Demanda caso Salvador Chiriboga contra República de Ecuador. Diciembre 8 de 2006.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares y fondo caso Salvador Chiriboga contra la República de Ecuador. Mayo 6 de 2008.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Sentencia de reparaciones. Caso Salvador Chiriboga contra República de Ecuador. 2011.
- Corte Provincial de Pichincha. Sentencia de 14 de abril de 2009.
- Juzgado 24 de lo Civil De Pichincha. Sentencia de 6 noviembre de 2006.
- Juzgado 6 de lo Civil De Pichincha. Sentencia de 22 de julio de 2008.
- Juzgado 9 de lo Civil De Pichincha. Sentencia de 24 de septiembre de 1996.
- Juzgado 9 de lo Civil De Pichincha. Sentencia de 3 de abril de 2009.
- Tribunal Constitucional República de Ecuador. Sentencia de febrero 2 de 1998.

Capítulo octavo
Uso, desgaste y reuso de la expropiación
en la ciudad de México

Antonio Azuela y Camilo Saavedra

INTRODUCCIÓN

En este capítulo nos proponemos analizar los avatares que ha tenido el uso de la expropiación para fines urbanos en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México (ZMCM). Como otros trabajos del presente libro, éste surgió como un intento de comprender el significado y las consecuencias de los conflictos que, a principios de la presente década, surgieron en torno a procesos en los cuales el gobierno había recurrido a la expropiación para llevar adelante algún proyecto. Más que un simple “instrumento” de política urbana, la expropiación se convirtió en un referente para observar las relaciones entre el estado y los procesos de conformación del orden urbano, y es por ello que hemos tratado de ubicar su estudio en el contexto más amplio de las transformaciones del estado.

De entrada, conviene llamar la atención sobre la importancia que tuvo la expropiación en la formación del estado posrevolucionario. Al menos desde 1938, cuando el presidente Lázaro Cárdenas nacionalizó la industria petrolera, la expropiación tiene un enorme valor simbólico en la cultura nacional, por ser uno de los acontecimientos que hace palpable la soberanía del

estado mexicano y su carácter nacionalista. Más de setenta años después, la expropiación petrolera continúa siendo festejada año con año dentro y fuera de las escuelas, así como en un número muy considerable de actos públicos.

A pesar de su carga simbólica, en los tiempos recientes pareciera que esta figura jurídica resulta cada vez más compleja y brusca para las autoridades y, por lo tanto, menos susceptible de ser utilizada para realizar de proyectos de utilidad pública. Por citar sólo dos ejemplos, el fracaso de la nacionalización de la industria azucarera y del proyecto de un nuevo aeropuerto para la ZMCM, ambos ocurridos durante el primer sexenio gobernado por un partido diferente al Partido Revolucionario Institucional (PRI), parecerían indicar que la expropiación se encuentra en una condición de terapia intensiva.

Para dar cuenta de la transformación que ha tenido el uso de la expropiación en la ciudad de México, en la primera parte de este capítulo se analizan los rasgos fundamentales que tuvo en los años posrevolucionarios y durante las décadas de mayor expansión de la ciudad. En ella se explica cómo fue que la expropiación se convirtió en un componente esencial de intervención estatal sobre las dinámicas urbanas y se exponen la forma y los motivos que dieron pie a la crisis que ha tenido en los últimos años. La segunda parte se dedica al análisis de la transformación ocurrida durante las últimas décadas y, en particular, a mostrar que la crisis de la expropiación tiende a superarse por lo que respecta al gobierno de la capital, donde pareciera que hay una vuelta a la normalidad que, de seguir así, no tendría precedentes en la historia contemporánea del país, principalmente porque se da en un contexto democrático, de frenos y contrapesos, y porque a pesar de la oposición de diversos sectores sociales, parece estar funcionando.

Conviene aclarar que los aspectos jurídicos de la expropiación, que son analizados en el capítulo siguiente, sólo serán mencionados en este capítulo en la medida en que tuvieron un impacto directo en el uso y en el significado social del poder

expropiatorio. Nuestra preocupación aquí es analizar la expropiación como una forma de poder estatal, en relación con la propiedad privada en tanto que una forma de poder social.

LAS TRIBULACIONES DEL OGRO FILANTRÓPICO

Octavio Paz caracterizó al régimen posrevolucionario mexicano como un ogro filantrópico. La imagen parece exacta cuando se observa el modo en que se utilizó la expropiación en las décadas siguientes a la Revolución: fue el instrumento para hacer justicia social y para consolidar la soberanía del estado. Además de la nacionalización de la industria petrolera, gran parte del reparto agrario, que se extendió por siete décadas, y como resultado del cual se formó o se consolidó la propiedad de 30 mil núcleos agrarios sobre más de la mitad del territorio nacional, se hizo expropiando. A continuación veremos que en el ámbito urbano la imagen de Paz, sin perder toda su fuerza, tiene que ser matizada.

Las reglas de la Constitución mexicana sobre la expropiación no son muy distintas a las de cualquiera otra de corte liberal: se exige a las autoridades que la llevan a cabo que exista una causa de utilidad pública (la cual tiene que ser definida de manera genérica por una ley) y el pago de una indemnización. Lo único que distingue al régimen mexicano, desde el punto de vista sustantivo, es que la indemnización no tiene que ser pagada de antemano,¹ lo que proporcionó a los gobiernos posrevolucionarios un amplio margen frente a los propietarios. Como se explica en el capítulo siguiente, no fue sino hasta 2009 que se estableció el límite de cuarenta y cinco días hábiles para el pago de las indemnizaciones.

¹ En el texto constitucional de 1917 se introdujo la expresión “mediante indemnización”, en lugar de la frase “previa indemnización” que establecía la Constitución de 1857.

Aún así, la diferencia más importante entre el régimen mexicano y los del resto de América Latina no es de carácter sustantivo sino procedimental. La expropiación es llevada a cabo exclusivamente por la autoridad administrativa, generalmente el presidente de la república o el gobernador del estado respectivo.² A menos que el afectado busque la protección judicial, el procedimiento puede producir todos sus efectos sin la participación de un juez. Como se puede leer en los demás capítulos de este libro, en la mayor parte de los países de la región se sigue el modelo francés, que implica la intervención del juez para determinar el monto de la indemnización.

Este contraste parece hacer más evidente el carácter autoritario del régimen mexicano. Sin embargo, lo cierto es que quienes tienen acceso a servicios legales pueden lograr que un juez intervenga no sólo para determinar el monto de la indemnización sino incluso para poner en duda la pertinencia de la causa de utilidad pública invocada por la autoridad expropiante. Como veremos, esto ha creado situaciones en las que los propietarios han recibido la misma protección judicial que se puede obtener en cualquier régimen de corte liberal, y a veces una mayor.

Hasta aquí parecería que el régimen expropiatorio de la posrevolución era simplemente el de un estado fuerte que se imponía sobre unos propietarios débiles. Pero la cuestión es más compleja. Como ha mostrado Martín Díaz y Díaz (1997), el régimen de la propiedad en la Constitución mexicana hasta 1992 estuvo marcado por una tensión fundamental: por un lado establecía principios y procedimientos para proteger a la propiedad privada como una más de las “garantías individuales”; pero al mismo tiempo sentaba las bases de un programa revo-

² Conviene recordar que México es una república federal. Por otro lado, decimos “generalmente” porque, como parte de la presente investigación, hemos “descubierto” que en algunos estados también las autoridades municipales llevan a cabo, exitosamente, expropiaciones en el medio urbano.

lucionario que tenía que llevarse a cabo, en su mayor parte, a costa precisamente de la propiedad privada.³

Es verdad que, en todos los estados modernos, la expropiación supone una tensión entre ciertos intereses generales (definidos desde el estado) y los de los propietarios que son sacrificados a través de ella misma. Pero esa tensión es mucho mayor cuando la propia constitución establece un programa de distribución de la tierra en el que no solamente se coloca fuera de la ley a una parte importante de la propiedad existente (en este caso el latifundio), sino que además se otorga el derecho de acceder a la tierra a los campesinos que *la necesiten*.⁴ Así, durante más de siete décadas, el orden constitucional mexicano estuvo marcado por la tensión entre un programa revolucionario y unos principios liberales, lo que como veremos planteó retos formidables a la profesión jurídica mexicana.

Es verdad que los usos más emblemáticos del poder expropiatorio del estado posrevolucionario se dieron con el reparto agrario y con la nacionalización del petróleo. Sin embargo, el proceso de urbanización, que para los años cuarenta ya hacía sentir su fuerza sobre todo en la capital del país, impuso al estado en 1917 la necesidad de adquirir tierras en un contexto que nadie podía imaginar, y que nunca formó parte del programa de la Revolución. Antes de referirnos a la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, conviene dar una idea general del modo en que la urbanización trajo consigo un giro en el uso del poder expropiatorio en el país en su conjunto. Para ello, en la gráfica 1 presentamos una comparación de las intervenciones estatales en el campo y en la ciudad. Si bien los datos no son estrictamente comparables, ya que se trata de escalas

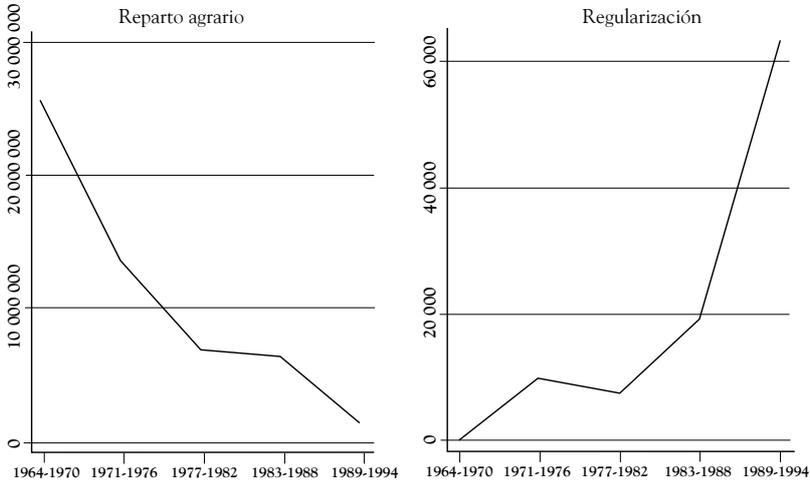
³ Esto se refería en particular al derecho de los grupos campesinos de acceder a las tierras que excedieran los límites de la “pequeña propiedad”, es decir, la que la ley estableciese como “inafectable”.

⁴ Es así, con una referencia explícita a las necesidades de los grupos campesinos, que se definía el derecho a la tierra en la disposición constitucional que rigió hasta 1992.

diferentes, la gráfica permite observar que fue en solo dos décadas, o sea entre finales de los años sesenta y finales de los ochenta, cuando perdió fuerza el reparto agrario, mientras que la expropiación se utilizaba de manera creciente para satisfacer las necesidades derivadas de la urbanización.

GRÁFICA 1

REPARTO AGRARIO Y EXPROPIACIONES PARA REGULARIZACIÓN POR SEXENIO



FUENTE: Elaboración propia con datos de Saavedra (2006).

No hay duda de que la expropiación desempeñó un papel muy importante en la expansión de la ciudad de México; el trabajo de varias investigadoras en el campo de los estudios urbanos nos ha enseñado mucho acerca del modo en que ésta se utilizó para muchas finalidades. Por un lado, están los grandes equipamientos y las infraestructuras que fueron componentes fundamentales del desarrollo metropolitano como escuelas y universidades, hospitales, obras hidráulicas y grandes avenidas. Tales obras eran la materialización de la modernización del país, por lo que expropiar para llevarlas a cabo gozaba de una amplia legitimidad.

Pero la expropiación también se utilizó para otros fines. Comenzaremos por destacar la creación de *colonias proletarias*, que entre 1940 y 1946 motivó la expedición de más de 70 decretos en los que se expropiaron terrenos suburbanos para entregar lotes a familias de escasos recursos, y de ese modo dar inicio a la formación de barrios que, con el tiempo, se convertirían en el hábitat típico de los sectores populares en la ciudad (Azuela y Cruz, 1989; Sánchez-Mejorada, 2005). Destacamos este uso de la expropiación porque, como se verá más adelante, fue la única causa de utilidad pública vinculada a procesos urbanos que el Poder Judicial declaró inconstitucional en todo el periodo.

En cambio, una causa de utilidad pública que se institucionalizó y llegó a utilizarse con una frecuencia sorprendente fue la regularización de la tenencia de la tierra en barrios definidos como “irregulares”. Ya es notable el hecho de que, entre 1915 y 1982, es decir, un lapso de más de 65 años, 41% de todas las expropiaciones de tierras ejidales y comunales en la ZMCM se hayan dedicado a esa finalidad (Varley, 1989); pero cuando se considera un periodo en el que la urbanización se desplegaba con su mayor intensidad, como fueron los años de 1976 a 1982, y se toma en cuenta la superficie expropiada, se observa que 88% de la tierra que el gobierno tomó de ejidos y comunidades en la misma ZMCM estaba ocupada por “asentamientos” que el gobierno se proponía regularizar (Varley, 1985).

La amplitud con la que se ha utilizado la expropiación como mecanismo de regularización en México no tiene paralelo en ninguna otra gran ciudad de América Latina —y probablemente del mundo. Nótese que, en esos casos, la expropiación no sirve para la creación de un bien público; de lo que se trata es de hacer posible la intervención de una agencia gubernamental para mediar en las relaciones sociales de propiedad que se forman en el proceso de urbanización. En el caso de los núcleos agrarios mexicanos, la explicación parece simple y convincente: la expropiación era (hasta 1992) el único mecanismo posible para regularizar los asentamientos en ejidos y comunidades, ya

que todas las operaciones sobre sus tierras se consideraban jurídicamente *inexistentes*.⁵ Así, la única manera de otorgar títulos a los ocupantes de los asentamientos (que casi siempre habían tenido acceso al suelo mediante el pago de un precio en una operación que la ley no reconocía) era expropiando la tierra a los núcleos agrarios. Esto generaba, para los nuevos residentes, la obligación de pagar por segunda vez la tierra que habían adquirido “informalmente”.

Con seguridad la explicación más plausible del auge de la regularización es que permitía a la elite gobernante la formación de clientelas políticas (Varley, 1998). Pero una de las consecuencias no previstas de la generalización de ese mecanismo ha sido el debilitamiento del estado frente a los propietarios de la tierra. Para decirlo brevemente, tanto los núcleos agrarios como los propietarios particulares han podido dedicar su tierra a la urbanización, en un mercado informal, gracias a que existe la expectativa de la regularización.⁶ Contrariamente a lo que ocurre en otros países de América Latina, donde una parte importante de los asentamientos irregulares se forman mediante ocupaciones realizadas al margen de la voluntad del propietario: en México por lo general se trata de procesos de venta tolerados por las autoridades. Para que la historia tenga un final feliz y los “beneficiarios” de la regularización queden agradecidos, más vale no pedir cuentas a los propietarios acerca del modo en que se urbanizó su tierra. La “función social de la propiedad” es sustituida por la función política de la regularización.

Por otra parte, es interesante preguntar: ¿a quién se expropia? Un tema que ha atraído la atención de la investigación urbana es la expropiación de tierras de núcleos agrarios (ejidos

⁵ La propiedad de los núcleos agrarios se caracterizaba por tres “íes”: imprescriptible, inalienable e inembargable.

⁶ Ello a pesar de que, desde la década de 1970, la venta de lotes urbanos sin autorización está tipificada como delito para ambos regímenes de propiedad.

y comunidades).⁷ Para dar una idea de la contribución de éstas a la expansión de la ciudad de México, baste con decir que las poco más de 14 mil hectáreas que el gobierno tomó de dichos núcleos entre 1935 y 1975, correspondían a 21% de la expansión de la ciudad en ese mismo periodo.⁸ No es fácil saber con precisión la proporción de tierra que se ha expropiado a núcleos agrarios en comparación con la de propietarios particulares, pero gracias a una exploración realizada por Martha Schteingart sabemos que las superficies expropiadas a los primeros eran mucho mayores que las de los segundos (Schteingart, 1989: 56). De acuerdo con nuestra propia información, entre 1968 y 2004, en el plano nacional, 90% de la superficie expropiada para fines urbanos era de ejidos y comunidades (Saavedra, 2006).⁹

Si se observa su evolución en el tiempo, se aprecia que el uso de la expropiación para atender las necesidades del crecimiento de la ciudad de México fue sumamente errático: en un solo periodo presidencial (de 1940 a 1946) se emitieron 192 decretos expropiatorios, mientras que en los tres siguientes se emitieron, en promedio, menos de diez (Schteingart, 1989). Pero más allá de cualquier ejercicio de cuantificación, podemos afirmar que fue a través de la expropiación que la ciudad de México pudo construir obras que son componentes fundamentales de su estructura: las instalaciones de las instituciones públicas de educación superior más grandes y de mayor prestigio del periodo (Ciudad Universitaria, y el Instituto Politécnico Na-

⁷ *Ejidos y comunidades* son los dos tipos de sujetos jurídicos colectivos que, como resultado de la reforma agraria, adquirieron la propiedad de la tierra de 52% del territorio nacional. Su nombre genérico en el derecho mexicano es el de “núcleos agrarios”, por lo que usaremos indistintamente ambas denominaciones.

⁸ Varley (1989). De acuerdo con un cálculo más reciente, entre 1917 y 2000, en la ZMCM se expropió a núcleos agrarios un total de 38 860 hectáreas (Colín-Ugalde, 2009: 36), de las cuales “58.3 por ciento fue en el Estado de México, 41.5% en el Distrito Federal y 0.1% en Hidalgo” (*idem*).

⁹ Para otros aspectos del tema, véase también Cruz (2001), Montaña (1984) y Varley (1985).

cional), zonas industriales como Vallejo, numerosas unidades habitacionales, vialidades, obras de conducción de agua y energía eléctrica y un largo etcétera.

Vale la pena señalar dos condiciones que marcaron el uso de la expropiación en ese largo periodo. Por un lado, la ciudad no tenía un gobierno propio. En 1928 fueron suprimidos los municipios en la capital y en su lugar se estableció un Departamento del Distrito Federal, cuyo *jefe* dependía directamente del presidente de la república, quien podía nombrarlo y removerlo a discreción. Por ello, las expropiaciones para la ciudad de México eran decretadas por este último, quien como se sabe ocupaba la cúspide del orden político. Como veremos más adelante, la crisis del poder expropiatorio se agudizó en la última década del siglo XX, cuando quedó en manos del gobierno del Distrito Federal, un nuevo órgano que tenía que “abrirse paso” en el orden político.

Por otro lado, muchas veces las expropiaciones para fines urbanísticos afectaban a núcleos campesinos que, apenas unos años atrás, acababan de recibir la tierra como parte del reparto agrario. Así, esos núcleos transitaban, en muy poco tiempo, de ser beneficiarios de una expropiación a ser víctimas de otra. A pesar de las protestas que en algunos casos se dieron para resistir las expropiaciones, la subordinación política en la que vivían los campesinos en las primeras décadas de la reforma agraria contribuía a hacer posible la expropiación sin los conflictos que, como veremos, se presentan hoy en día.

Ahora bien, afirmar que durante el largo periodo posrevolucionario la expropiación para fines urbanos se utilizó exitosamente no significa decir que no haya encontrado obstáculo alguno. Es importante mencionar las limitaciones y las contradicciones más importantes que condicionaban al poder expropiatorio, ya que fueron ellas mismas las que, a partir de la década de 1980 produjeron la crisis de la expropiación que analizamos más adelante. Comencemos por las limitaciones

que imponía el Poder Judicial cuando los afectados tenían la capacidad de movilizarlo.

Desde los años sesenta, un clásico de la sociología mexicana como lo fue *La democracia en México*, había demostrado que, entre las limitaciones jurídicas que enfrentaba el poder presidencial, estaba el juicio de amparo (González Casanova, 1966). La posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia otorgara su protección a los afectados por actos de autoridad era mucho mayor de lo que se pensaba cuando se decía que el poder presidencial era “ilimitado”.¹⁰ En el tema que nos ocupa, los jueces federales no sólo resolvían muchos juicios de amparo en favor de los propietarios afectados, sino que incluso llegaban a declarar inconstitucional alguna de las causas de utilidad pública establecidas por la Ley de Expropiación. Uno de esos casos se produjo en 1951 cuando la Suprema Corte declaró que la formación de “colonias para trabajadores” no era una causa de utilidad pública y resolvió otorgar el amparo a un ejido del norte de la ciudad.¹¹ Con ello los jueces dificultaban la posibilidad de traer al medio urbano la lógica del reparto agrario.

Pero la expropiación no sólo encontraba limitaciones de carácter jurídico. En muchos casos, la movilización de los ejidatarios afectados obligada al gobierno a cambiar las condiciones de un decreto expropiatorio. Un buen ejemplo de ello es la creación de la Ciudad Universitaria, en el sur de la capital, hacia finales de los años cuarenta, acaso la obra más representativa, y por ello menos cuestionable, del “México moderno”. Además de la indemnización que ofreció el Poder Ejecutivo, la propia

¹⁰ El tema es todavía hoy motivo de debate. Para muchos, el hecho de que ocasionalmente el Poder Ejecutivo perdiese algún juicio no es relevante, ya que suponía una especie de concesión graciosa desde el poder.

¹¹ AR 1064/1950. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época. Véase el capítulo siguiente.

universidad tuvo que asumir compromisos adicionales con los campesinos en cuyas tierras se levantaría el nuevo campus.¹²

De una manera más general hay que decir que el uso del poder expropiatorio quedó muy corto en relación con el tamaño de las tareas que los gobernantes mexicanos se habían echado encima en las décadas de 1930 y 1940. Muy notablemente, tanto los parques nacionales como las zonas arqueológicas, fueron creados mediante simples “declaratorias”. Para que se convirtiesen en auténticos bienes públicos, era necesario llevar a cabo la expropiación de las tierras respectivas. Durante décadas, muchos parques y zonas arqueológicas funcionaron como si fueran públicos.¹³ Ha sido apenas en los últimos años, en el contexto de nuevas condiciones políticas, que hemos venido a reparar en que, o bien no se pagaron las indemnizaciones, o ni siquiera se iniciaron formalmente los procedimientos de expropiación. El ogro no había tenido ni el poder ni el dinero que se requerían para expropiar todo lo que se había propuesto.

Más interesantes aún que las simples limitaciones del poder expropiatorio, eran las contradicciones inherentes a su propio régimen, que ya señalamos más arriba. ¿Cómo fue posible que un régimen que era simultáneamente liberal y revolucionario perdurase por tanto tiempo? Desde luego no intentaremos dar una respuesta global a semejante cuestión. Pero en lo que respecta a la expropiación, podemos decir que los operadores del derecho desplegaron paulatinamente diversas estrategias para hacerse cargo de esa contradicción.

Tres de esas estrategias surgieron del Poder Judicial y contribuyeron a mantener la fuerza del poder expropiatorio, aun en casos en los que éste no se ejercía de acuerdo con los cánones de un orden liberal. La primera de ellas consistía en sostener

¹² Incluso una de esas obras “conmemorativas” (de esas destinadas a funcionar como *coffee table books*) refiere el incidente (UNAM, 2009: 89).

¹³ De cómo eso era posible da cuenta, para el caso de Chichén Itzá, Lisa Berglia (2006).

que, en materia de expropiaciones, no era necesario respetar las garantías de proceso debido establecidas en la Constitución (los decretos expropiatorios surten efectos de inmediato, aunque el propietario no se hubiese enterado); segundo, se aprobó jurisprudencia en el sentido de que, cuando se impugna una expropiación en vía de amparo, no procede la suspensión provisional; y tercero, cuando finalmente se resolvía en contra del acto expropiatorio, la estrategia de la Corte consistía en no hacer nada cuando el gobierno no acataba la sentencia. Cada una de estas estrategias será analizada en el capítulo siguiente; aquí baste con señalar que fueron invenciones del propio Poder Judicial para “acompañar”, como solía decirse, al Ejecutivo y hacer posible que muchas de sus expropiaciones fueran irreversibles, a pesar de que el mismo Poder Judicial hubiese podido considerar que no habían sido hechas conforme a la ley.

Sin embargo, no todo fue para facilitar el ejercicio del poder expropiatorio. Sin contar con los casos en los que el poder económico del propietario era utilizado para influir sobre las decisiones administrativas y/o judiciales, existió también una estrategia judicial para proteger la propiedad privada sin que ello significase un cuestionamiento abierto del lado “revolucionario” del régimen expropiatorio. Ésta consistía en conceder el amparo al propietario afectado, en contradicción incluso con jurisprudencia como la que acabamos de citar, pero sin reconocer esa contradicción y, en particular, sin emitir una nueva tesis. Era como decirle al propietario: “voy a proteger tus intereses, pero no lo voy a hacer público”. El asunto podía quedar solamente entre las partes y de ese modo se protegía la propiedad privada en un caso determinado, pero no se cuestionaba el públicamente ni la actuación del gobierno ni la ideología de la Revolución mexicana.

También dentro del Poder Ejecutivo hubo estrategias para evitar los aspectos más severos del uso de la expropiación. La primera tiene que ver con el uso de recursos públicos para pagar indemnizaciones por encima de los valores previstos por la ley,

una práctica difícil de documentar pero que los operadores jurídicos del Poder Ejecutivo conocen bien.¹⁴ En la medida en que se han establecido mecanismos cada vez más severos de control del ejercicio presupuestal (desde mediados de los años ochenta), esas prácticas se han hecho más difíciles, pero hasta entonces fue el expediente a través del cual la administración podía hacerse cargo de casos en los que los afectados podían oponer recursos (legales o de otro tipo) que dificultasen la consumación de una expropiación.

La segunda tenía lugar en los programas de regularización de la tenencia de la tierra en los llamados “asentamientos irregulares”. A pesar de que dichas ventas violaban de manera flagrante las disposiciones urbanísticas que imponían restricciones a los procesos de urbanización, el mecanismo que utilizó la administración para que los poseedores se convirtiesen en propietarios, fue precisamente la expropiación. Ese mecanismo se utilizaba (y en alguna medida se sigue utilizando) tanto en las tierras de los núcleos agrarios como en las de propietarios individuales, pero en ambos casos tenía el mismo significado: como ya hemos señalado, era una especie de amnistía para el propietario que había urbanizado ilegalmente la tierra. En lugar de imponerle las sanciones administrativas (e incluso a veces las de orden penal) que estaban claramente previstas en la ley, la administración los premiaba con una expropiación. No puede haber estrategia más evidente para proteger a la propiedad privada, que aquella que pasa por alto las faltas, e incluso los delitos, cometidos por los propietarios, y que les reconoce el derecho a una indemnización; en otras palabras, la expropiación misma se usa de manera benigna para el propietario.

Tratándose de los núcleos agrarios, desde principio de los años ochenta apareció una nueva estrategia desde el Poder

¹⁴ La “fuente” de esta y de otras informaciones relativas a la práctica administrativa mexicana es la participación de uno de los autores (AA) como asesor jurídico de diversas dependencias federales desde 1973.

Ejecutivo. La expropiación de las tierras de la comunidad de Santa María Huatulco, para crear un desarrollo turístico en la costa de Oaxaca, provocó un conflicto con los afectados, como resultado del cual se estableció una práctica administrativa consistente en obtener la anuencia de los núcleos agrarios, como requisito para que el presidente firmara un proceso expropiatorio de ejidos o comunidades. El presidente de la república trataba de evitar conflictos con grupos campesinos en torno a proyectos, y por eso instruyó a sus colaboradores a que obtuvieran el consentimiento de los expropiados antes de expropiar. Para los abogados al servicio del estado, de mentalidad más ortodoxa, eso equivalía a “desnaturalizar” la expropiación que, por definición, es un acto unilateral del estado que se lleva a cabo independientemente de la voluntad del propietario. En todo caso, se trata de una práctica administrativa que se utilizó de manera sistemática¹⁵ para evitar los conflictos generados por las expropiaciones, y que terminó siendo una forma de fortalecer al propietario frente al poder público.

Un ejemplo del modo en que ese conjunto de estrategias llegaron a minar el poder expropiatorio es el de los programas de reconstrucción de vivienda después del terremoto de 1985. La clave del más importante de esos programas fue la expropiación de más de cuatro mil predios en el centro de la ciudad, donde residían inquilinos pobres que, después del sismo, temían quedarse sin hogar y ser expulsados a la periferia de la ciudad. La expropiación neutralizó la movilización de los damnificados y permitió iniciar un programa de renovación habitacional que

¹⁵ Las únicas excepciones conocidas fueron las expropiaciones realizadas por el presidente Carlos Salinas para regularizar la tenencia de la tierra, en el contexto del programa social “Solidaridad”. Diez años después, había unas doscientas sentencias derivadas de juicios de amparo pendientes de ejecución que, en cualquier caso, eran un obstáculo para que los ocupantes de las viviendas pudiesen convertirse en propietarios. Al menos eso dijo en el Taller sobre Suelo Urbano organizado por el PUEC/UNAM el 16 de enero de 2006, el entonces director general de la Corett, Fernando Portilla.

ganaría premios internacionales, sobre todo por haber mantenido a la población afectada en el centro de la ciudad. Es posible que esa haya sido la última vez que el régimen posrevolucionario utilizó la expropiación como un mecanismo de carácter distributivo (Azuela, 1987).

El problema fue que muchos de los propietarios afectados por las expropiaciones recurrieron al juicio de amparo y lo ganaron; los jueces federales no se habían conmovido frente a la necesidad habitacional de los damnificados y aplicaron estrictamente las reglas del lado liberal de la constitución: la expropiación se había hecho con tanta premura, que no se habían realizado los estudios técnicos correspondientes. Como el gobierno no podía devolver sus predios a los propietarios, ya que ahora había en ellos viviendas recién construidas con un crédito del Banco Mundial, tuvo que pagar cantidades por encima de lo previsto en la ley, violando con ello la normativa en materia de gasto público.¹⁶ El hecho de que el gobierno haya tenido que violar la ley para llevar adelante una expropiación era ya un síntoma de la crisis de dicho poder.

En este punto nos parece importante aclarar que no es nuestra intención la de evaluar, desde una postura normativa, las estrategias de los operadores jurídicos que acabamos de describir. Se trata simplemente de mostrar que dichas estrategias fueron una respuesta exitosa al carácter inherentemente contradictorio del régimen de la expropiación en el México posrevolucionario.

CRISIS DEL PODER EXPROPIATORIO EN DOS ESCENARIOS

Podemos decir, entonces, que el otorgamiento de amparos que ponían en jaque el programa de reconstrucción habitacional

¹⁶ Este hecho se mantuvo en reserva y sólo se comenta entre los funcionarios que estuvieron a cargo de la operación. Comunicación personal de uno de ellos, que ha preferido no revelar su identidad (abril de 2007).

posterior a los terremotos de 1985 fue el primer anuncio de una crisis del poder expropiatorio en la ciudad de México. Aunque el hecho no se hizo público, era la primera vez que el Poder Judicial se imponía al Ejecutivo en un asunto que para él tenía la más alta prioridad política.

Cuando uno mira el tema de la expropiación en el contexto más amplio de las transformaciones del estado mexicano, lo que aparece en forma inmediata son las obligaciones contraídas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994) y otros tratados internacionales para proteger las inversiones extranjeras. En el célebre caso Metalclad, en el año 2000 el gobierno federal tuvo que indemnizar a una empresa estadounidense que no pudo operar un confinamiento de residuos peligrosos por la movilización de la población del municipio de Guadalcázar, en el estado de San Luis Potosí (Azuela, 2006). El Tribunal Arbitral que resolvió el asunto, en una decisión claramente sesgada en favor de la empresa, definió ciertos actos del gobierno de ese estado como expropiatorios y condenó a México a pagar una indemnización de 17 millones de dólares.

Sin negar la importancia de ese caso y de lo que representa, es preciso ponerlo en su justa dimensión, la cual se ve muy reducida cuando se observan los factores de carácter interno que han contribuido al debilitamiento del poder expropiatorio y que tienen que ver con transformaciones ocurridas en cinco esferas distintas, a saber: el nuevo activismo del Poder Judicial; el fortalecimiento de los núcleos agrarios en tanto que propietarios de la tierra; la reorientación de las políticas federales en materia de desarrollo urbano; la creación del gobierno del Distrito Federal como un nuevo órgano en el orden constitucional mexicano, y la aparición de un conjunto de discursos en el espacio público que, a pesar de su origen diverso e incluso contradictorio, confluyen en un desprestigio creciente del poder expropiatorio. Revisemos brevemente estas transformaciones.

Como se explica con algún detalle en el capítulo siguiente, el activismo que ha desplegado el Poder Judicial en las últimas dos

décadas no tiene que ver con una nueva definición (“doctrinaria” o no) del alcance del derecho de propiedad o de la facultad expropiatoria del estado. Lo que los jueces han hecho, una vez que han decidido ejercer su autonomía sin restricción alguna, ha sido modificar las estrategias de carácter procedimental que habían creado en la era posrevolucionaria para hacer posible que las expropiaciones del Poder Ejecutivo fuesen irreversibles. Simple y sencillamente, abandonaron los criterios jurisprudenciales que negaban a los expropiados el derecho de ser escuchados antes del acto expropiatorio, así como la posibilidad de obtener la suspensión provisional de la expropiación en el juicio de amparo. Al mismo tiempo, la reforma constitucional de 1994,¹⁷ instauró formas de “cumplimiento sustituto” de las sentencias de amparo, de manera que en aquellos casos en los que no podía devolverse el bien expropiado porque, por ejemplo, ya se había realizado sobre él alguna obra, o se estaba ante una situación de “hechos consumados”, respecto de la cual ya no había nada que hacer, como en los viejos tiempos.

Desde entonces, la posibilidad de realizar un cumplimiento sustituto suele generar la obligación de otorgar una indemnización, la cual debido a un errático sistema de avalúos, puede llegar a ser exorbitante. Más adelante veremos los efectos que esto ha tenido en algunos casos célebres, por lo pronto baste con señalar que el activismo judicial en materia expropiatoria ha llegado a tal grado, que uno de los críticos más agudos del abuso de la expropiación en la era posrevolucionaria, Carlos Elizondo, veía en 2006 las estrategias de los jueces como algo tan grave, que podía paralizar la realización de obras de beneficio colectivo.¹⁸

¹⁷ Se trata de la fracción XVI del artículo 107 constitucional.

¹⁸ “[...] mover una sola pieza del complejo aparato que ha regulado la expropiación en México bien puede significar el fin de la capacidad del gobierno para hacer una obra importante que requiera terrenos en manos de privados” (Elizondo, 2006).

La segunda gran transformación que ha dificultado el ejercicio del poder expropiatorio ha sido el fortalecimiento, en términos político-sociales, de la propiedad de los núcleos agrarios. Es bien sabido que, en la era posrevolucionaria, los ejidos y comunidades ocupaban un lugar subordinado respecto de las autoridades agrarias, tanto en términos políticos como jurídicos. Sin embargo, desde los años setenta uno de los analistas más agudos del mundo rural había sugerido que el ejido era como un tigre que el gobierno tenía apenas “cogido de la cola” (Warman, 1976). La ruptura de esos lazos culminó en el año 2000, cuando el PRI perdió la Presidencia de la república frente a un partido que no tenía un “sector campesino”, pero había comenzado mucho antes. Por un lado, la reforma de 1992 al régimen agrario dotó una mayor autonomía a los núcleos agrarios para adoptar sus decisiones al margen de la burocracia agraria y creó unos tribunales especializados que funcionan de manera independiente de las políticas gubernamentales.

Pero lo que otorga mayor fuerza a los núcleos agrarios es el poder real que han adquirido en el control de su territorio. Mientras las autoridades de los municipios donde se ubican casi nunca han tenido la capacidad para prestar servicios a las localidades donde se concentra la población campesina, que en términos absolutos no dejó de crecer hasta la presente década (servicios que se requieren aunque se trate de comunidades rurales), los propios núcleos agrarios tuvieron que hacerse cargo de la introducción de dichos servicios, a través de una variedad de mecanismos. Gracias a ello desarrollaron, a través del tiempo, una gran capacidad de gestión que se ha traducido en un alto grado de control sobre su territorio. Hoy en día no es exagerado decir que se comportan como autoridades locales “de facto”. Aunque en el mundo del derecho no son más que un tipo de corporación que es propietaria de la tierra y que formalmente está sometida al régimen de la planeación y la ordenación territorial, incluyendo a la expropiación, como cualquier otra

forma de propiedad privada,¹⁹ en los hechos es muy difícil que el poder del estado se imponga en las tierras ejidales y comunales sin autorización de sus autoridades “internas”.²⁰ Uno de los síntomas más elocuentes de esta situación es la práctica, que señalamos en la sección anterior, establecida por el presidente De la Madrid en el sentido de expropiar tierras de núcleos agrarios solamente cuando se ha obtenido la anuencia de la asamblea de los ejidatarios o comuneros.

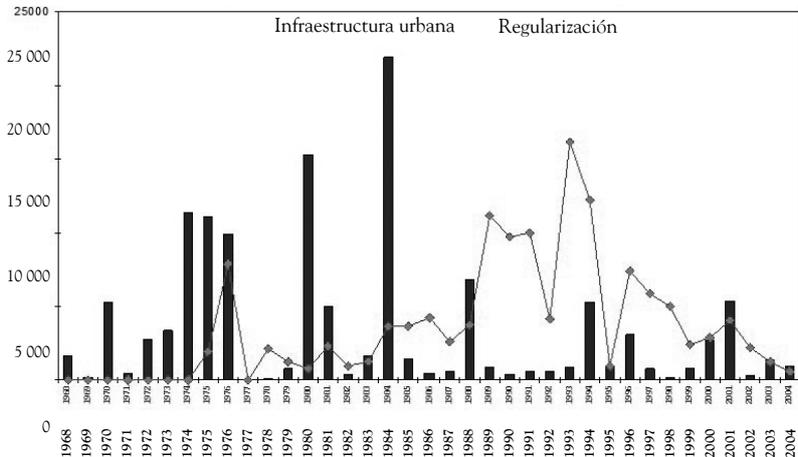
Un tercer factor de transformación del poder expropiatorio son las propias políticas gubernamentales que, al modificar sus prioridades, suponen un uso distinto (o a veces un abandono) de la expropiación como instrumento de política. El caso más evidente de una de esas transformaciones fue el abandono de un programa de creación de reservas territoriales que había alcanzado su madurez hacia principios de los años ochenta. Después de más de una década de gestación de políticas urbanas de corte intervencionista, impulsadas desde el gobierno federal, que tuvieron su referencia más importante en la expedición de la Ley General de Asentamientos Humanos (1976), uno de los instrumentos que parecía consolidarse era la formación de reservas territoriales, mediante la expropiación de tierras ejidales y su transferencia a los gobiernos locales, bajo esquemas tradicionales de incorporación programa del suelo al desarrollo urbano. Gran parte del suelo expropiado se dedicaba a proyectos de vivienda para grupos de bajos ingresos. En algunas ciudades, como Aguascalientes, el programa tuvo un éxito considerable (Jiménez-Huerta, 2000: 68), aunque en otras, como la propia

¹⁹ Tanto la legislación en materia de asentamientos humanos como en materia ambiental (e incluso la propia legislación agraria) de manera explícita señalan que las tierras de los núcleos agrarios están sometidas al poder público por lo que hace a la regulación de los usos del suelo.

²⁰ Hernández-Ornelas (1973), Azuela (1995), Leonard, Quesnel y Velázquez (2003).

ZMCM, encontró obstáculos importantes.²¹ En todo caso, lo que queremos destacar aquí es que la administración de Carlos Salinas (1988-1994) abandonó por completo el programa y decidió utilizar el poder expropiatorio para regularizar la tenencia de la tierra, ya que eso le traía beneficios políticos inmediatos y palpables.²² La gráfica 2 muestra con claridad el modo en que, en el ejercicio del poder expropiatorio, la creación de bienes públicos fue sustituida por la regularización de la tenencia de la tierra.

GRÁFICA 2
MÉXICO: ÁREA EXPROPIADA POR TIPO DE EXPROPIACIÓN 1968-2004 (HA)



Para el caso de la ciudad de México, hay que considerar un cuarto proceso que ha complicado el ejercicio del poder expro-

²¹ De acuerdo con el principal responsable del programa, los esfuerzos para aplicarlo en el Estado de México “[...] no fructificaron [debido a] la oposición de los núcleos agrarios y de los intereses corporativos asociados, mientras florecía el mercado ilegal de lotes” (Rébora, 2000: 220)

²² Para dar una idea del asunto, baste con recordar que los títulos que se entregaban a los pobladores venían en una carpeta con el escudo nacional y, debajo de él, el nombre del presidente de la república. Esa práctica se continuó hasta la administración de Vicente Fox.

piatorio. Nos referimos al hecho de que, con la creación del gobierno del Distrito Federal, cuyo “jefe” es electo por voto universal y directo, se rompió el vínculo constitucional que unía al presidente de la república con el gobierno de la capital del país. Las expropiaciones son ahora actos de una autoridad que, a pesar de gobernar el territorio que al mismo tiempo es la sede de los poderes federales, no está sometido a los mismos, ya que deriva su legitimidad de un proceso electoral. En otras circunstancias esto podría no haber sido tan importante, pero el hecho fue que las primeras elecciones para jefe de gobierno no las ganó el partido del presidente de la república, lo que constituye uno de los eventos clave de la llamada transición democrática mexicana. En términos estrictamente jurídicos, la nueva autoridad de la ciudad podía llevar a cabo expropiaciones igual que lo hacen los gobernadores de los estados. Pero en términos políticos ese poder se gana ejerciéndolo, y las nuevas condiciones eran muy exigentes, como veremos más abajo.

Finalmente, un quinto factor se refiere a la manera en que circula el tema de la expropiación en el espacio público. Por un lado, la recepción entusiasta de las ideas neoliberales por parte de un sector de la opinión pública llevó a muchos a ver con recelo la expropiación, lo cual era magnificado por la experiencia, sin duda traumática, de la nacionalización de los bancos en 1982.²³ Hasta ahora, ese sector de opinión sigue divulgando la idea, por demás errónea, de que el régimen legal de la expropiación en México es particularmente autoritario. El discurso del estado de derecho, que ha ocupado un lugar central en la vida pública mexicana, ha estado dominado por el tema de la protección de los derechos de propiedad. Por otro lado, e irónicamente, se ha producido una sinergia entre ese punto de vista y otro que, en principio, parecería contrario. Nos referimos al desprestigio que tienen ciertas obras (aeropuertos, presas,

²³ El mejor análisis de la nacionalización bancaria sigue siendo el de Elizondo (2001).

autopistas) por sus impactos ambientales. Es verdad que ambas predisposiciones circulan globalmente, y es posible que en muchas partes del mundo el desprestigio del poder expropiatorio esté asociado a esa coincidencia. Pero en México se combina con otro elemento más, que es la simpatía que despierta, en casi toda la opinión de izquierda, la propiedad de los núcleos agrarios, a la cual por cierto se le nombra “propiedad social” en un intento por distinguirla de la propiedad privada, cuando en realidad no es más que una modalidad de esta última. Lo anterior no significa que todo el espectro ideológico repruebe todas las expropiaciones con la misma fuerza.²⁴ Pero sí puede plantearse la hipótesis de que ambas formas de propiedad, la de los individuos y la de las corporaciones campesinas, se fortalecen mutuamente en la esfera pública, a pesar de que son apoyadas por públicos distintos. Frente a esa sinergia, el discurso de la “función social de la propiedad” parece perder la fuerza que tiene en países donde no existen formas de propiedad rural como la de los núcleos agrarios mexicanos.

A continuación analizaremos la forma en que la crisis de la expropiación se presentó en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, en dos ámbitos distintos: el del gobierno del Distrito Federal, como gobierno de la capital, y el del gobierno federal, como promotor de obras y acciones en el conjunto de la ZMCM, incluyendo al Distrito Federal.

Con la elección de Cuauhtémoc Cárdenas en 1997 como jefe de gobierno del Distrito Federal, se inició un nuevo régimen político local en el cual por primera vez un miembro de un partido diferente al del presidente gobernaría la ciudad. Esto y los otros factores que ya hemos señalado configuraban un escenario difícil para el ejercicio del poder expropiatorio.

²⁴ Cuando se trata de expropiar tierras de núcleos agrarios para proyectos que van a atraer inversión privada, la opinión neoliberal suele condenar la resistencia de los propietarios por ser “enemigos del progreso”, recurrir a lógicas “corporativas”, etc.

El caso es que tanto el gobierno de la ciudad como los jueces a cargo de los casos de expropiaciones siguieron con los hábitos del viejo régimen, por lo que pronto surgieron conflictos que llegaron a estar en el centro de algunos de los procesos políticos más complejos del nuevo régimen.

Sin duda el conflicto más grave fue el que se suscitó a partir de una expropiación que, en principio, parecía de rutina. “El Encino”, un terreno de poco más de ocho hectáreas en la zona de Santa Fe,²⁵ fue afectado en una décima parte de su extensión por una expropiación decretada por el GDF en el año 2000,²⁶ para continuar una calle y una avenida que estaban previstas desde años atrás para concluir la urbanización de Santa Fe. La empresa propietaria del predio promovió un juicio de amparo y el juez que conoció la causa ordenó la suspensión del procedimiento, con lo que la expropiación dejaba de producir sus efectos mientras se resolvía el fondo del asunto. En algún momento, el juez de la causa sintió que el jefe del GDF, Andrés Manuel López Obrador (AMLO), no había acatado la suspensión, lo que se convirtió en un escándalo: según una parte de la opinión pública, la desfavorable a AMLO, éste había incurrido en desacato de una orden judicial. A pesar de que había evidencias a la vista de todos en el sentido de que la construcción de la obra había sido suspendida, la campaña en contra de AMLO llegó al grado de que un agente del ministerio público adscrito a la Procuraduría General de la República (dependiente del presidente de la república) promovió ante la Cámara de Diputados una acción tendiente a su destitución.

En mayo de 2005 AMLO, que para entonces era señalado por las encuestas como el candidato más fuerte para ganar la presidencia de la república en las elecciones que tendrían lugar el

²⁵ Santa Fe nació a principios de los años noventa como el desarrollo de oficinas y viviendas de más alto nivel de la ciudad de México. Se trata, por ello, de una zona de alta valorización.

²⁶ Decreto Expropiatorio de fecha nueve de noviembre de 2000, publicado los días 10 y 14 del mismo mes y año

año siguiente, fue retirado del cargo de jefe de gobierno de la ciudad de México por la Cámara de Diputados. De inmediato inició una movilización de tales dimensiones, que poco tiempo después el presidente Fox anunció la remoción del procurador general de la república y el retiro de la causa en contra de AMLO. No es este el lugar para analizar el conflicto en todos sus matices sociopolíticos. Baste con mencionar que no solamente afectó la imagen del presidente de la república y la del jefe de gobierno de la ciudad: la misma Suprema Corte quedó en entredicho cuando se hizo público que su presidente y el presidente Fox habían tenido una conversación sobre el caso, sin que se aclarara cuál había sido el sentido de esa conversación.

Es verdad que el caso de El Encino no es representativo más que de un oportunismo político que trató de aprovechar la falta de claridad de un proceso judicial para intentar librarse de un adversario, pero también es verdad que, en el centro del conflicto, estaba un manejo descuidado de una causa judicial que pudo haberse resuelto muy fácilmente.²⁷

Otro caso, el del predio denominado “Paraje San Juan”, que hizo crisis un año antes que el de El Encino, es mucho más representativo del tipo de problemas que sí se pueden atribuir a las deficiencias propias de los procedimientos jurídicos. Se trata de casi 300 hectáreas donde actualmente viven más de 50 mil personas en 10 barrios distintos, cuya urbanización se inició desde finales de los años cuarenta, aunque ningún expediente jurídico relata cómo se produjo dicha urbanización.

En 1989, el entonces Departamento del Distrito Federal emprendió la expropiación para regularizar la tenencia de la tierra en esos barrios, procedimiento que se prolongó por más de una década, debido a la interposición de un juicio de amparo

²⁷ Al momento de editar este ensayo, a principios de julio de 2011, el juez Álvaro Tovilla, que había señalado el supuesto desacato de AMLO en el caso de El Encino era suspendido de su cargo por sospechas de corrupción.

por un propietario que, por cierto, nadie sabe de dónde salió.²⁸ El conflicto llegó a los medios de comunicación y se convirtió en el antecedente más importante del caso de El Encino. La sentencia, que tenía el carácter de inapelable, condenaba al gobierno del Distrito Federal al pago de unos 150 millones de dólares. De lo poco que puede comprenderse del expediente, el avalúo consideró el precio total de las más de 10 mil viviendas y la infraestructura existente en el área.

El jefe del GDF, o sea AMLO, declaró públicamente que se negaría a pagar esa cantidad, que equivalía a más de un tercio del presupuesto de la política social de la ciudad. La opinión pública se dividió entre los que exigían el estricto cumplimiento del “estado de derecho” y los que apoyaban a AMLO en su posición de no pagar la indemnización fijada por el juez. Seguramente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sintió que el caso le produciría una muy mala imagen, ya que, en 2004, se hizo cargo del caso y, sin grandes explicaciones, redujo la indemnización a menos de la décima parte (60 millones de pesos) y con ello lo dejó cerrado.

Además de esos dos casos, se produjeron al menos otros cuatro que llegaron a las ocho columnas de los periódicos y que dejaban la sensación de que la expropiación era un instrumento de política urbana que no se podía usar más.²⁹ El propio

²⁸ De acuerdo con un ex funcionario público que conoció el caso de primera mano y que ha pedido a los autores quedar en el anonimato, cuando se inició la expropiación no había en el Registro Público de la Propiedad inscripción alguna de ese predio. El Departamento del Distrito Federal decidió ignorar ese hecho, dado que su consecuencia jurídica hubiese sido que la regularización sería competencia de la Secretaría de la Reforma Agraria, con lo cual el DDF perdería la oportunidad de incluirlo en “su” programa de regularización. El uso clientelar de la expropiación quedó, de esa manera, por encima de cualquier necesidad social.

²⁹ Se trata de los predios conocidos como “Ramos Millán”, la “ENAH”, la Cooperativa Pascual y el del frustrado aeropuerto de la ciudad de México, cuyos aspectos jurídicos se examinan en el capítulo siguiente.

AMLO solía decir que prefería promover vialidades subterráneas para no tener que expropiar.

Acaso la lección más importante del periodo es que la gran dificultad que enfrentó el gobierno de AMLO para usar la expropiación, además de los factores estrictamente políticos que hemos señalado, se debió fundamentalmente a que tanto su gobierno como los jueces siguieron las mismas pautas de comportamiento del viejo régimen. Ni el gobierno abandonó el descuido y la arbitrariedad del pasado, a pesar de tener frente a sí a un Poder Judicial dispuesto a ejercer su autonomía ni, por su parte, los jueces parecen haberse dado cuenta del impacto social y político que sus decisiones podrían llegar a tener. En otras palabras, ninguno de los dos estuvo a la altura de los retos que impone una condición de pluralismo político y autonomía judicial. Pero era una cuestión de aprendizaje. Como veremos más adelante, en años recientes, el GDF ha emprendido numerosos proyectos urbanos y ha podido utilizar la expropiación exitosamente.

En cambio, la crisis que, por su parte, ha enfrentado el gobierno federal para emprender proyectos urbanos y de infraestructura, parece ser mucho más profunda y duradera. No sólo porque las tareas que se había propuesto el gobierno federal habían resultado mucho más grandes que sus capacidades expropiatorias, como en el caso de los parques nacionales y de las zonas arqueológicas; además, como ha quedado dicho, las tierras de los núcleos agrarios ya no se podían expropiar con la facilidad de antes. Poco a poco, y por diversos medios, los ejidos y comunidades habían desarrollado una capacidad, en algunos casos notable, tanto por vías jurídicas como políticas, para resistir su expropiación.

En el caso de la ZMCM, el fortalecimiento de los núcleos agrarios y el correspondiente debilitamiento del estado sobre ellos han adoptado modalidades específicas. A lo largo de las décadas, los ejidos de la periferia urbana dejaron de ser simplemente “invadidos” por la urbanización para convertirse

en protagonistas de dicho proceso. Se convirtieron, como en muchas otras regiones del país, en gestores de muchos de los servicios públicos de sus poblados, con lo que fueron afianzando su poder real a tal grado que ya no se habla solamente de su tierra sino de su “territorio”. Además, como sabemos gracias a la investigación de María Soledad Cruz (2001), los ejidos que han decidido continuar con sus actividades agrícolas han sido capaces de hacerlo y, en general, a través de sus asambleas han decidido si se urbanizan o no y cómo (Cruz, 2001). En términos de Michael Mann (1993), se trata de una clara expansión del “poder estructural” de esta forma de propiedad.

En el terreno estrictamente jurídico, los cambios introducidos al régimen agrario en 1992 han fortalecido aún más a los núcleos agrarios. No solamente porque ahora tienen capacidad jurídica para tomar una gran cantidad de decisiones sin que intervengan las autoridades agrarias del gobierno federal; el hecho de contar con tribunales especializados que no dependen del Poder Ejecutivo les ha abierto un enorme espacio jurídico para resolver sus controversias, entre las cuales están los juicios restitutorios, por medio de los cuales han podido combatir tanto expropiaciones que no habían sido indemnizadas, como situaciones *de facto* en las que el gobierno federal había dispuesto de sus tierras sin siquiera iniciar un procedimiento expropiatorio. A lo anterior hay que sumar el litigio oportunista, que ha comenzado a presentarse aprovechando las debilidades jurídicas de las prácticas del viejo régimen.³⁰ Fuera de la ZMCM, uno de los casos más notables es el de las más de nueve mil hectáreas que había expropiado el presidente López Portillo en 1981 a varios ejidos del sur de Tamaulipas, en el Golfo de México, para crear un puerto industrial en el que se han realizado inversiones

³⁰ Según un especialista en cuestiones inmobiliarias, “[...] los ejidatarios han encontrado una mejor forma de negociar en su beneficio acudiendo ante el Poder judicial de la Federación para hacer uso del recurso del amparo” (Ramírez-Favela, 2009).

por más de 2500 millones de dólares. En noviembre de 2008, el abogado Diego Fernández de Ceballos obtuvo un sonado triunfo al obtener la anulación del decreto expropiatorio por la sencilla razón de que carecía del “refrendo ministerial”, es decir que no tenía la firma de uno de los secretarios del gobierno federal.³¹

Con todo esto, no resulta sorprendente que el gobierno federal fracase con frecuencia cuando intenta expropiar terrenos ejidales o comunales incluso para sus proyectos prioritarios. El caso más relevante de este síndrome fue el del nuevo aeropuerto para la ciudad de México, que se anunció en 2001 como el proyecto más ambicioso de infraestructura del gobierno de Vicente Fox, y que tuvo que ser abandonado un año después, por la movilización (política y jurídica) de un grupo de comunidades encabezadas por San Salvador Atenco y el Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra. Acaso lo más llamativo de este que derivó en un grave conflicto, como parte del cual se desplegó una represión estatal más grave de la década,³² fue el lema del movimiento: “la tierra no se vende, se quiere y se defiende”. Si algo hay en esa frase es nada menos que la negación lisa y llana del poder expropiatorio del estado. Los dueños de la tierra no sólo no están de acuerdo con ser privados de ella, sino que parten del supuesto de que ello sólo sería posible si estuviesen dispuestos a “vender”.

El caso de Atenco ha tenido una amplia resonancia y se ha convertido en un emblema, para unos del fracaso estatal y para otros de la capacidad de movilización de comunidades agrarias afectadas por una expropiación. Pero no se trata de un caso aislado. Tiene, eso sí, características propias que, en tanto que conflicto, lo distinguen de casi todos los demás; pero aquí nos interesa señalarlo como parte de una tendencia general de

³¹ *El Universal*, 9 de junio de 2009.

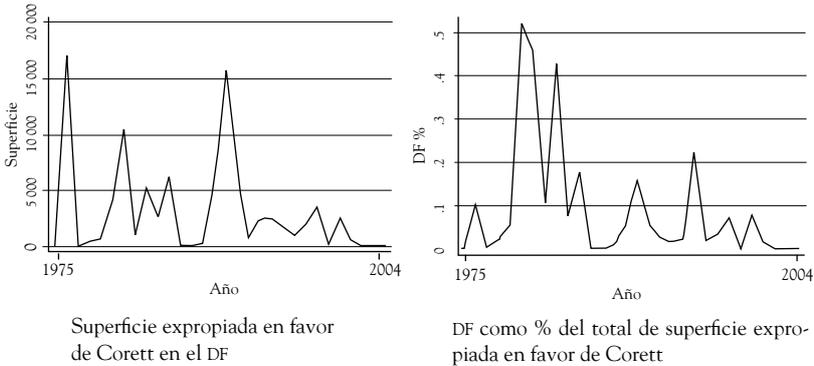
³² Entre otros, véase Domínguez (2007), Hernández-Santiago (2004) y Azuela (2011).

debilitamiento del poder expropiatorio del estado mexicano sobre las tierras de los núcleos agrarios.

Sabemos, por una parte, que en el plano nacional, la expropiación de tierras ejidales ha experimentado una drástica reducción en los últimos años. De acuerdo con una investigación reciente, más de 60% de las expropiaciones a núcleos agrarios en todo el siglo se concentró en las décadas de 1960 y 1980; en cambio, en la última década del mismo solamente se produjo 3.3% (Colin-Ugalde, 2009).

Por otra parte, en la gráficas 3 se muestra la actividad expropiatoria que afectó a ejidos y comunidades en la ZMCM a partir de 1975. Si bien se observan trayectorias aparentemente erráticas, lo cierto es que en ambos se detecta una actividad muy baja en los últimos 10 años.

GRÁFICA 3
EXPROPIACIONES EN FAVOR DE CORETT EN EL DISTRITO FEDERAL



En el caso de la regularización de la tenencia de la tierra operaron dos factores adicionales. Por un lado, desde que la Corett³³ fue reubicada del sector de la administración pública federal que encabeza la Secretaría de la Reforma Agraria, para pasar a

³³ Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra, que desde mediados de los años setenta tuvo a su cargo la regularización en tierras de núcleos agrarios.

formar parte del sector de la Secretaría de Desarrollo Social, el presidente de la república prácticamente dejó de firmar decretos para ese fin.³⁴ Por otra parte, la regularización a través de la expropiación se ha vuelto innecesaria desde que se ha generalizado el uso, notoriamente fraudulento, de otros mecanismos previstos en la legislación agraria para obtener los mismos resultados de la regularización, pero con mayores beneficios para los núcleos agrarios. Así, lo que durante más de tres décadas funcionó ininterrumpidamente como una maquinaria de títulos de propiedad para los ocupantes urbanos, como resultado de la cual ellos tenían que pagar dos veces por el mismo terreno, hoy está siendo sustituido por un mecanismo en el que el segundo pago es aún mayor, ya que en lugar de la mediación de un organismo federal como la Corett, lo que aparecen son grupos de abogados particulares que trabajan para los núcleos agrarios, y que evidentemente tienen un interés en aumentar los precios de la tierra.³⁵

Un indicio claro del debilitamiento del gobierno federal respecto de los núcleos agrarios es el mecanismo que eligió el presidente Calderón para adquirir los terrenos para una nueva refinería, sin duda el proyecto de infraestructura más importante de su gobierno. En lugar de intentar una expropiación, y con el fantasma de Atenco encima, el gobierno anunció que,

³⁴ Hay una lógica palaciega, aunque no por ello menos real, que explica esto. Las expropiaciones son decretos que suscribe el presidente cuando un secretario de estado se lo propone, obviamente como parte de sus responsabilidades. Si el secretario que tiene que pedir su firma no es el responsable del tema, como la Corett, que está sectorizada en la Sedesol (Secretaría de Desarrollo Social) y no en la Secretaría de Reforma Agraria, el titular de esta última difícilmente tendrá un incentivo para hacerlo.

³⁵ Como ha documentado recientemente Clara Salazar para Ecatepec, que es uno de los municipios metropolitanos de mayor dinámica urbana, los abogados están presionando a las familias para aceptar el nuevo método de titulación, a partir de convenios con los ejidos en los que todos ganan menos quienes hace años habían comprado un terreno de buena fe (Salazar Cruz, en prensa).

desde el punto de vista técnico la refinería podría localizarse, indistintamente, en la ciudad de Salamanca, en el estado de Guanajuato, o en la de Tula, en Hidalgo. Así, en mayo de 2009, el director general de Petróleos Mexicanos anunció que la refinería se construiría donde el gobierno del estado respectivo aportara los terrenos, en un plazo de cien días. Fue el gobernador de Hidalgo quien “ganó” la competencia al comprar 700 hectáreas de tierras ejidales a un precio récord (75 mil dólares la hectárea). En este caso, el proyecto no fue frustrado por una protesta social, simplemente la tierra fue adquirida a un costo extraordinariamente alto, lo que sin duda expresa el proceso general de fortalecimiento de la propiedad agraria.³⁶

Como se puede observar, han sido muy distintas las dificultades que el gobierno federal y el del Distrito Federal han enfrentado para usar la expropiación. Ciertamente, las del primero parecen mucho más difíciles de superar en la medida en que se trata de un fortalecimiento estructural de la propiedad agraria, que además cuenta con la simpatía de un sector de la opinión pública, el cual se amplía aún más cuando se trata de proyectos cuyos impactos ambientales parecen cuestionables.

Es interesante señalar que no ha surgido un debate público en torno a la expropiación como tal. Es cierto que se produjo una actividad legislativa nada despreciable. Las reformas que introdujo el Congreso de la Unión en 2009 a la Ley de Expropiación, las primeras importantes en sus más de 70 años de vigencia, bien pueden ser interpretadas como una respuesta a la crisis de la expropiación. Sin embargo, lo cierto es que sólo responde a los temas que la interacción entre el Poder Judicial y el Ejecutivo han puesto en la agenda: el momento del pago de la indemnización, la garantía de audiencia y la procedencia de la suspensión provisional. En cambio, hay temas fundamentales como la responsabilidad del propietario en casos

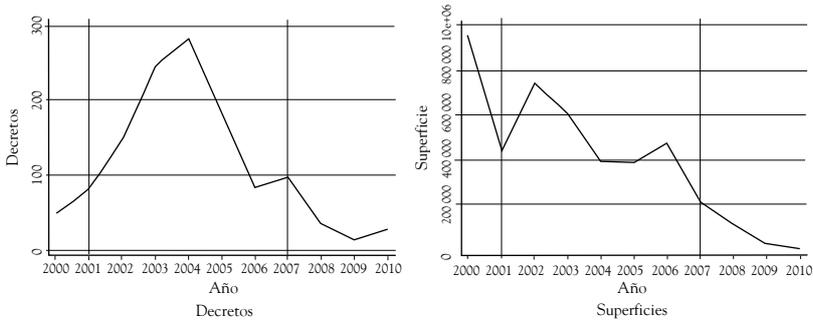
³⁶ “Entrega Hidalgo a Pemex escrituras para refinería”, *Milenio*, 17 de junio, 2010.

de regularización de barrios populares, que ni por asomo fueron registrados en los debates del Poder Legislativo.

LA RECUPERACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN
EN EL DISTRITO FEDERAL

Veamos ahora cómo es que, en este contexto, el GDF ha llegado a ejercer el poder de expropiar como cualquier otro gobierno del mundo. De entrada es interesante observar que, entre 2000 y 2010, ha llevado a cabo 1 272 procedimientos expropiatorios, lo que resulta una cantidad importante si se le compara con los 19 que ha realizado el gobierno del Estado de México en los municipios de la ZMCM.³⁷

GRÁFICA 4
EXPROPIACIONES REALIZADAS POR EL JEFE DE GOBIERNO DEL
DISTRITO FEDERAL: NÚMERO DE DECRETOS Y SUPERFICIES

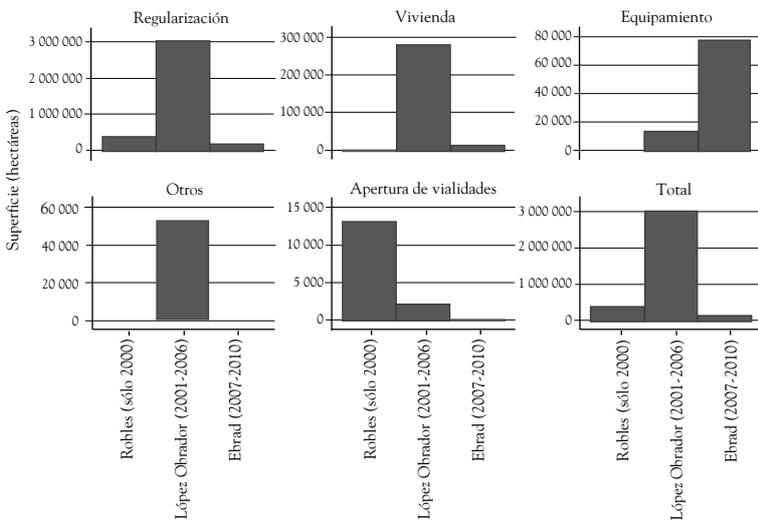


¿Qué significa una “V” invertida en el número de decretos y un declive constante en la superficie? Al considerar las causas de utilidad pública para las cuales se expropia, se identifica que, al igual que en épocas anteriores, se sigue expropiando predominantemente para regularizar la tenencia de la tierra.

³⁷ Agradecemos la colaboración de Ricardo Zamora en la integración de una base de datos a partir del Periódico Oficial *Gaceta de Gobierno* del Estado de México, entre 2001 y 2010.

En particular, en el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, 89.7% de la superficie expropiada fue para regularización, proporción que se ha reducido con Marcelo Ebrard a 71.8%. Así, la regularización continúa siendo, con mucho, la causa de expropiación más predominante.

GRÁFICA 5
EXPROPIACIONES POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA
Y ADMINISTRACIÓN LOCAL



En todo caso, la tendencia en términos cuantitativos sigue siendo descendiente. ¿Cómo decimos, entonces, que el GDF ha logrado ejercer con normalidad el poder expropiatorio? De entrada, en la medida en que la regularización deja de ser la causa de utilidad pública más socorrida, también lo es la superficie expropiada total. Al realizar un examen de lo que ocurre año por año con dichas causas, observamos que en el último sexenio el predominio de la regularización comienza a diluirse para ceder el paso a causas originadas por proyectos de cierta envergadura como son, por ejemplo, la línea 12 del Metro o la así denominada “Supervía poniente”.

Desde los primeros años del gobierno de Ebrard, a pesar de los descalabros de su antecesor, el GDF mostró cierta audacia en el uso de la expropiación. Por ejemplo, expropió varios predios en los que se vendía mercancía robada o se producían videos “piratas”.³⁸ A pesar de que el mismo gobierno informaba que se trataba de predios “en donde se llevaban a cabo actividades delictivas”,³⁹ los expedientes jurídicos se cuidaron de tal manera que las expropiaciones quedaron mucho menos expuestas al juicio de amparo que las de épocas anteriores. Es difícil dar una cifra exacta de la proporción de amparos en los que los jueces dan la razón al GDF,⁴⁰ sin embargo, es claro que a pesar de una intensa litigiosidad por parte de los propietarios, en la inmensa mayoría de los casos los jueces han avalado las expropiaciones de los últimos años.⁴¹ Incluso tratándose de algunos proyectos que han sido objeto de protestas y movilizaciones, además de acciones legales, como el caso de la polémica “Supervía poniente”,⁴² hasta ahora el GDF ha podido llevar adelante la mayor parte de ellos.

REFLEXIONES FINALES

Antes de presentar las conclusiones de este capítulo, conviene recordar que la expropiación, como cualquier otra institución jurídica, es fundamentalmente ambivalente. La ambivalencia propia de esta institución consiste en que su ejercicio puede

³⁸ Los casos más célebres fueron uno en el barrio de Tepito y otro conocido como “La Ford”, en Iztapalapa, donde se vendían piezas automotrices robadas.

³⁹ Consejería Jurídica y de Servicios Legales (2008: 36).

⁴⁰ Ello se debe a la cantidad de asuntos “en trámite” que se reportan, que es sumamente inestable.

⁴¹ Consejería Jurídica y de Servicios Legales (2008: 35-39).

⁴² El debate sobre esta vialidad tiene que ver con sus impactos ambientales y, en particular, porque será la primera vialidad de cuota, cuya administración será entregada en concesión a una empresa de capital extranjero.

significar la imposición de un interés público por encima del interés del propietario, o lo contrario. Desde que Maurice Halbwachs (1928) analizó las expropiaciones en el París de la segunda mitad del siglo XIX, se sabe muchas veces que quien obtiene más ganancias con una expropiación es el propietario mismo. Sin embargo, y sin olvidar en ningún momento esa ambigüedad, lo cierto es que un debilitamiento generalizado del poder expropiatorio es un indicio fuerte de un debilitamiento del estado que es preocupante en la medida en que ello significa una pérdida de la capacidad estatal de hacer valer un interés público sobre los intereses privados.

A lo largo de este capítulo hemos descrito cómo es que en México se ha producido un tal debilitamiento del poder expropiatorio. Sobre todo, hemos tratado de mostrar que, lejos de ser un fenómeno homogéneo y unilineal, es de una complejidad que amerita ser explorada. Para comenzar, hay que distinguir entre la dimensión internacional y las dimensiones internas de dicho fenómeno. No hay duda de que los compromisos internacionales que el estado mexicano ha asumido en esta era neoliberal (en el caso de México notablemente por el TLCAN) han traído consigo una restricción importante del poder expropiatorio, sobre todo del modo en que se ejerció en el periodo posrevolucionario. En particular, ello ha significado un tratamiento diferenciado en favor de los propietarios extranjeros sobre los propietarios mexicanos.

Sin embargo, hemos visto que las restricciones al poder expropiatorio que han generado procesos propios de la dinámica del estado y la sociedad mexicanos han sido mucho más importantes que las introducidas para proteger las inversiones extranjeras. Ni siquiera hace falta entrar en un ejercicio analítico complejo para demostrar que: estas restricciones internas son más importantes por el simple hecho de que la tierra que se requiere para expropiaciones urbanísticas muy rara vez está en manos de extranjeros. Es decir, las extensiones que habría que expropiar a extranjeros para satisfacer las necesidades derivadas

de los procesos de urbanización son insignificantes compradas con la cantidad de tierra propiedad de mexicanos.

¿Cuáles son, entonces, los factores internos que han reducido el poder expropiatorio? Es posible identificar dos de carácter general. El primero es el creciente activismo que han desplegado en las últimas décadas los jueces de diversas jurisdicciones. Sin ofrecer una reflexión de carácter sustantivo sobre la relación entre la propiedad y la expropiación y, en muchos casos, sin mostrar deferencia ante los otros poderes, el judicial ha dejado de “acompañar” (para usar el eufemismo de la era posrevolucionaria) al Poder Ejecutivo incluso en sus proyectos prioritarios. Al margen de que ese activismo pueda considerarse o no excesivo, en general puede decirse que el poder judicial ha constreñido el uso de la expropiación con los principios del estado liberal, y con ello ha hecho evidentes algunas inercias del estado posrevolucionario que representaban un uso arbitrario de ese poder, sobre todo por el pago tardío y muchas veces insuficiente de las indemnizaciones.

Sería equivocado, sin embargo, establecer una simple relación causal entre activismo judicial y reducción del poder expropiatorio. Es verdad que hay situaciones en las que esa causalidad parece presentarse, como cuando el gobierno recurre a otras formas de adquisición del suelo para el desarrollo de proyectos por miedo a que un juicio de amparo ponga en peligro el desarrollo de uno de estos. Pero también es importante reconocer que, desde mediados de los años ochenta, el cambio en el uso de la expropiación tiene que ver con la orientación más general de la acción del propio gobierno. No hay duda que el predominio del pensamiento neoliberal ha excluido de la agenda la expropiación tal como se concibió en la era posrevolucionaria. Así, los jueces no han tenido que enfrentar la tensión entre la vertiente revolucionaria y la vertiente liberal de la Constitución mexicana, por el simple hecho de que hace muchos años que (para bien y para mal) el gobierno abandonó a la primera.

Además de esos dos factores de carácter general, hay otros elementos en el debilitamiento del poder expropiatorio que sólo pueden verse cuando se analiza quién expropia, a quién y para qué. Las diferencias que ahí surgen hacen evidente que el poder expropiatorio no es algo homogéneo. Así, cuando observamos, para el caso de la zona metropolitana de la ciudad de México, el modo en que distintos órganos del estado ejercen la expropiación, encontramos diferencias enormes entre el gobierno federal y los gobiernos de las dos entidades federativas participantes, es decir, el Estado de México y el Distrito Federal. Hemos podido ver que el gobierno federal, además de algunas derrotas judiciales importantes ha enfrentado la oposición, por vías políticas, de los núcleos agrarios en casos de grandes proyectos de infraestructura —el triunfo de Atenco sobre un nuevo aeropuerto es, sin duda, el más importante. La capacidad de movilización que a veces presentan los núcleos agrarios dueños de la tierra, junto con la simpatía que despiertan en un sector de la opinión pública, han dado como resultado que, hoy por hoy, el gobierno federal no haya recuperado su capacidad de expropiar la tierra para llevar adelante ciertos proyectos.

El panorama es muy distinto en el plano subnacional. Para el caso de la ZMCM, resulta notable la diferencia en el uso de la expropiación entre el Estado de México y el Distrito Federal. A pesar de que es en aquél donde tienen lugar los procesos de urbanización más importantes de la zona metropolitana, su gobierno sólo decretó 19 expropiaciones en la última década. En cambio, el GDF expropió, en el mismo periodo, más de mil predios para diferentes finalidades. Lo más importante es que, después de una crisis que parecía insuperable, el gobierno de la capital ha logrado “estabilizar” el ejercicio de la facultad expropiatoria.

Cuando nos preguntamos quiénes son los propietarios afectados por las expropiaciones, aparece otra vez el tema de los núcleos agrarios. Si bien en otras regiones del país muchos de ellos carecen de medios de defensa para hacer valer sus derechos

frente a las expropiaciones, en la ZMCM han desplegado una notable capacidad de respuesta. Además de los medios jurídicos que tienen a su alcance, entre los cuales destaca el carácter imprescriptible de sus derechos de propiedad, está el hecho de que, a lo largo del siglo XX, pasaron de ser actores subordinados del sistema político a actores autónomos por excelencia. El control territorial que ejercen los propietarios sobre sus tierras muchas veces va más allá del mero ejercicio de derechos de propiedad y llegan a funcionar como un cuarto nivel de gobierno, con una enorme capacidad para resistir los intentos gubernamentales para regularlos, tanto desde la política urbana como desde la ambiental. Este poder de facto es el obstáculo más importante que enfrenta el gobierno federal cuando trata de llevar adelante una expropiación de tierras ejidales o comunales para diferentes finalidades. En algunos casos, seguramente muy aislados pero simbólicamente importantes, el litigio oportunista hace que se combinen el poder territorial de los núcleos con la disposición de los jueces a proteger a los propietarios cuando la autoridad expropiante no satisface ciertos requisitos. Así, desde el punto de vista sociopolítico, la propiedad agraria constituye un verdadero límite estructural al poder gubernamental, tanto como puede serlo la propiedad de sectores económicos que tradicionalmente han sido capaces de acotar la acción del gobierno.⁴³

El resto de los propietarios afectados constituyen un universo sumamente heterogéneo que está conformado, en un extremo, por una gran cantidad de pequeños propietarios que no siempre tienen acceso a servicios jurídicos, y en el otro por propietarios con una enorme influencia social en el plano local. Los extranjeros, por su parte, pueden ser un obstáculo importante cuando son inversionistas de un país con el que México ha adquirido com-

⁴³ De hecho, uno puede preguntarse si el GDF hubiese sido igualmente exitoso en la recuperación del poder expropiatorio que aquí reportamos si en su esfera de competencia hubiese estado la expropiación de ejidos y comunidades. Este ha sido un límite que hasta ahora sólo ha tenido que enfrentar el gobierno federal.

promisos de protección de inversiones. Pero su relación con la expropiación es compleja: es cierto que cuando se ven impedidos para llevar adelante sus proyectos pueden recurrir al argumento de que han sido expropiados sin ser debidamente indemnizados. Pero también es cierto que el tipo de conflictos en los que se ven envueltos suele implicar la expropiación de tierras de núcleos agrarios (como en la nueva minería a cielo abierto). Y es que hoy en día la propiedad de la tierra no necesariamente coincide con los intereses más poderosos en una sociedad.

Cuando observamos para qué se expropia también aparecen matices interesantes. No sorprende que, por un lado, las expropiaciones para hacer cosas grandes que tienen un impacto ambiental visible (presas, aeropuertos) susciten la alianza de organizaciones ambientalistas y amplios sectores de la opinión pública con los propietarios de la tierra. Lo que en los años de la posrevolución era objeto de aprobación general a nombre del progreso, hoy en día es sinónimo de depredación, sobre todo cuando los afectados aparecen como representantes de la identidad nacional o de un pueblo indígena.

Las expropiaciones dirigidas a regularizar la tenencia de la tierra merecen un comentario aparte, ya que la de México es la única de las seis ciudades latinoamericanas incluidas en este estudio, donde se ha utilizado en forma masiva la expropiación para ese fin. Más allá de las razones históricas que explican esto, hay que reconocer que normalmente, *en el caso de México*, el principal beneficiado por esas expropiaciones es el propietario. Al menos desde el punto de vista de la teoría de la función social de la propiedad, dichas indemnizaciones parecen un premio difícil de justificar para un propietario que, por regla general, ha obtenido algún provecho con la urbanización de sus tierras o, al menos, no ha asumido la responsabilidad de darles un uso que impidiese su urbanización en condiciones irregulares.

Pero más allá de consideraciones de tipo normativo, lo interesante de esas expropiaciones es que su función no es la de crear algún tipo de bien público, sino la de intervenir en las

relaciones entre los nuevos ocupantes de la tierra y los propietarios originales. No es, por cierto, una situación en la que un órgano del estado viene a poner orden en una relación cuyo contenido está definido de antemano: la intervención misma contribuye a (re)constituir las relaciones de propiedad. Al reconocer a unos como poseedores sienta las bases de su futura propiedad; al reconocer a otro como el propietario “original” reafirma un derecho que, de acuerdo con los criterios históricos del derecho civil, estaría en camino de la extinción por la vía de la prescripción positiva. No es exagerado decir que, en esos casos, la expropiación *produce* a la propiedad.

Evidentemente, los problemas son muy distintos cuando se expropia para crear bienes de consumo colectivo. La agenda clásica del constitucionalismo nos dirá que lo importante es justificar la causa de utilidad pública y pagar una indemnización adecuada. Pero lo que nos dice la práctica es que lo importante no es eso. El tema de la indemnización sólo aparece cuando se producen pifias escandalosas, es decir, cuando las diferencias son de varios ceros, como en el caso del Paraje San Juan. Pero rara vez encontramos una reflexión, o una discusión, que explique o que ponga en duda por qué se pagaron cien y no doscientos.

Por su parte, el tema de las causas de utilidad pública aparece de maneras sorprendentes. Por un lado, en la historia de las expropiaciones urbanísticas del siglo XX mexicano, el tema apareció expresado con claridad en el mundo del derecho tan solo respecto de un supuesto: las expropiaciones de terrenos suburbanos para dotar a familias de escasos recursos de un lugar dónde vivir. Ese fue el único tema que movilizó a jueces federales para declarar inconstitucional una causa de utilidad pública. No deja de llamar la atención que haya sido solamente cuando se trataba de beneficiar a las masas urbanas cuando los jueces restringieron el poder expropiatorio en cuanto a las finalidades que este puede, legítimamente, perseguir.

Por otro lado, la impopularidad de ciertas obras de gran magnitud (aeropuertos, presas) no ha sido recogida, en sus propios

términos, por la actividad jurisdiccional. Los jueces federales han podido detener muchos proyectos, pero no por que estén tratando de expresar un sentimiento colectivo, cosa que por lo demás no sería parte de sus funciones. Si nos guiamos por sus propios argumentos, lo han hecho porque el “acto de autoridad” no estaba, a su juicio, suficientemente fundado y/o motivado. Una razón de “técnica jurídica”, y no una de carácter sustantivo, parece haber guiado a los jueces a echar abajo, o al menos a retrasar, una cantidad importante de proyectos gubernamentales. Queda por averiguar si lo han hecho por seguir una ideología de defensa de la propiedad privada o por el gusto de ejercer su propio poder a costa del poder ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuela, Antonio. 2013. “La terre ne se vend pas; elle s’aime et se défend’. La productivité sociale du conflit pur Atenco, Mexico”. En *Conflits de proximité et dynamiques urbaines*, coordinado por Patrice Melé Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- Azuela, Antonio. 2006. *Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental*. México: Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM y Ediciones Fontamara.
- Azuela, Antonio. 1995. “Ciudadanía y gestión urbana en los poblados rurales de Los Tuxtlas”. *Estudios Sociológicos* 39, vol. XIII, núm. 39 (septiembre).
- Azuela, Antonio. 1987. “De inquilinos a propietarios. Derecho y política en el Programa de Renovación Habitacional Popular”. *Estudios Demográficos y Urbanos* 4.
- Azuela, Antonio y Paula Mussetta. 2009. “Algo más que el ambiente. Conflictos sociales en tres áreas naturales protegidas de México”. *Revista de Ciencias Sociales*, (Universidad Nacional de Quilmes) año 1, núm. 16 (primavera).

- Azuela, Antonio y Ma. Soledad Cruz. 1989. "La institucionalización de las colonias populares y la política urbana de la ciudad de México (1940-1946)". *Sociológica*, núm. 9 (enero-abril).
- Benn, Vicky. 2009. "Comment". En *Property Rights and Land Policies*, coordinado por Gregory K. Ingram y Yu-Hung Hong. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Berglia, Lisa. 2006. *Monumental Ambivalence. The Politics of Heritage*. Austin: The University of Texas Press.
- Colin-Ugalde, Nancy. 2009. "El impacto de las expropiaciones en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México en el contexto de las reformas de 1992 al artículo 27 Constitucional". Tesis Para obtener el grado de maestra en Estudios Urbanos. Centro de Estudios Demográficos, Urbanos y Ambientales. México: El Colegio de México.
- Consejería Jurídica y de Servicios Legales. 2008. *Segundo Informe de Actividades 2007-2008*. México: Gobierno del Distrito Federal.
- Cruz, Ma. Soledad. 2001. *Propiedad, poblamiento y periferia rural en la zona metropolitana de la ciudad de México*. México: UAM-Azcapotzalco/RNIU.
- Díaz y Díaz, Martín. 1997. "La constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión". En *80 Aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Senado de la República.
- Domínguez, J. Carlos. 2007. "Public Policy and Social Movements. The Cases of Bolivia and Mexico". Tesis de doctorado en Development Studies. Oxford: Wolfson College.
- Elizondo Mayer-Serra, Carlos. 2001. *La importancia de las reglas. Gobierno y empresario después de la nacionalización bancaria*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Elizondo Mayer-Serra, Carlos. 2006. "¿No a la expropiación?". *Reforma*, 27 de Enero.

- Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Luis Manuel Pérez de Acha. 2008. *¿Un nuevo derecho o el debilitamiento del estado? Garantía de audiencia previa en la expropiación*. México: CIDE. Documentos de Trabajo, número 30.
- Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Luis Manuel Pérez de Acha. 2008a. "Separación de poderes y garantías individuales: la Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes". *Revista de Cuestiones Constitucionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM <[http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/ard/ard4 .htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/ard/ard4.htm)> 22/04/2008.
- Fernández del Castillo, Germán. 1939. *La propiedad y la expropiación*. México: Compañía Editora de Revistas (reeditado por la Escuela Libre de Derecho en 1987, "con un apéndice sobre la Expropiación Bancaria por Ramón Sánchez Meda").
- González-Casanova, Pablo. 1966. *La democracia en México*. México: Ediciones Era.
- Halbwachs, Maurice. 2008 [1928]. "La expropiación y el desarrollo urbano". En Maurice Halbwachs. *Estudios de morfología social de la ciudad*, coordinado por Emilio Martínez Gutiérrez. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Originalmente publicado como "Introduction". En *La population et les tracés de voies à Paris depuis un siècle*. París: Presses Universitaires de France, 1928.
- Hernández-Ornelas, Pedro. 1973. *Autoridad y poder social en el ejido. Un estudio sobre las bases políticas del México Rural*. México: Instituto Mexicano de Estudios Sociales, A.C.
- Hernández-Santiago, Javier. 2004. "El movimiento de San Salvador Atenco contra el proyecto de nuevo aeropuerto de la Ciudad de México 2001-2002. Orígenes, trayectoria y resultados". Tesis para obtener el grado de licenciatura en Sociología. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.
- Jiménez-Huerta, Edith. 2000. *El principio de la irregularidad. Mercado del suelo para vivienda en Aguascalientes, 1975-1998*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, Juan Pablos Edi-

- tor, Centro de Investigaciones y Estudios Interdisciplinarios de Aguascalientes.
- Kuri-Pineda, Edith. 2008. "Tierra sí aviones no. La construcción social del movimiento de Atenco". Tesis de doctorado en Ciencias Políticas y Sociales. México: Facultad de Ciencias Políticas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Leonard, Eric, André Quesnel y Emilia Velázquez (coords.). 2003. *Políticas y regulaciones agrarias. Dinámicas de poder y juegos de actores en torno a la tenencia de la tierra*. México: Ciesas, IRD, Miguel Angel Porrúa.
- Lopes Dos Santos, Cacilda. 2008. "Novas perspectivas do instrumento da desapropriação: a incorporação de princípios urbanísticos e ambientais". Tesis de doctorado, São Paulo: Universidad de São Paulo—FAU/USP.
- Mann, Michael. 1993. *The Sources of Social Power*, vol. II. Cambridge. Cambridge University Press, esp. pp. 54-63, 107-112, 358, 401.
- Martínez Saldaña, Tomás. 1987. "Municipio y ejido. Sus relaciones políticas". En *El municipio en México*, coordinado por Brigitte Bohem de Lameiras. Zamora: El Colegio de Michoacán.
- Montaño, Ma. Cristina. 1984. *La tierra de Iztapalapa. Luchas sociales*. México. México: UAM-Iztapalapa (Cuadernos Universitarios 17).
- Ramírez Favela, Eduardo. 2009. "Incorporación de terrenos ejidales a los desarrollos inmobiliarios". Presentación en power point. Facultad de Arquitectura de la UNAM, División de Educación Continua, marzo-abril.
- Rébora, Alberto. 2000. "Políticas de suelo urbano en México: experiencias y perspectivas". En *Los pobres de la ciudad y la tierra*, coordinado por Alfonso Iracheta y Martim Smolka. México: El Colegio Mexiquense, Lincoln Institute of Land Policy.

- Rodríguez-Kuri, Ariel. 2011. *Historia del desasosiego. La revolución en la ciudad de México, 1911-1922*. México: El Colegio de México.
- Saavedra, Camilo. 2006. "Las expropiaciones federales de suelo urbano en México 1968–2004". Documento de Trabajo. Cambridge, MA.: Lincoln Institute of Land Policy.
- Salazar Cruz, Clara. En prensa. "Los ejidatarios: dueños del suelo social se apropian también de la regularización en la periferia urbana".
- Sánchez–Mejorada, Ma. Cristina. 2005. *Rezagos de la modernidad. Memorias de una ciudad presente*. México: Universidad Autónoma Metropolitana (Colección Cultura Universitaria/Serie Ensayo 83).
- Schteingart, Martha. 1989. *Los productores del espacio habitable. Estado, empresas y sociedad en la Ciudad de México*. México: El Colegio de México.
- UNAM. 2009. *Ciudad Universitaria. Crisol del México moderno*. México: UNAM, Banco de México, ICA, Fundación Miguel Alemán.
- Varley, Anne. 1985. "La zona urbana ejidal y la urbanización de la ciudad de México". *Revista A* (mayo-agosto). México: UAM-Azcapotzalco.
- Varley, 1989. "¿Propiedad de la revolución? Los ejidos en el crecimiento de la ciudad de México". *Revista Interamericana de Planificación*, vol. XXII, núms. 87 y 88 (julio-septiembre y octubre-diciembre).
- Varley, Anne. 1998 "The Political Uses of Illegality. Evidence from Urban Mexico". En *Illegal Cities. Law and Urban Change in Developing Countries*, coordinado con Edesio Fernandes. Londres: Zed Books, 1998
- Warman, Arturo. 1976. *...y venimos a contradecir. Los campesinos de Morelos y el estado nacional*. México: Ediciones de la Casa Chata.

Capítulo noveno
La propiedad que no se discute.
Jueces y expropiaciones en la ciudad de México

Antonio Azuela y Carlos Herrera

INTRODUCCIÓN

El papel de los jueces en las expropiaciones urbanísticas parece un tema jurídico como cualquier otro. Y sin embargo basta con evocar los conflictos que se suscitaron en torno al mismo en la primera década del siglo veintiuno mexicano para reconocer que no es nada trivial: uno de esos conflictos (“Atenco”) llevó al abandono del proyecto de infraestructura más importante del primer gobierno de la así llamada transición democrática; en otro (“Paraje San Juan”) la Suprema Corte estuvo muy cerca de violar el principio de cosa juzgada con tal de salir airosa de un grave cuestionamiento público sobre el desempeño de los jueces federales; otro más (“El Encino”) condujo al desafuero del jefe de gobierno de la ciudad de México. Cada uno de esos conflictos expresaba, a su manera, una crisis de la institución de la expropiación, o sea de la capacidad del estado para imponer una idea del interés público aún en contra de la voluntad del propietario de la tierra.

Además de la dimensión política que está siempre presente en la resistencia de los propietarios por las expropiaciones

(cuando éstas no les convienen),¹ en esos conflictos se suscitan interrogantes propiamente jurídicas que se refieren nada menos que al contenido del derecho de propiedad, en relación con las facultades del poder público para imponer un interés general por encima del de los propietarios: ¿cuáles son las condiciones que justifican la expropiación? ¿Cómo debe calcularse y en qué condiciones debe pagarse la indemnización? A esas interrogantes, digamos clásicas, se suman otras más específicas que surgen en procesos de urbanización como el que han experimentado las sociedades latinoamericanas desde mediados del siglo veinte: cuando la expropiación tiene como finalidad la regularización de la tenencia de la tierra en barrios formados al margen de la ley ¿tiene derecho a recibir una indemnización el propietario que toleró, propició y/o de algún modo se benefició de la ocupación de su tierra? Cuando se expropian viviendas ocupadas por sus propietarios ¿tienen éstos el derecho a un tratamiento distinto del de los propietarios que no usaban el bien expropiado para satisfacer una necesidad básica como es la vivienda? Cuando el precio de los terrenos se incrementa por el proyecto que motiva la indemnización ¿tiene el propietario el derecho a captar todo o parte de ese incremento? Cuando crece la inconformidad social en contra de algunas grandes infraestructuras, como presas y aeropuertos ¿debiera ello traducirse en una reconsideración de las causas de utilidad pública establecidas por la ley?

Como veremos en las páginas que siguen, algunas de estas cuestiones han sido tratadas por los jueces y otros operadores del derecho con un notable descuido, y otras ni siquiera han sido registradas, ya no se diga por la literatura jurídica especializada, sino por la práctica jurídica misma. A pesar de ello, la actividad judicial ha desempeñado un papel importante en la conformación del poder expropiatorio en el medio urbano.

¹ Como sabemos, desde los inicios de la sociología urbana (Halbwachs, 2008 [1928]) hay muchos casos en los que los propietarios son los más beneficiados por la expropiación.

El capítulo está dividido en dos partes. En la primera de ellas presentamos las estrategias que siguieron los jueces mexicanos, y en particular quienes han integrado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), frente a los conflictos derivados de expropiaciones en el contexto urbano a lo largo de la “era clásica” del régimen posrevolucionario mexicano. En la segunda nos referimos a las estrategias judiciales y otras condiciones jurídicas en el contexto de lo que, según nosotros, constituye una verdadera crisis del poder expropiatorio, la cual tiene sus manifestaciones más relevantes a partir de 2001 pero que tiene algunas de sus raíces en el periodo anterior.

Además de hacer un balance de dicho papel, nos interesa explorar el modo en que los jueces se han hecho cargo (o no) de los dilemas que traían consigo los conflictos sobre expropiaciones en el medio urbano, en particular en la ciudad de México. Esta exploración se vuelve particularmente importante ahora que circulan altas expectativas sobre el Poder Judicial. Y no nos referimos solamente a una expectativa social, más o menos difusa, sobre el papel de los jueces en la era posautoritaria. Nos referimos, sobre todo, a las corrientes del pensamiento jurídico que circulan en torno a la actividad de los jueces y que esperan de ellos el despliegue de argumentos particularmente rigurosos. En particular, lo que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo,² suele traer consigo la expectativa, si no es que la exigencia, de que el juez no sólo exhiba en sus decisiones las capacidades analíticas propias de la tradición positivista, sino que además sea capaz de formular soluciones en términos de valores sustantivos, que no son otros que los de los derechos fundamentales.

Esas exigencias son ya bastante complicadas tratándose de la expropiación en cualquier parte del mundo, ya que lo que

² No parece haber un consenso universal sobre “neoconstitucionalismo” (en inglés se usa para hacer notar el sesgo conservador de una nueva generación de constitucionalistas). En español parece lo contrario (véase Carbonell, 2003).

está en juego es uno de los derechos más polémicos, como es la propiedad. Pero en México el asunto es todavía más complicado, ya que en nuestra Constitución había (¿hay?) una tensión fundamental entre dos polos: uno “revolucionario”, que ponía en duda gran parte de la propiedad territorial al otorgar un derecho a la tierra a los “núcleos de población” que carecieran de ella, además de formular un ambicioso programa de nacionalización de ciertos recursos naturales considerados estratégicos; y otro “liberal”, al integrar en su texto las garantías usuales que protegen a los propietarios en cualquier régimen democrático, antes del “fin de la historia”, claro está. Esa tensión es (¿era?) visible incluso en el texto de la propia Constitución, pero existía sobre todo en la cultura jurídica. Es decir: mientras una parte nada despreciable de los operadores del derecho se movían en la lógica del polo revolucionario, otra parte seguía los cánones liberales, de acuerdo con los cuales las limitaciones que el estado puede imponer a los propietarios son excepcionales.

Como podrá apreciar el lector, nos cuesta trabajo establecer de manera inequívoca si las tensiones propias de la era posrevolucionaria siguen estando presentes en el constitucionalismo mexicano. Esta investigación pretende hacerse cargo de esta duda, mediante una exploración del modo en que los conflictos por expropiaciones son procesados en el mundo del derecho.

LA ERA CLÁSICA

Lo que podemos llamar la “era clásica” de la posrevolución, que para efectos de nuestro estudio va de finales de los años treinta a la primera mitad de la década de 1980, coincide con el largo proceso de crecimiento urbano de la capital mexicana,³ asunto

³ Al final de ese periodo, el crecimiento urbano ya no se daba en el Distrito Federal, sino en el vecino Estado de México.

que obviamente no estaba en el programa de la Revolución.⁴ Como vimos en el capítulo anterior, cuando el gobierno se propuso llevar a cabo expropiaciones por motivos relacionados con la urbanización, por lo general lo hizo exitosamente, aunque eso no haya ocurrido sin conflictos. Suele decirse que, durante ese periodo, el Poder Judicial estuvo sometido al Ejecutivo. Sin negar que hoy en día los jueces federales actúan con mucha mayor autonomía que entonces, lo cierto es que estuvieron lejos de desempeñar un papel meramente pasivo frente al poder expropiatorio del estado. Por un lado, pusieron algunos límites a las expropiaciones en sus aspectos sustantivos (la indemnización y la causa de utilidad pública), límites que seguramente no fueron irrelevantes, ya que llegaron a provocar, a finales de los años cincuenta, una reforma constitucional que restringió la capacidad de una de las salas de la Corte para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Por otro lado, desarrollaron dispositivos de carácter procedimental para hacer posible que muchas de las expropiaciones fuesen irreversibles, sin tener que justificarlas en términos sustantivos.

LA INDEMNIZACIÓN

A pesar de su innegable importancia, el tema de la indemnización no representó un dilema importante en los litigios sobre expropiaciones. Antes de la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1993), cuando se estableció como criterio para fijar la indemnización el valor comercial del bien expropiado, la indemnización se fijaba de acuerdo al “valor catastral”, es decir, el que determina la autoridad tribu-

⁴ Los temas fundamentales del texto constitucional de 1917 en materia de propiedad eran la reforma agraria y el control por parte del estado de ciertos recursos naturales estratégicos.

taria para calcular el impuesto predial.⁵ Huelga decir que, en un contexto de debilidad fiscal crónica, el valor catastral solía ser sustancialmente más bajo que el valor comercial. Por ello, una expropiación solía ser una calamidad para los propietarios afectados, claro está, cuando no habían tenido la “fortuna” de enterarse a tiempo de que se aproximaba una expropiación. El único aspecto en el que los propietarios obtuvieron una clara protección del Poder Judicial en materia de indemnización, fue el que se refiere al momento del pago de la misma. Desde 1919 la Corte sostuvo el criterio de que la indemnización debe cubrirse al momento de llevar a cabo la expropiación.⁶ Durante los siguientes 50 años, el poder judicial se resistió a aceptar la posibilidad de que la indemnización fuera pagada a plazos.

Los únicos casos en los que la Corte aceptaba que la indemnización no debía ser pagada al momento de la expropiación, eran aquellos en los que existía un “interés nacional”.⁷ El concepto

⁵ “[...] ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base”, según dispone (todavía hoy) la Fracción VI del artículo 27 constitucional. La reforma mencionada al criterio de indemnización se introdujo a la Ley de Expropiación (*vid infra*).

⁶ Expropiación. La expropiación se equipara a una venta forzosa y es ley natural y corriente, en los contratos de compraventa, que el precio y la cosa vendida se entreguen, recíprocamente, en el mismo acto; dependiendo del mutuo consentimiento de las partes contratantes, cualquiera modificación sobre este punto. *Quinta Época. Pleno. Registro No. 810381. Amparo administrativo en revisión. Luján Julio. 29 de abril de 1919.*

Expropiación. La que se hace sin mediar el requisito de la previa indemnización, fuera de los casos exceptuados por la Constitución, importa una violación de garantías. *Quinta Época. Pleno. Registro No. 810383. Amparo administrativo en revisión. Luján Julio. 29 de abril de 1919.*

⁷ Expropiación, indemnización en caso de. Con excepción única del caso en que se afecte el interés nacional y de que no esté en la posibilidad del gobierno hacer la indemnización inmediata, por tratarse de una expropiación que afecte al interés nacional, las expropiaciones deben hacerse mediante indemnización, esto es, que el pago se haga en el plazo indispensable para fijar el importe de esa indemnización y entregarla desde luego. Ahora bien, los Estados no tienen la facultad de imponer modalidades a la propiedad, porque

de interés nacional fue una invención de la Corte para justificar la validez de la expropiación petrolera (realizada en 1938) sin contradecir sus propias resoluciones. Esto ilustra el modo en que la presión generada por la aparición de una contradicción en el sistema jurídico puede ser utilizada para generar nuevos conceptos legales.⁸ Con esa nueva distinción ya no se podía decir que la Corte contradecía sus criterios anteriores, ya que no había identidad entre los casos.

Todavía en 1946 la Corte declaraba la inconstitucionalidad del artículo 20 de la Ley de Expropiación, con el argumento de que no ordenaba el pago de la indemnización al momento de la ocupación del predio expropiado.⁹ La corte sólo abandonó su postura en 1974 respecto del momento en el que debe cubrirse

de otra suerte, no estarían obligados a respetar a la Constitución Federal, y se establecería una situación anárquica, si algún Estado la interpreta de acuerdo con las actividades de su poder, sin respetarla. Por tanto, basta que en el decreto expropiatorio del gobernador de un Estado, no se ordene el pago inmediato, en los términos del artículo 27 constitucional, y que ni siquiera en la Ley de Expropiación respectiva se salve ese principio, dejando para el pago de la indemnización los excedentes que deje el presupuesto, si es que los deja, para que tal decreto se considere inconstitucional. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 330055. Amparo administrativo en revisión 641/39. Septiém de Urueta Guadalupe. 18 de agosto de 1939. Unanimidad de cinco votos.*

⁸ Este fenómeno es lo que Luhmann (1988) llama el uso creativo de las paradojas.

⁹ *Expropiación, Ley Federal de.* El artículo 20 de la Ley Federal de Expropiación es contrario al artículo 27 constitucional, porque no ordena el pago del valor del bien expropiado, a raíz de la fecha en que se priva de la posesión al propietario afectado, de acuerdo con la tesis de jurisprudencia de la Corte que dice: "Expropiación, indemnización en caso de.- Como la indemnización, en caso de expropiación, es, de acuerdo con el artículo 27 constitucional, una garantía para que ésta sea efectiva y aquélla llene su cometido, es necesario que sea pagada, si no en el momento preciso del acto posesorio, sí a raíz del mismo, y de una manera que permita al expropiado disfrutar de ella, por lo que la ley que fija un término o plazo para cubrir la indemnización, es violatoria de garantías". *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 321831. Amparo administrativo en revisión 2318/42. Rozada Mijares Pedro. 19 de septiembre de 1946.*

la indemnización.¹⁰ Es interesante ver el contraste con el caso anterior en el que la Corte, al enfrentarse a una posible contradicción crea nuevas distinciones y genera nuevos conceptos con lo cual contribuye al aumento de la complejidad en el sistema jurídico. Para darnos una idea de la importancia de que una tesis declarara expresamente que un artículo de la ley federal de expropiación era inconstitucional, basta con recordar que no fue sino hasta 2006 cuando se generó otra tesis que expresamente declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Expropiación.

En todo caso, por lo que respecta al monto de la indemnización los jueces federales siguieron el criterio del valor catastral (o sea el valor fiscal), establecido por la ley y por la propia Constitución y la actividad jurisprudencial no añade nada a lo que

¹⁰ *Expropiación, indemnización por causa de. Ley de expropiación de 23 de noviembre de 1936 (legislación del Distrito Federal)*. El artículo 27 de la Ley Fundamental del país dispone que las expropiaciones por causas de utilidad pública se realicen mediante indemnización, pero esto no quiere decir que esa indemnización deba cubrirse precisamente con antelación al acto de toma de posesión del bien expropiado, ya que la palabra “mediante” sólo puede significar que se condiciona la expropiación al pago del bien expropiado, o sea, que se hace a cambio de cierta cantidad que se cubra por esos bienes. Por tanto, ese pago no ha de entenderse indiscutiblemente como pago previo al acto posesorio, pues bien puede ser simultáneo o posterior a él; y aunque es verdad que la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia sostuvo en ciertas ocasiones el criterio de que la ley que fijara un término o plazo para cubrir esa indemnización debía ser considerada violatoria de garantías, ello se debió a que el ordenamiento objeto de su examen prevenía que la indemnización por expropiación debía hacerse en un periodo no menor de veinte años, situación que difiere por completo de la que contempla la ley de 23 de noviembre de 1936, por lo cual no es de seguirse aplicando tal criterio, debido a que este ordenamiento, en el artículo 20, no fija un plazo para cubrir la indemnización correspondiente a la expropiación, sino que sólo establece un límite del que no debe pasarse sin hacer el aludido pago, lo cual antes que perjudicar al afectado con la expropiación, más bien lo beneficia, y aunque deja a la autoridad expropiante la facultad de fijar la forma de hacer ese pago, tal circunstancia no obliga a este Tribunal Pleno a seguir sosteniendo aquel criterio. *Séptima Época. Pleno. Registro No. 233133. Amparo en revisión 573/55. Mara Galván viuda de Alcántara y coagraviados.*

dispone la ley. La primera tesis que encontramos sobre este tema es de 1929 y sólo hace referencia a que se debe calcular el valor de lo expropiado con base en el valor fiscal y a que los aumentos de valor deberán estar sujetos a dictamen de perito, con lo que no hace más que repetir el texto de la Constitución.

La siguiente tesis relevante en materia de indemnización aparece en 1940.¹¹ En ella, la Corte establecía por primera vez que la Constitución no prohíbe fijar la indemnización para una expropiación mediante convenios entre el estado y los particulares, que favorezcan a estos últimos. Así, la Corte resolvía que el valor catastral previsto en la Constitución es un mínimo y que la interpretación de esta disposición constitucional debe hacerse a favor del gobernado. Eso de alguna manera prefiguraba la fórmula actual para calcular la indemnización. A pesar de que la Ley de Expropiación fue modificada en 1993 para establecer el valor comercial como base para determinar las indemnizaciones, el texto de la Constitución no se ha modificado y aún establece que las indemnizaciones se deben pagar a valor fiscal. Con esa interpretación no habría una contradicción entre la Constitución y la Ley de Expropiación, ya que el valor fiscal se entiende como un mínimo. Existen algunas tesis en las que esta interpretación se mantiene. Sin embargo, el impacto real de esa interpretación fue limitado. Como ya hemos mencionado el valor fiscal era por lo general sustancialmente más bajo que el valor comercial, por lo que este criterio daba al

¹¹ *Expropiación, base para la indemnización en caso de*. La Constitución Política señala los requisitos indispensables para efectuar la expropiación, entre ellos, el relativo a la manera de fijar la base sobre la cual ha de determinarse el monto de la indemnización que debe percibir el expropiado; pero al fijar esa base no prohíbe que la misma se determine mediante convenios celebrados entre el Estado y los particulares o por procedimientos judiciales que vengan a favorecer o a crear recursos en provecho de los expropiados. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 329632. Amparos administrativos acumulados en revisión 4688/39. Noriega Esperanza G., y Félix, Josefa y Amparo. 29 de marzo de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando López Cárdenas. Relator: José María Truchuelo.*

gobierno un margen discrecional en cuanto al monto de la indemnización, ya que podía establecer el pago de una cantidad mayor a través de un convenio.

Acaso sea en el tema de la indemnización donde resulta más pertinente la observación de Martín Díaz y Díaz en el sentido de que la expropiación urbanística en México es un “proceso sin teoría”. Hasta nuestros días, ni los jueces ni los juristas sienten que habría que reflexionar demasiado sobre el tema (Díaz y Díaz, 1988).¹² Caso recientes como el de Paraje de San Juan o Ramos Millán, que analizaremos más adelante, han vuelto a poner de manifiesto las consecuencias que puede tener adoptar uno u otro método para calcular la indemnización.

LAS CAUSAS DE UTILIDAD PÚBLICA

En el tema de las causas de utilidad pública que se invocan para justificar las expropiaciones, el Poder Judicial fue mucho más activo. A pesar de la creencia corriente según la cual, en la era posrevolucionaria, los jueces estaban simple y llanamente sometidos a los designios del Poder Ejecutivo, lo cierto es que, a menos de que se tratara de algún proyecto de alta prioridad para este último, ellos otorgaban su protección a los propietarios afectados cuando, a su juicio, no se demostraba con suficiente claridad la pertinencia de la causa de utilidad pública invocada, o no quedaba claro por qué el bien expropiado (ése y no otro) era el que se requería para satisfacerla. Si se compara el caso mexicano con el de otros cubiertos en este libro, se verá que en ellos los jueces no suelen poner en duda la validez de las causas invocadas por los gobiernos para expropiar. Hasta la fecha, muchas expropiaciones son declaradas inválidas en el juicio de amparo porque el juez o el tribunal consideran que la causa

¹² El que la Suprema Corte haya convocado a un grupo de peritos para el caso de “El Encino”, a finales de 2010, podría ser un cambio de rumbo en este sentido o simplemente una excepción, el tiempo lo dirá.

de utilidad pública no ha quedado suficientemente “acreditada”. En la década de 1970, llegó a presentarse un caso en el que se impidió la realización de un aeropuerto porque, según el juez, tal obra no era necesaria en el lugar donde se estaba expropiando.¹³ A pesar de que, como dice la constitucionalista estadounidense Vicky Benn, “los jueces no suelen ser buenos planificadores” (Benn, 2009), los jueces mexicanos de la era posrevolucionaria no parecen haber tenido una idea clara de la deferencia judicial, al menos cuando las condiciones eran propicias para contradecir al Poder Ejecutivo.

Y no era solamente que en ocasiones los jueces estaban dispuestos a echar abajo expropiaciones que según ellos no habían sido adecuadamente justificadas. Además, la Corte llegó a hacer un severo escrutinio de las causas de utilidad pública en el medio urbano, por lo que su jurisprudencia tuvo un efecto

¹³ *Expropiación por causa de utilidad pública*. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la expropiación de bienes particulares sólo procede en los términos del artículo 27 constitucional, cuando existe una causa de utilidad pública y mediante indemnización, y ha dicho asimismo que, para que la primera (la utilidad pública) quede demostrada, no es suficiente la sola afirmación de la autoridad, sino que es indispensable que se aduzcan o rindan pruebas para justificarla (ejecutoria que aparece publicada en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXIV, página 840, Corona Cortés Leopoldo; pero sostienen el mismo criterio las publicadas en el mismo Semanario, también Quinta Época, Tomos XI, página 685, Blanco y Pastor Concepción y coagraviadas, XXVIII, página 2110, Celis Aurelio, y XXIX, página 1592). Como en el caso sólo existe la afirmación de las responsables, en el decreto expropiatorio, de que es de utilidad pública la construcción del aeropuerto de Manzanillo, pero sin justificarla con datos objetivos y ciertos, resulta que, como correctamente lo apreció el juez de Distrito, el decreto expropiatorio reclamado es violatorio del artículo 27 constitucional y, por ello, procede confirmar la sentencia que se revisa en la parte en que fue recurrida; tanto más que los quejosos ofrecieron pruebas pericial y de inspección ocular para acreditar tanto que el actual aeropuerto que existe en Manzanillo es suficiente para la prestación de los servicios, como que el nuevo aeropuerto pretende construirse en un lugar que no es el idóneo atendiendo a las condiciones atmosféricas. *Séptima Época. Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Registro No. 255335. Amparo en revisión 32/74.*

importante en los procesos de urbanización al fortalecer unas veces y debilitar otras el poder expropiatorio del estado. Veamos dos ejemplos de ello, el de las operaciones urbanísticas y el más interesante aún de la creación de barrios para familias de escasos recursos.

Para principios de los años cuarenta, la necesidad de intervenir en el tejido urbano existente, ya fuera para mejorar un área o para abrir nuevas vialidades, era parte del programa de gobierno de la capital. Aparentemente, los jueces federales nunca objetaron la constitucionalidad de las causas de utilidad pública respectivas. Solamente dudaron sobre la procedencia de la suspensión provisional en los amparos que interponían los propietarios.¹⁴ Y cuando se trataba de abrir nuevas avenidas, no

¹⁴ Hay una tesis de 1940 que dice que contra la expropiación que tiene como finalidad la planeación de ciudades no procede la suspensión. Véase *Expropiación*. La llevada a cabo para la planificación de las ciudades, no puede ser suspendida, porque se quebrantaría lo dispuesto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo. *Quinta Época. Primera Sala. Registro No. 308455 Amparo administrativo. Revisión del incidente de suspensión 7099/40. A. viuda de Galnares Josefina. 29 de septiembre de 1942. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.* Sin embargo, luego vienen dos tesis de 1941 que se derivan de unas expropiaciones para el embellecimiento y saneamiento de la Colonia Buenos Aires, en las que la Corte decide que sí procede la suspensión. *Expropiación de terrenos, procedencia de la suspensión contra la. Higienizar una ciudad y embellecerla, indiscutiblemente es asunto de utilidad pública, pero de esto no se infiere que para sanearla y embellecerla, haya necesidad de expropiar a todos los dueños de terrenos y de casas; porque razonando así se llegaría al absurdo, ya que el embellecimiento como el servicio de sanidad, deben concretarse a los lugares en que sea necesario realizar esos propósitos, perfectamente determinados, de acuerdo con un plan y estudio resueltos por técnicos, a quienes a través del dictamen que emitan, pondrán de manifiesto las razones de conveniencia o necesidad que haya para llevar a cabo ciertos trabajos; pues de lo contrario, se dudaría de la bondad del fin expropiatorio, y en tal situación, lo prudente y jurídico es detener la ejecución del decreto o acuerdo que tal cosa ordena, mientras se falla el amparo en lo principal del asunto, sin que esto quiera significar que se afecte el interés general o que se contravengan disposiciones de orden público, porque está fuera de duda que el interés general radica y obra en razón directa del beneficio*

dudaron en resolver a favor del estado. Ese fue el caso del cruce-ro de las dos avenidas más importantes de la ciudad, Insurgentes y Reforma, que fue objeto de una de las iniciativas urbanísticas más ambiciosas de la década de 1940.¹⁵ Aunque el proyecto finalmente no se realizó, la expropiación de los terrenos para llevarlo a cabo suscitó un conflicto que llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ahí se impuso un criterio jurisprudencial que ponía al proyecto urbano por encima de los derechos de los propietarios: tratándose de expropiaciones para proyectos viales la urgencia es tal que no procede el otorgamiento de la suspensión provisional en el juicio de amparo. Es decir, si en otras expropiaciones el juez podía ordenar a la administración la suspensión del procedimiento mientras no se resolviese el fondo del asunto, tratándose de vialidades el interés público era considerado tan importante, que no era aconsejable otorgar la suspensión provisional (Sánchez-Mejorada, 2005: 312).

De todas las causas de utilidad pública que se esgrimieron para realizar expropiaciones urbanísticas, sólo hay una que encontró una oposición sistemática por parte de los jueces federales. Nos referimos a las expropiaciones en las periferias urbanas para entregar terrenos a familias pobres. En la misma ciudad de México, durante la primera mitad de los años cuarenta, el gobierno

que la colectividad reciba a través de un acuerdo o decreto expropiatorio; pero cuando no es patente, sino que por el contrario, existe duda fundada, como sucede en el caso, al establecerse en forma vaga, como base para expropiar toda una colonia, que es indispensable sanearla y embellecerla, cuando bastaría para llenar estos fines con expropiar no la totalidad, sino la parte necesaria, *es claro que procede la suspensión, mientras se decidan sobre la legalidad del decreto de expropiación relativo, suspensión que debe concederse sin requisito alguno. Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 326495. Amparo administrativo. Revisión del incidente de suspensión 7861/41- Allard Juan José y coag. 17 de abril de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José M. Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.*

¹⁵ El proyecto estaba a cargo nada menos que del arquitecto Mario Pani, quien desde entonces y por casi dos décadas fungió como el “Le Corbusier mexicano”.

llevó a cabo más de 100 expropiaciones de terrenos con ese objeto.¹⁶ Obviamente, hoy en día se diría que se trataba de un manejo “clientelar y populista” de las necesidades de vivienda, típico del corporativismo propio del régimen de partido único. Pero también es cierto que la idea era perfectamente consonante con el espíritu justiciero de la Revolución mexicana. Si en el mundo rural se expropiaban los latifundios para distribuirlos entre los campesinos, ¿por qué no hacer lo mismo en la periferia urbana para los sectores populares por entonces emergentes?¹⁷

Da la impresión de que eso era demasiado para el conservadurismo de los jueces mexicanos. Si ellos tenían que tolerar el reparto agrario, porque estaba previsto en la Constitución y era respaldado por un sector relevante de la opinión pública, en cambio sí podían oponerse a una política justiciera en el ámbito urbano. Si en el tema de las indemnizaciones la Corte había aplicado la Ley de Expropiación, e incluso había llegado a fortalecer al poder expropiatorio tratándose de las obras viales, como acabamos de decir, la idea de expropiar terrenos para dárselos a los pobres pareció resultarle demasiado atrevida, incluso si podía encajar dentro de las causas de utilidad pública previstas en la ley.

La postura de la Corte respecto del tema de las colonias para trabajadores en la ciudad de México está ligada a su postura, más general, sobre las expropiaciones para urbanización o para la construcción de casas. Desde 1934 había tenido que decidir en un caso en el que el gobernador de Puebla había expropiado unos terrenos en la capital del estado para que una sociedad cooperativa construyera una colonia urbana. Originalmente el juez de distrito había concedido el amparo

¹⁶ Para una primera aproximación de ese proceso, véase Azuela y Cruz, 1989; un análisis más profundo se puede encontrar en Sánchez-Mejorada, 2005.

¹⁷ Para una reflexión más general sobre la relación entre la ciudad de México y la Revolución mexicana, véase Rodríguez Kuri, 2010 y San Juan, 2006.

a los propietarios al considerar que no se había demostrado la necesidad de construir más vivienda, además de que, según él, las expropiaciones no se podían hacer en favor de particulares. Sin embargo, la Corte decidió revocar la decisión mediante el argumento de que los estados tienen libertad para determinar las causas de utilidad pública, y que en este caso, al expropiarse para crear una colonia urbana, se beneficiaba a todo el municipio de Puebla¹⁸ que, por cierto, es el mismo argumento que setenta años después usó la Suprema Corte de Estados Unidos en el célebre caso *Kelo vs. New London* (2005). Ese criterio se mantuvo en otros casos donde los propietarios afectados impugnaron las expropiaciones ordenadas por el gobierno de Veracruz para urbanizar y crear colonias de trabajadores.¹⁹

Sin embargo, esa interpretación duró poco, ya que en 1937 la Corte cambió su criterio y declaró la invalidez de una expropiación ordenada por el gobierno de Veracruz²⁰ para crear colonias de trabajadores, aunque es interesante observar cómo lo disimuló en la tesis derivada de este caso.²¹ En esa tesis la

¹⁸ AR 211/1932. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

¹⁹ AR 1353/1935. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 10584/1932. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 3988/1935. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 3683/1935 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

²⁰ AR 48/1936 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

²¹ La tesis es la siguiente: *Expropiación en Veracruz (Ley número 323)*. La Suprema Corte ha adoptado, en materia de expropiación, el criterio consistente, sustancialmente, en que la nueva concepción jurídica de la propiedad permite que la expropiación pueda llevarse a cabo, no solamente por el antiguo concepto restringido de utilidad pública, sino, además, por razones de interés social o de interés nacional. Ahora bien, es evidente que el fraccionamiento urbano para la construcción de casas para obreros, que la ley 323 del Estado de Veracruz considera como causa de utilidad pública, se

Corte confirma que la expropiación para crear colonias de trabajadores es válida, sin embargo, en la misma sentencia, la Corte señala que en el caso que tiene ante sí el decreto no ha comprobado la existencia de la causa de utilidad pública que la autoridad alegaba. Ahí se puede observar un cambio en el criterio de la Corte, incluso en las tesis. Las nuevas tesis establecen que sólo se puede expropiar para urbanizar en áreas que no se encuentren dentro de zonas urbanas y a partir de ahí la Corte decide de forma consistente en contra del gobierno.²² En el caso de Veracruz, la Corte había reconocido la validez de las expropiaciones para crear colonias de trabajadores; ahora la Corte estaba limitando explícitamente el uso de la expropiación con estos fines a partir de una distinción entre lo que se encuentra fuera y lo que se encuentra dentro de las ciudades.²³

funda en razones de interés social, porque el beneficio de la expropiación no lo reciben únicamente los solicitantes, sino que también alcanza a los habitantes de la población en general, porque ésta se embellece y se ensancha; favorece el aumento de los negocios y libra a la clase obrera de las condiciones difíciles en que se encuentra, cuando carece de hogar propio, lográndose así un verdadero beneficio social.

²² AR 4106/1938. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 8044/1936. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 14651/1932. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 3778/1939. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 4752/1939. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 40/1940. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

AR 730/1942. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

²³ *Expropiación (Legislación de Veracruz)*. Como el artículo 2o., fracción III, de la Ley de Expropiación de Veracruz señala como causa de utilidad pública el fraccionamiento urbano y construcción en el mismo de casas para obreros, es indudable que, de acuerdo con esta disposición, sólo se pueden expropiar terrenos no urbanizados, y no los que se encuentran situados dentro del

En otro caso, el gobierno del estado de Coahuila expropió un terreno en el que aparentemente había asentamientos irregulares. Por lo que se puede leer en la sentencia, la expropiación se hizo para otorgar títulos de propiedad a los ocupantes. Estos últimos serían los responsables de pagar la indemnización y la expropiación seguiría en líneas generales los requerimientos establecidos en las expropiaciones con fines de regularización. Sin embargo, la Corte consideró que ese era un conflicto entre particulares y que la expropiación no podía ser utilizada para resolver ese tipo de conflictos, por lo que declaró la invalidez del decreto expropiatorio,²⁴ sin sospechar que, décadas después, la regularización se convertiría en un mecanismo generalizado que justificaría la expropiación sin que nadie cuestionara su fundamento. Como lo demuestran otros capítulos del presente

perímetro de las ciudades, pues precisamente el legislador pretendió autorizar la expropiación de aquellos terrenos colindantes con las poblaciones, para su debida urbanización y construcción en los mismos, de casas para obreros, pero no inmuebles ya urbanizados y que, por lo mismo, están incluidos dentro del plano de la ciudades y poblaciones, razón por la que la expropiación de los lotes ya urbanizados, comprendidos dentro del perímetro del Puerto de Veracruz, es violatoria de garantías. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 329602. Amparo administrativo en revisión 4752/39. Pedroza Valeriano Blandino de la. 13 de marzo de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Abenamar Eboli Paniagua.*

²⁴ *Expropiación para urbanizar en el estado de Coahuila.* La fracción IV del artículo 2o. de la Ley de Expropiación para el Estado de Coahuila, que establece que es causa de utilidad pública en la expropiación “la urbanización apropiada, conforme al plano que se apruebe en cada caso, en aquellos terrenos en donde se hayan construido casas u otros edificios, por personas que no son dueñas de los mismos terrenos, aunque éstos se encuentren dentro de la zona urbanizada de las poblaciones”, es violatoria del artículo 27 constitucional, pues en esa disposición se pretende resolver los conflictos que puedan presentarse entre los dueños de los terrenos y los propietarios de las construcciones, lo cual constituye un punto exclusivamente de derecho privado. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 329170. Amparo administrativo en revisión 40/40. Peña Mauro de la, Jr. y coagraviadas. 7 de mayo de 1940. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Fernando López Cárdenas, no intervino en la resolución de este asunto por las razones que constan en el acta del día. Relator: Agustín Gómez Campos.*

libro, los gobiernos han utilizado la expropiación en asentamientos populares precisamente con el objeto de mediar en conflictos entre “particulares”, los dueños originales de la tierra y sus ocupantes actuales.

El asunto culmina con las tesis en las que la Corte se refiere a las expropiaciones para la creación de colonias de trabajadores llevadas a cabo por el gobierno federal en la ciudad de México. En 1945 la Corte resolvió un caso en el que el Departamento del Distrito Federal expropió unos terrenos en Azcapotzalco para ese fin.²⁵ El gobierno federal fundamentó su expropiación en la fracción III de la Ley de Expropiación, según la cual es causa de utilidad pública

El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.

En ese caso, la Corte consideró que la fracción transcrita no autoriza expresamente las expropiaciones para la construcción de colonias de trabajadores y mantuvo este criterio al resolver un nuevo caso en 1951,²⁶ en la delegación Gustavo A. Madero de la misma ciudad de México.

Es interesante hacer notar que el gobierno pudo haber recurrido a un fundamento distinto para configurar la causa de utilidad pública de tales expropiaciones. Nos referimos a la fracción VIII del artículo primero de la Ley de Expropiación, que declara de utilidad pública “la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o

²⁵ AR 10040/1944. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

²⁶ AR 1064/1950. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

de una clase en particular”. Acaso le pareció demasiado fuerte a la autoridad expropiante recurrir a ese lenguaje para dar terrenos a los pobres.²⁷

El tema llegó a convertirse en un debate público, ya que en diversos diarios se discutía la pertinencia de ese tipo de expropiaciones (Sánchez-Mejorada, 2005: 234). A pesar de que la Corte nunca modificó expresamente su criterio, la literatura jurídica no lo consideró un tema del que valiera la pena ocuparse: solo se ocupó de él uno de los juristas que eran abiertamente contrarios al lado “revolucionario” de la Constitución. En su libro *La propiedad y la expropiación*, cuyo propósito era poner en duda la legitimidad de la expropiación petrolera, Germán Fernández del Castillo sostenía que no se justificaban las expropiaciones que respondían a “[...] la necesidad de los trabajadores de tener habitaciones cómodas e higiénicas”.²⁸ Aún más revelador es el silencio de los juristas asociados al *establishment* jurídico, es decir, los que o bien aceptaban de buena gana la retórica revolucionaria del régimen o no se atrevían a desafiarla abiertamente. Ellos nunca se pronunciaron en torno a la jurisprudencia que declaró inconstitucionales a este tipo de expropiaciones, a pesar de su carácter abiertamente antipopular.²⁹ Es como si el proceso de urbanización, que ocurría ante la mirada de todos como una de las transformaciones más profundas que experimentaba la sociedad mexicana, hubiese sido completamente invisible en el mundo de los juristas.

²⁷ También está la fracción XI, que se refiere a “La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida”, y que de hecho fue invocada en varios decretos. Queda por averiguar cómo juzgó la Corte el asunto.

²⁸ Fernández del Castillo, 1987 [1939] páginas 81 y 122.

²⁹ En particular, los manuales de derecho administrativo de Gabino Fraga y de Andrés Serra Rojas, sin duda los más leídos en esa época, incluían un amplio tratamiento del tema de la expropiación, pero no se ocuparon de la causa de utilidad pública a la que nos referimos aquí.

ESTRATEGIAS PROCEDIMENTALES

Hasta aquí nos hemos referido al modo en que la Corte lidió con los conflictos por expropiaciones en los aspectos sustantivos de las mismas: cuánto y cuándo debe pagarse como indemnización y cuáles son las causas de utilidad pública que la justifican. En ninguno de esos temas la intervención de Corte hizo una aportación relevante para definir el contenido jurídico de la propiedad o de los límites del poder expropiatorio, salvo, significativamente, en el tema que tenía que ver con los sectores populares urbanos. Mucho más importantes resultaron, en cambio, las estrategias de carácter procedimental a las que recurrió la Corte para lograr algo más difícil: hacer posibles las expropiaciones emprendidas por el presidente de la república sin aceptar explícitamente la debilidad de los derechos de propiedad en el régimen constitucional mexicano. Para ello la Corte siguió dos estrategias: primero, sostener que en materia de expropiaciones no es preciso respetar la garantía de audiencia de la que gozan los gobernados frente a cualquier acto de autoridad y, segundo, cuando por fin dictaba sentencia en contra del acto expropiatorio, quedarse con los brazos cruzados si el gobierno no la había acatado.

La garantía de audiencia previa equivale, en el derecho mexicano, a una condición de debido proceso de los actos de la autoridad. Se trata del derecho que tienen los gobernados a ser escuchados por la autoridad antes de que esta emita un acto que los perjudica. La Suprema Corte había establecido desde 1929 que la garantía de audiencia previa no aplicaba al procedimiento expropiatorio porque no estaba prevista en la Constitución.³⁰ Ese criterio, que sólo se abandonó 75 años después, fue uno de

³⁰ *Expropiación*. No hay violación de garantías, porque la expropiación se haga sin oír antes al expropiado, pues el artículo 27 constitucional no establece tal requisito. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 338658. Amparo administrativo en revisión 3517/21. Curbelo Julio F. 9 de abril de 1929. Mayoría de tres votos. Disidentes: Jesús Guzmán Vaca y Daniel V. Valencia.*

los que menos cambios sufrió a lo largo de la historia de la Corte. Todavía en 1997 la Corte volvió a confirmarlo con el argumento de que el artículo 27 constitucional establece garantías sociales que están por encima de los derechos individuales,³¹ ¿sería esa, por cierto, la última expresión judicial del régimen posrevolucionario? Esa tesis fue abandonada en 2005 en lo que fue uno de los cambios de parecer más sorprendentes, ya que tres ministros, sin mayores argumentos, cambiaron el sentido de su voto y consideraron que ciertas disposiciones de la Ley de Expropiación eran inconstitucionales en la medida en que no respetaban la garantía de audiencia previa.

Hay que resaltar que el criterio había sido adoptado por una mayoría de un solo voto, lo que indica que desde entonces este era un tema polémico dentro del sistema legal. A lo largo de ese periodo la propia Corte estableció dos límites a su propia tesis. En primer lugar sostuvo que en aquellos casos en que la legislación otorgaba la garantía de audiencia previa, ésta debía respetarse.³² El otro límite consiste en que, a pesar de que no

³¹ *Expropiación, la garantía de previa audiencia no rige en materia de.* En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia Carta Magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo ampara garantías sociales que, por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia Ley Fundamental. *Novena Época. Pleno. Registro No. 198404.*

³² *Expropiación, garantía de previa audiencia en materia de.* Si bien el artículo 27 constitucional no establece la garantía de previa audiencia en materia de expropiación, si las leyes ordinarias conceden ese derecho a los afectados, su lesión por las autoridades respectivas implica la violación del artículo 14 constitucional. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 328836. Amparo administrativo en revisión 7450/39. Jácome Ángel Luis. 12 de julio de 1940. Unanimidad de cinco votos. Relator: Agustín Gómez Campos.*

Expropiación, participación del afectado en el procedimiento de. Cuando se ha reclamado la inconstitucionalidad de algunas leyes de expropiación, porque

existía garantía de audiencia previa, era necesario establecer una garantía de audiencia posterior.³³ La Corte reconocía que

no ordenan que en el procedimiento que se siga al efecto se oiga al afectado, se ha resuelto que no estableciendo la Constitución Federal el requisito de previa audiencia; para que se expropie la propiedad particular, las leyes ordinarias que no concedan este requisito no son inconstitucionales. Ahora bien, esta tesis no tiene aplicación cuando ordenan las leyes respectivas que dentro del procedimiento expropiatorio se dé oportunidad al afectado, para que presente pruebas y alegatos en su defensa, pues en este caso, las autoridades administrativas están obligadas a seguir el procedimiento que les fijen esas leyes y si no citan al propietario de las tierras a que se refiere el expediente, vulneran el artículo 14 constitucional, en la parte que consagra la garantía individual de que nadie podrá ser privado de sus propiedades, sino cumpliéndose las formalidades esenciales del procedimiento. *Quinta Época. Segunda Sala. Registro No. 327635. Amparo administrativo en revisión 6895/40. Velasco Ricardo de. 30 de octubre de 1941. Unanimidad de cinco votos. Relator: Franco Carreño.*

Agrario. Expropiación de bienes ejidales o comunales. Garantía de audiencia. Cuando el legislador ordinario establece la garantía de audiencia previa a la expropiación, como lo hizo en el artículo 344 de la Ley Federal de Reforma Agraria, tal requisito constituye una norma esencial del procedimiento y su inobservancia se traduce en violación al artículo 14 de la Constitución Federal. *Séptima Época. Segunda Sala. Registro No. 237654. Amparo en revisión 5330/80. Comunidad agraria de Santa Ana Tepetitlán, Municipio de Zapopan, Estado de Jalisco. 26 de noviembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Iñárritu. Secretario: José Javier Aguilar Domínguez.*

³³ *Expropiación, garantía de audiencia en materia de. No debe suprimirse en su totalidad (Ley de expropiación del estado de Michoacán de 15 de marzo de 1964).* Las tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación al artículo 27 de la Constitución, afirman que si dicho precepto “no contempla la garantía de audiencia en materia de expropiación”, las leyes de los Estados no tienen por qué otorgarla; sin embargo, de la tesis número 46 que aparece publicada en la página 112 del Volumen del Pleno de la jurisprudencia publicada por el Semanario Judicial del año de 1975, se desprende que lo que no existe en materia de expropiación es la garantía de previa audiencia, pero no el que la audiencia sea suprimida en su totalidad dejando en completo estado de indefensión a los afectados con un decreto expropiatorio que consideran ilegal, sin que éstos puedan hacer valer sus derechos en alguna forma; y tan es esto así, que aun la Ley Federal de Expropiación, expedida en el año de 1936, ya contenía dicha garantía de audiencia, pero posterior a la declaratoria de expropiación, con lo que cumple con el requisito del debido proceso legal dicha ley en su artículo

las leyes que no respetaran la garantía de audiencia podían ser declaradas inconstitucionales. A partir de estas decisiones se fue desarrollando un concepto más amplio de garantía de audiencia, que ahora podría ser previa o posterior. Ello permitió reconocer que en el caso de la expropiación era válido que la audiencia fuera posterior al acto reclamado. Con todo, esa tesis hizo posible que muchas expropiaciones fuesen irreversibles, y que la solución del fondo del problema se aplazara.

La segunda estrategia, más simple y a la vez más tortuosa, consistía en que cuando se otorgaba el amparo a los propietarios afectados pero (gracias a la tesis que acabamos de analizar) había pasado tanto tiempo que la obra respectiva ya estaba hecha, la Corte “no podía hacer nada”. Lo que el Poder Ejecutivo habría tenido que hacer para cumplir con la sentencia era muy difícil o altamente improbable: destruir una obra de infraestructura o desalojar los nuevos ocupantes de la tierra, que habían llegado ahí precisamente con la ayuda del propio gobierno. Pues bien, frente a las protestas de los propietarios que habían ganado un juicio, los jueces simplemente se encogían de hombros: la

5o. Sin embargo, de la lectura de la Ley de Expropiación de Michoacán, de 15 de marzo de 1964, se ve que todo el procedimiento de expropiación es seguido unilateralmente por las autoridades y no dándose intervención a los afectados, sino únicamente en el caso de que no estén conformes con la fijación del precio de la indemnización fijada por el Ejecutivo del Estado, como se ve por la forma en que está redactado el artículo 15 de la multitudinaria ley de expropiación Siendo la única intervención que se da a los afectados con una expropiación, el que recurran el valor de la indemnización, en caso de inconformidad, la Ley de Expropiación del Estado de Michoacán no contiene la garantía de audiencia que debe contener toda ley, aunque ésta sea posterior a la afectación y no previa como se da en materia civil o penal, pues en materia administrativa, como es la expropiación, y como son las leyes fiscales, la garantía no es previa, sino posterior, pero de ninguna manera puede suprimirse totalmente la misma, por lo que procede declarar inconstitucional dicha ley. *Séptima Época. Pleno. Registro No. 232748. Amparo en revisión 4473/75. Sofía Sandoval Torres y coagraviados. 28 de junio de 1977. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Francisco M. Ramírez.*

ejecución de la sentencia no era responsabilidad suya. Como veremos más adelante, esto cambió en 1994, cuando una reforma constitucional estableció la posibilidad de dar a la sentencia de amparo un “cumplimiento sustituto”, cosa que la propia Corte pudo haber autorizado, usando la misma creatividad e inventiva que desplegó en tantos otros casos.

Todo lo anterior significa que, en la fase “clásica” del periodo posrevolucionario, la SCJN estuvo lejos de ser un actor pasivo frente a las políticas expropiatorias del Poder Ejecutivo. Por un lado, en muchas ocasiones, resolvió en favor de los propietarios:³⁴ no solamente invalidó la Ley de Expropiación respecto de la posibilidad de pagar a plazos la indemnización, sino que llegó a interpretar en forma restrictiva las causas de utilidad pública previstas en la ley, declarando inconstitucionales las expropiaciones para la creación de colonias proletarias, e impidiendo de ese modo que la política de distribución de tierras que era el corazón del reparto agrario se trasladara al medio urbano. Pero al mismo tiempo desplegó una serie de estrategias que hicieron posible que muchas expropiaciones fuesen irreversibles: estrategias que, en muchos casos, eran contrarias a principios propios de un estado liberal, como el de debido proceso. Todo eso sin desarrollar una argumentación en torno a los límites del derecho de propiedad o de la potestad expropiatoria del estado.³⁵ Ni la teoría de la “función social de la propiedad”, que según muchos está en el “espíritu” de la Constitución de 1917, ni siquiera la tesis de la “propiedad originaria”, que está

³⁴ Según Cristina Sánchez-Mejorada, tratándose de expropiaciones para crear o regularizar barrios populares, se otorgaban la tercera parte de los amparos a los quejosos (Sánchez-Mejorada, 2005).

³⁵ Es interesante comparar el nivel de argumentación en este caso con el que encontramos en el caso de la expropiación petrolera en la entonces Segunda Sala, la cual cita decisiones de la Corte Estadounidense, así como a la legislación alemana en materia expropiatoria. Véase AR 2902/39. *Compañía Mexicana de Petróleo “El Aguila”, S.A. y coagraviados*. 2 de diciembre de 1939 (que hasta jurisprudencia estadounidense citaban) surgidas a partir de la expropiación de la industria petrolera.

en la letra misma de su texto,³⁶ fueron referencias importantes para los jueces mexicanos en los conflictos por expropiaciones. En otras palabras, la SCJN participó activamente en la gestación del “ogro filantrópico” pero sin renunciar de manera abierta a su propia concepción liberal de la propiedad privada.

Y la historia no termina ahí. La beligerancia de la Corte tuvo que haber sido algo más que una molestia ocasional para el Poder Ejecutivo. Hasta 1958, había sido su segunda sala la que había declarado inconstitucional un artículo de la Ley de Expropiación y había producido varias tesis que limitaban al poder expropiatorio. En lo que parece una respuesta del Ejecutivo, se produjo nada menos que una reforma constitucional, que por cierto sólo fue registrada por autores estadounidenses,³⁷ que impedía a las salas de la Corte declarar la inconstitucionalidad de leyes, dejando esa atribución para el pleno de la Corte. Esto podría explicar por qué, durante los siguientes 50 años, no hubo más tesis que declararan la inconstitucionalidad de una ley federal. No fue sino hasta la reforma de 1994 que el Poder Judicial volvió a limitar al poder expropiatorio de una forma más abierta lo que parece ser una indicación de que si bien el Poder Ejecutivo pudo impedir que la Suprema Corte restringiese su poder expropiatorio, para lograrlo tuvo que recurrir nada menos que a una reforma constitucional.

LA CRISIS DEL MODELO

Las manifestaciones más ostensibles de la crisis del poder expropiatorio propio de la era posrevolucionaria se hicieron sentir

³⁶ No está por demás recordar que, según el primer párrafo del artículo 27, “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene y el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada”.

³⁷ Véase Baker (1971: 73) y Staton (2010: 50).

con fuerza entre 2001 y 2006, con los casos que describimos más adelante, pero ya habían aparecido indicios desde la primera mitad de los años ochenta. El más importante de ellos fue el de las expropiaciones para la construcción de viviendas después de los terremotos de 1985. Aunque su legitimidad política fue enorme, en la medida en que apaciguó la movilización de decenas de miles de damnificados afectados por los sismos y dio pie a la construcción de más de cuarenta mil viviendas, los propietarios que contaron con el auxilio de abogados competentes obtuvieron sentencias favorables en juicios de amparo. Y no es que los jueces federales hayan desplegado nuevas ideas sobre el régimen de la expropiación; en realidad recurrieron al argumento de siempre: si el decreto no expresa de manera satisfactoria (para el juez) los motivos de la expropiación, y sobre todo si no explica por qué el inmueble expropiado y no otro es el que debe utilizarse para satisfacer la causa de utilidad pública invocada, la expropiación puede invalidarse. Como los amparos se otorgaron cuando ya se habían construido las nuevas viviendas (precisamente porque no se concedían las suspensiones provisionales en los juicios de amparo) y éstas ya estaban asignadas a sus nuevos ocupantes, el gobierno tuvo que adquirir los predios mediante compraventas, pero a valores muy por encima de los catastrales.

Decimos que esos amparos eran el anuncio de una crisis de la expropiación no tanto porque revelaban un cierto atrevimiento por parte de los jueces respecto de un programa que para el Poder Ejecutivo tenía la mayor prioridad política, un gesto de autonomía que en otros tiempos era poco frecuente, sino sobre todo porque ponían a los funcionarios de la administración pública en una situación sumamente comprometida. Para entonces, ya existían instituciones de vigilancia del gasto público que hacían sospechosa la adquisición de propiedades por encima de su valor catastral. Nada de esto, por cierto, atrajo la atención de los medios de comunicación y no se diga la de los juristas académicos; más bien parecía que la expropiación seguía

siendo un mecanismo efectivo para garantizar lo que entonces se llamaba la “paz social” y, al mismo tiempo, reafirmar el poder del estado.

La crisis ocurre debido a una conjunción de factores que contribuyeron a crear la tormenta perfecta. Cada uno de ellos, por sí mismo, no parece muy significativo, pero en conjunto explican el ascenso de una serie de conflictos que pusieron al país al borde de una crisis constitucional. Las herramientas teóricas desarrolladas por la teoría de sistemas (Luhmann, 1988 y 2004; Teubner, 1993) nos pueden ayudar a entender el papel específico del derecho en este proceso. El sistema jurídico tiene su propia lógica y aunque es “irritado” por la política, no es controlado por ésta. El sistema sólo responde a comunicaciones jurídicas y no prevé la recepción que las comunicaciones jurídicas tendrán en otros sistemas. A continuación analizaremos dos cambios, estrictamente jurídicos, que tuvieron consecuencias inesperadas en la capacidad expropiatoria del estado: por un lado, la reforma constitucional de 1994, que introdujo nuevas reglas sobre el incumplimiento de las sentencias de amparo y, por el otro, el cambio en las estrategias procedimentales que había seguido la Corte para hacer posibles las expropiaciones.

En 1994 se aprobó una reforma constitucional que fortaleció la independencia del Poder Judicial y, en particular, aumentó considerablemente el poder y la legitimidad de la Suprema Corte frente al resto del aparato estatal (Vargas, 1996; Fix-Fierro, 1998 y 2003; Domingo, 1999 y 2000). Sin embargo, esa reforma por sí misma no explica el papel del poder judicial en la crisis de la expropiación. Tampoco se produjo un cambio dramático en la concepción de la propiedad sostenida por la Corte, que incluso siguió afirmando que la Constitución impone a la propiedad una “función social”.³⁸

³⁸ *Propiedad privada. el Derecho Relativo está limitado por su función social.* La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14, 16 y principalmente el 27, reconoce como derecho fundamental el de la

El aspecto de la reforma que sí tuvo una influencia directa en la crisis de la expropiación fue el del cumplimiento sustituto de las sentencias en materia de amparo. En ese momento, el tema recibió muy poca atención, dado que las reformas trajeron consigo una reconfiguración completa de la Suprema Corte, desde entonces se dice, por ejemplo, que la Corte tiene el carácter de un tribunal constitucional. La modificación que nos interesa destacar aquí consistió en otorgar a la Corte la facultad para declarar de oficio que procede el cumplimiento sustituto de las sentencias en materia de amparo. Desde 1984 se había reformado la Constitución y se había dado al quejoso el derecho a solicitar una indemnización para tener por cumplida la sentencia de amparo. Pero esta nueva reforma autorizó el cumplimiento sustituto cuando el cumplimiento de la sentencia, en sus términos originales, implique costos muy altos para la sociedad o para terceros.³⁹ Anteriormente, lo único que podía hacer la Corte ante el incumplimiento de una sentencia era destituir y consignar penalmente al funcionario responsable. Esa sanción sólo fue utilizada excepcionalmente y

propiedad privada; sin embargo, lo delimita fijando su contenido, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Luego, tratándose de aquel derecho, la Constitución Federal lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público, o bien podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental. *Novena Época. Pleno. Registro No. 175498. Acción de inconstitucionalidad 18/2004. Diputados integrantes de la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado de Colima. 24 de noviembre de 2005. Mayoría de nueve votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Laura García Velasco.*

³⁹ Fracción XVI del artículo 107 constitucional.

era difícil justificar su aplicación en aquellos casos en los que el funcionario no era responsable por el incumplimiento de una sentencia, ya que no podía devolver un terreno cuya expropiación había sido declarada inválida, que estaba habitado por miles de personas u ocupado por alguna gran infraestructura. La nueva modificación permitió al Poder Judicial contar con un instrumento más efectivo para hacer cumplir sus sentencias. El artículo noveno transitorio de la reforma constitucional de 1994 condicionaba la aplicación de la reforma al cumplimiento sustituto a la reforma del artículo respectivo de la Ley de Amparo. Una muestra de la poca importancia que se le dio a esta nueva disposición es que transcurrieron más de seis años antes de que fuera incorporada a la Ley de Amparo.⁴⁰ Los efectos de la reforma fueron imprevistos. Acaso sus autores no tenían idea del gran número de sentencias, especialmente relacionadas con expropiaciones, que se encontraban pendientes de ejecutar. Lo que es seguro es que el Poder Judicial no tenía un criterio para calcular la indemnización por concepto de cumplimiento sustituto, para expropiaciones que se habían llevado a cabo hacía más de 20 años.

Así, de un momento a otro, el gobierno de la ciudad se vio ante la necesidad de pagar grandes cantidades por sentencias desfavorables a las que no había dado cumplimiento. La mayoría de las expropiaciones conflictivas eran para regularizar la tenencia de la tierra que se habían realizado en la ciudad de México cuando ésta no tenía autoridades electas democráticamente, y el Distrito Federal era gobernado por un funcionario designado por el presidente de la república. A partir de 1997, la ciudad de México tuvo un gobierno electo democráticamente y se convirtió en el bastión de las fuerzas de izquierda en México. Ése era el contexto político en el que se puso en práctica, por

⁴⁰ Fue en 2001 cuando la Ley de Amparo se reformó para permitir que la Suprema Corte declarase de oficio el cumplimiento sustituto ante la imposibilidad de cumplir la sentencia.

primera vez, el procedimiento para el cumplimiento sustituto de sentencias, y que en parte explica la intensidad de los choques constantes entre el gobierno federal, el gobierno de la ciudad de México y el Poder Judicial Federal por temas relacionados con la expropiación.

Paralelamente, aunque también al amparo de la reforma de 1994, la Corte modificó su interpretación respecto de la garantía de audiencia previa. Como señalamos en el apartado anterior, desde 1929 la Corte había establecido que en materia de expropiación no regía dicha garantía. Es interesante leer la discusión en el caso de 1997 en el que se sostuvo ese criterio por última vez. Hay dos argumentos de la minoría en los que vale la pena detenerse. Por un lado, algunos de los ministros se atrevieron a articular un concepto más claro de protección a la propiedad como derecho fundamental. A pesar de que uno de los juristas más influyentes sobre los neoconstitucionalistas mexicanos, Luigi Ferrajoli, considera que la propiedad no es un derecho fundamental, es claro que para la mayoría de los ministros de la corte mexicana sí lo es. Durante la discusión, el Ministro Aguirre Anguiano decía:

Por otra parte, cuántos de nuestros Estados tienen prevista en sus legislaciones ordinarias la audiencia previa y no ha pasado nada; ellos se han desarrollado de forma conveniente y homogénea con respeto a la propiedad privada. Este respeto finalmente nos puede llevar a un principio de solidaridad social apreciable.

Incluso los ministros que votaron en favor de establecer la garantía de audiencia previa reconocen la existencia de la función social de la propiedad y la capacidad del estado para expropiar. La minoría recurre a la idea de que la Corte, como Tribunal Constitucional, debe ser garante de los derechos fundamentales. Al final la fortaleza de este discurso lleva a que, ocho años después, tres ministros cambiaran el sentido de su voto sin dar mayores explicaciones. Otro de los argumentos esgrimidos por la minoría fue que debido a la falta de audiencia previa, aún en

aquellos casos en los que el quejoso ganaba el amparo, éste no se podía ejecutar porque en su terreno ya se habían construido obras públicas, por lo que en la práctica se le dejaba en estado de indefensión. Otra vez vale la pena transcribir las palabras del Ministro Aguirre Anguiano:

No exagero. Imaginémonos que un propietario fue expropiado y no fue escuchado previamente; dirían en este caso los Ministros que sostienen un criterio opuesto al mío: “Bueno es que tiene el amparo, el sacrosanto amparo para defenderse”. No se nos olvide que los hechos también convalidan las violaciones al derecho. Después de tomada la propiedad privada, el propietario expropiado recurre al juicio de amparo y 5, 6, 7 o 10 años después es amparado por la justicia federal; pero no obstante ello, aquellos predios que se segregaron de su patrimonio no se le pueden restituir por el grave problema social que significaría el desposeimiento de los ocupantes actuales que pueden ser cientos o miles y, por lo tanto, ¡magra fue su victoria! Los que se oponen a mi criterio dirían que hay remedios, que puede llevarse a cabo un cumplimiento sustituto de la sentencia que otorgó el amparo; pues sí, pero el hecho es que sin derecho, perdió su propiedad privada porque no se le escuchó.

En ese momento la minoría perdió la votación por seis votos contra cuatro, aunque como dijimos en la sección anterior, ocho años después, en el contexto de juicios de amparo promovidos en contra de la expropiación de 20 ingenios azucareros, en 2005 la Corte finalmente resolvió que sí debía respetarse la garantía de previa audiencia en casos de expropiaciones.⁴¹

Las expropiaciones se habían hecho mucho más difíciles a partir de la reforma constitucional de 1994, pero sobre todo debido al abandono de las estrategias que la Suprema Corte había seguido durante décadas para permitir que muchas de las expropiaciones fuesen irreversibles. Así, y sin recurrir a

⁴¹ AR 1565/94 Promovido por Inmuebles Pridi S.A. Resuelto por el Pleno de la SCJN el 25 de febrero de 1997.

una nueva reflexión explícita sobre el derecho de propiedad (o sobre el interés público que justifica su supresión mediante la expropiación) la Corte fue imponiendo nuevas e importantes restricciones al poder expropiatorio.

Antes de referirnos al impacto que las nuevas condiciones jurídicas tuvieron en casos concretos que llegaron a convertirse en algunos de los conflictos más intensos de la década, conviene recordar que, tal como se explica en el capítulo anterior, la crisis de la expropiación se ha presentado de manera muy distinta tratándose de núcleos agrarios que de propietarios individuales. Esa diferencia tiene algunos aspectos jurídicos que conviene tener presentes, como el tratamiento favorable que la legislación agraria da a los ejidos y comunidades, en comparación con el de otros propietarios privados en materia de indemnizaciones,⁴² o la existencia de tribunales agrarios a los cuales ellos tienen acceso desde 1992.⁴³ En los 75 años que duró el reparto agrario, gran parte de los litigios en esa materia se ventilaban en órganos jurisdiccionales controlados por el Poder Ejecutivo. El presidente de la república era la máxima autoridad en la materia y, a través del Cuerpo Consultivo Agrario, resolvía personalmente muchos de los conflictos de los que los núcleos agrarios, o sus miembros, eran parte. Con la creación de los Tribunales Agrarios en 1992, surgió una jurisdicción autónoma del Poder Ejecutivo. Así, cientos de ejidos y comunidades que habían sido privados de sus tierras para la construcción de obras públicas sin un debido proceso expropiatorio, o que fueron expropiados pero nunca recibieron las indemnizaciones respectivas, han instaurado juicios restitutorios ante los tribunales agrarios, lo

⁴² Desde principios de los años setenta, la indemnización se calcula “en función del destino final” de los predios expropiados y no a partir de su valor antes del proyecto.

⁴³ La Ley Agraria de ese año, junto con la reforma constitucional que la precedió, trajeron consigo el fin del reparto agrario y de casi toda la tutela gubernamental sobre los ejidos y comunidades.

que ha puesto en evidencia un sinnúmero de irregularidades en los procesos de adquisición de tierras para usos públicos.

En otras palabras, las reformas constitucionales y legislativas de 1992 trajeron consigo un fortalecimiento importante de la propiedad de los núcleos agrarios frente al poder expropiatorio. Sin embargo, como se explica en el capítulo anterior, la capacidad que han mostrado dichos núcleos para resistir a las expropiaciones se ha derivado más de las transformaciones de carácter político que de las estrictamente jurídicas. Dicho esto, lo que aquí nos interesa destacar es que los jueces federales no han aplicado, en expropiaciones que afectan núcleos agrarios, criterios diferentes a los que aplican tratándose de propietarios particulares. De hecho, han protegido a la así llamada “propiedad social” de la misma manera que a la de los individuos.

Un caso emblemático de la crisis de la expropiación se produjo en tierras de núcleos agrarios. Nos referimos al proyecto más ambicioso del gobierno de Vicente Fox (2000-2006), que pretendía construir un nuevo aeropuerto para la ciudad de México, en la zona que alguna vez ocupó el Lago de Texcoco y que implicaba la adquisición de varios miles de hectáreas de trece ejidos, siendo el de Atenco el más afectado. Además de la movilización social, que se convirtió en un símbolo global de resistencia social frente a grandes proyectos de infraestructura, una parte de los ejidatarios afectados recurrieron al juicio de amparo. Lo que hizo el juez federal que conoció la causa en primera instancia fue combinar un viejo criterio (la exigencia de que el decreto expropiatorio fuese convincente para el juez acerca de la justificación de la obra) con uno nuevo (la posibilidad de otorgar la suspensión provisional en el juicio de amparo en materia de expropiación). Así, mientras la protesta social ganaba popularidad en las calles, en el mundo del derecho, el proyecto estaba simple y sencillamente suspendido por una decisión judicial. Al parecer, cuando el presidente de la república se enteró, por vías informales, que las sentencias serían adversas a la expropiación, se precipitó su decisión final. El dos de agosto

de 2002 anunció que dejaba sin efecto los decretos expropiatorios y con ello cancelaba el proyecto en forma definitiva.⁴⁴

Como en otros casos, resulta difícil determinar cuál fue el “peso específico” del proceso judicial en el desenlace del conflicto. Lo que sí es posible reconocer es que el conflicto ha inhibido al gobierno federal para utilizar la expropiación en proyectos estratégicos. El ejemplo más claro se produjo en 2009, cuando el presidente Calderón decidió no intentar la vía de la expropiación para llevar adelante el proyecto más importante de su administración: una nueva refinería en el estado de Hidalgo.⁴⁵ El fantasma de Atenco parece haberse instalado en el “marco de incentivos” del gobierno federal cuando se trata de adquirir tierra propiedad de núcleos agrarios para satisfacer una causa de utilidad pública.

Con el único objeto de mostrar el contraste entre los conflictos, por expropiaciones de tierras de ejidos y comunidades y los que surgen por tierras de propiedad particular, mencionaremos dos aspectos del conflicto por Atenco que eran muy importantes en el debate público, pero que quedaron fuera de los procesos jurisdiccionales respectivos. Por un lado está el carácter inalienable de dichas tierras. Si bien es cierto que, en virtud de las reformas de 1992 los núcleos agrarios ya tienen derecho a disponer de sus tierras si así lo deciden, la inalienabilidad de ese tipo de propiedad, que era uno de sus rasgos jurídicos distintivos en la era posrevolucionaria, apareció en el centro de la movilización social: “la tierra no se vende; se quiere

⁴⁴ Sobre el conflicto en torno a Atenco véase Domínguez (2007), Hernández-Santiago (2004), Kuri-Pineda (2008) y Azuela (2013).

⁴⁵ En lugar de expropiar los terrenos, como habían hecho los presidentes priistas, el gobierno de Calderón anunció que la refinería podría ubicarse tanto en el estado de Guanajuato como en el de Hidalgo, así que la construiría ahí donde el gobierno del estado proporcionase los terrenos. El gobierno de Hidalgo ganó la carrera, comprando con recursos propios 700 hectáreas de tierras agrícolas a un precio récord: 80 mil dólares la hectárea de tierras agrícolas de mediana calidad.

y se defiende”, era el lema de la organización que, con éxito, se opuso a las expropiaciones. Esa cuestión no podía ser parte del proceso judicial (ya que para entonces era simple “ruido externo” respecto del sistema jurídico), pero fuera de los tribunales era lo que daba sentido al conflicto para una parte importante del público.⁴⁶

Hay otro aspecto del conflicto, menos heroico pero no por ello irrelevante, que tampoco fue parte de su procesamiento jurídico. Nos referimos al monto de la indemnización: mientras en el debate público prácticamente todos coincidían en que las indemnizaciones que se habían fijado en los decretos expropiatorios eran ridículamente bajas, los jueces no se vieron en la necesidad de definir cuál hubiese sido el criterio correcto para determinarlas. ¿Tienen los propietarios rurales derecho a una parte de las ganancias que generará un proyecto? Podemos estar seguros de que, en la opinión pública mexicana, habría una respuesta afirmativa tratándose de núcleos agrarios, pero al menos un sector respondería en forma negativa si los terrenos fuesen propiedad de algún empresario encumbrado. Lo que es más difícil de averiguar es si los jueces tendrían un criterio consistente para enfrentar el dilema.

La crisis de la expropiación de las tierras ejidales no ocurre exclusivamente en el campo jurídico. Sin embargo, lo que ocurre en este último no es trivial. Aunque tiene que ser visto como parte de un proceso más general de pérdida de legitimidad del poder expropiatorio del estado por lo que se refiere a la propiedad de los núcleos agrarios y para ciertas obras, la práctica

⁴⁶La idea de que el campesino mexicano tiene una especie de “compromiso histórico” que lo vincula indefinidamente con su tierra es uno de los fundamentos socioculturales de la propiedad de los núcleos agrarios. Mientras la investigación sociológica determina si ese fundamento pierde fuerza, lo cierto es que ha sido de una gran eficacia en el caso de Atenco y en muchos otros en los que se presenta una resistencia comunitaria a proyectos de infraestructura.

jurisdiccional, tanto en el amparo como en los tribunales agrarios, ha contribuido a la profundización de dicha crisis.

La crisis se presentó de manera muy distinta en el caso de las expropiaciones de terrenos propiedad de particulares por el gobierno del Distrito Federal (en adelante GDF). La primera diferencia y más evidente, consiste en que, como veremos más adelante, el GDF ha superado la crisis. Pero es interesante recordar que, como vimos en el capítulo anterior, esa crisis fue parte del proceso, más amplio, de consolidación de éste como gobierno local autónomo. Veamos ahora algunos de los casos más emblemáticos de dicha crisis.

*La Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH)*⁴⁷

Este caso es una muestra del modo en que la estrategia de disimulo del Poder Judicial, por un lado, y la ignorancia del gobierno sobre la importancia de ciertas formalidades, por el otro, se pueden combinar para que fracase una expropiación tan simple como la que tiene por objeto la construcción de una escuela. El caso se inició con un decreto expropiatorio de 1968,⁴⁸ cuya finalidad era el mejoramiento del centro de población ubicado en Pedregal de Carrasco. En 1974 el propietario de uno de los predios expropiados, Ángel Veraza, solicitó que se iniciara el procedimiento de reversión ya que no se habían hecho las obras que habían servido de justificación para el decreto expropiatorio, y todo indica que para entonces la escuela aún no se comenzaba a construir. La solicitud de reversión fue negada en 1975 por el entonces Departamento del Distrito Federal, lo que marcó el inicio de una larga batalla legal en la que el propietario lograba que los tribunales invalidaran las resoluciones en las que el Departamento del Distrito Federal negaba la solicitud de re-

⁴⁷ Incidente de Inejecución 62/2000 derivado del Amparo Indirecto 94/98.

⁴⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 1968.

versión y le ordenaban emitir una nueva respuesta, debidamente fundada y motivada. La nueva respuesta, fundada y motivada, era siempre negativa y el propietario volvía a impugnar. Es un ejemplo de cómo el Poder Judicial limitaba disimuladamente al poder expropiatorio del estado. Finalmente, al resolver un incidente de inejecución de sentencia en 1998, la Corte aclaró que las autoridades del ahora gobierno del Distrito Federal estaban obligadas a declarar procedente la solicitud de reversión presentada por el quejoso.

Ante la imposibilidad de obtener la reversión, porque para entonces ya estaban ahí las instalaciones de la ENAH, el quejoso solicitó el cumplimiento sustituto y se inició el procedimiento para determinar el pago de daños y perjuicios, como resultado del cual el juez determinó que el gobierno del Distrito Federal debía pagar aproximadamente 17 millones de dólares. De acuerdo al nuevo modelo para tramitar los incidentes de inejecución de sentencia, la Corte debe de establecer si el incumplimiento es inexcusable. Ante la negativa del GDF a pagar la indemnización establecida por el juez, se inició un incidente de inejecución de sentencia que debía ser resuelto por la Corte. La decisión de la Corte en este caso fue sorprendente ya que, en primer lugar, rompió el principio de cosa juzgada, el establecer que la Corte tiene jurisdicción para revisar todos los elementos del procedimiento incluyendo el cálculo de la indemnización. Y una vez que la Corte se dio a sí misma la facultad para revisar todo el procedimiento, declaró que el juez de distrito no había calculado correctamente el monto de la indemnización⁴⁹ y estableció que el cálculo debía tener en cuenta el valor que tenía el predio al momento que debió regresar a manos del propietario, en este caso en 1975 y ese valor solo se debía actualizar con la inflación. Tampoco se debe tomar en cuenta para calcular el

⁴⁹ El juez de distrito había calculado el monto de la indemnización tomando en cuenta el valor actual del predio expropiado, incluyendo el valor del edificio de la Escuela Nacional de Antropología e Historia.

monto de la indemnización construcciones que no se encontraban en el momento en que procedía devolver la propiedad. Este nuevo criterio fue utilizado por la Corte para resolver otros casos similares como el de Paraje de San Juan o Ramos Millán. Finalmente la indemnización se redujo a aproximadamente cuatro millones de dólares. Otro elemento interesante en este caso es la atención mediática que recibió, ya que el GDF estaba convencido de que los quejosos no eran los verdaderos propietarios, e intentó presentar un recurso fuera del procedimiento para que la Corte anulara la indemnización, recurso que la Corte desechó.

*Ramos Millán*⁵⁰

En este caso el gobierno federal expropió en 1984 una serie de terrenos al sur de la ciudad de México para regularizar la tenencia de la tierra, en el entendido de que se trataba sólo de propiedades ejidales. El señor Ramos Millán interpuso un amparo en contra del decreto expropiatorio, argumentando que el mismo incluía una parte de su propiedad. El juez le dio la razón y decretó la invalidez del decreto por lo que ordenó que se devolviera al quejoso su terreno. El problema era que el predio ya estaba ocupado y la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra (Corett) había iniciado los trámites para entregar títulos de propiedad a los ocupantes. El gobierno federal se encontraba entre la espada y la pared ya que no podía regresar el predio, pero ahora era responsable de pagar la indemnización. Esto también es una muestra de los problemas que a veces tiene el sistema legal para registrar comunicaciones de otros sistemas. A pesar de que era claro que la propiedad se encontraba ocupada antes de que se emitiera el

⁵⁰ Incidente de Inejecución derivado del juicio de amparo indirecto 46/87 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veintiuno de febrero del año dos mil cinco.

decreto expropiatorio, los jueces no podían registrar esto o no encontraron una forma de incorporarlo a su resolución. Ante la imposibilidad de cumplir la sentencia se inició el incidente de cumplimiento sustituto, como parte del cual se calcula el monto de la indemnización que el gobierno tiene que pagar. En un primer momento el juez otorgó una indemnización por el equivalente de unos 30 millones de dólares, pero esa decisión fue impugnada por el gobierno federal y por el propio quejoso y el Tribunal Colegiado encargado de resolver esta impugnación decidió que el cálculo de la indemnización no era correcto y ordenó al juez que lo volviera a hacer. El juez decidió que la nueva indemnización siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Colegiado ascendía a aproximadamente 45 millones de dólares. Nuevamente esa decisión es impugnada por el quejoso y por el gobierno federal y el tribunal anuló la decisión del juez y le ordenó que volviera a calcular la indemnización tomando en cuenta exclusivamente las consideraciones hechas por el perito valuador de la parte quejosa. En esa tercera oportunidad el juez determinó que el monto de la indemnización debía ser de 110 millones de dólares aproximadamente. Para llegar a esa escandalosa cifra, el juez tomó en cuenta lo que el quejoso dejó de percibir por la explotación de unos depósitos de roca volcánica que había en el predio. Es sorprendente que el juez tuvo la capacidad para ver el depósito de roca, pero no a los miles de pobladores de escasos recursos que habían establecido sus viviendas encima de las rocas ni, mucho menos, al papel que el propietario del predio pudo haber jugado en la urbanización del mismo.

Debido a la dificultad de pagar esa cantidad, el gobierno federal le propuso al quejoso pagarle cinco millones de dólares anuales, sin embargo él se negó a aceptar este convenio e inició un incidente de inejecución de sentencia, que fue resuelto con argumentos similares a los que había sostenido la Corte en el caso de la ENAH. Sin embargo, una diferencia importante es que entre los argumentos que utilizó la Corte para reducir

el monto de la indemnización está el que argumente que el predio se encontraba ocupado por “precaristas”. Es interesante hacer notar que, a diferencia del juez, la Corte sí hace una reflexión acerca de la justicia de otorgar una indemnización desorbitante en un caso en el que la expropiación beneficia a un gran número de pobladores de asentamientos irregulares. Así, la Corte se hace cargo de los dilemas sustantivos generados por la expropiación y por lo menos hace una reflexión al respecto. Esto es más de lo que hizo la mayoría de la doctrina jurídica, incluso después de la resolución de este caso. Llama la atención que, a pesar de tratarse de un caso que se ventiló ampliamente en los medios de comunicación, los juristas, y en particular los constitucionalistas, no hayan reaccionado con una reflexión sobre los distintos tipos de expropiación o sobre el significado de la propiedad en el orden constitucional.

Paraje de San Juan

Este caso completa lo que podríamos llamar la trilogía de las indemnizaciones escandalosas. De los tres, es el que más atención mediática recibió porque el GDF se encargó de señalar públicamente la carga que significaba para el erario público el pago de una indemnización así. El jefe de gobierno siguió una estrategia de confrontación en la que denunció la indemnización como injusta y afirmó que no estaba dispuesto a pagarla. La expropiación, una vez más, se había hecho, desde 1989, con fines de regularización. Una vez más, observamos que hay temas o cuestiones que el sistema legal no puede registrar y aquí se trata de la discusión sobre quién es el propietario. El quejoso nunca exhibió un título de propiedad y el único documento que le daba legitimidad para solicitar el pago de la compensación era un oficio en el que el propio GDF reconocía que tenía derecho al pago de la indemnización por la expropiación. Durante el juicio en el que se cuestionó la expropiación, el GDF trató de poner en duda la validez del título de propiedad, pero la Corte

decidió que en el juicio de amparo no se pueden discutir cuestiones relacionadas con la propiedad. Es interesante contrastar este criterio con el criterio sostenido en el caso anterior en el que el gobierno federal se vio obligado a pagar a un propietario porque su predio era parte del decreto expropiatorio. Esta postura del Poder Judicial podría llevar a un caso en el que se le pagara indemnización a alguien que no es propietario y después se volviera a pagar indemnización al propietario por el mismo decreto expropiatorio. En el incidente de cumplimiento sustituto de sentencia el gobierno del distrito federal estaba siendo condenado a pagar una indemnización de aproximadamente 170 millones de dólares, lo que equivalía a una tercera parte del gasto programable de toda la política social de la ciudad. Una vez más, en el incidente de inejecución de sentencia y utilizando los mismos argumentos que en los casos anteriores, pero sobre todo presionada por una opinión pública que no podía entender por qué la indemnización era tan alta, la Suprema Corte redujo la indemnización a aproximadamente seis millones de dólares, sin ofrecer mayores explicaciones.

Para efectos de nuestro análisis, lo más llamativo de este caso no es si la Suprema Corte violó o no el principio de cosa juzgada para salir airosa de un asunto que era difícil de explicar; lo más interesante es que, en ningún momento del proceso se le ocurrió a alguno de los juzgadores preguntarse si el propietario “afectado” por la expropiación no había tenido una responsabilidad en el origen mismo del conflicto, que no es otro que la urbanización de sus terrenos.

Pascual Boing

En este caso la Corte tuvo que decidir si la creación o mantenimiento de una empresa era una causa de utilidad pública. De cierta forma se puede considerar como el Kelo mexicano. Se trata de una expropiación llevada a cabo por el gobierno del Distrito Federal de un predio en el que se ubicaba la planta

de una cooperativa dedicada a la producción de bebidas de frutas, que tiene un valor simbólico muy importante entre la izquierda mexicana, ya que surgió de una prolongada huelga a principios de los años ochenta y ha sido una cooperativa muy exitosa. El predio en el que se encontraba la planta no era propiedad de los trabajadores, y a pesar de que habían intentado comprarlo, el dueño se había negado a vender, y no por casualidad: era el antiguo patrón de la empresa. Después de un largo conflicto legal el dueño había obtenido una orden para desalojar a la cooperativa del predio, por lo que el gobierno del Distrito Federal decidió expropiar el terreno para mantener la empresa. Es interesante ver cómo en dos instancias se expresaron las dos épocas del Poder Judicial que hemos venido analizando. El propietario promovió un amparo en contra del decreto expropiatorio y el juez declaró la inconstitucional la fracción novena del artículo primero la Ley Federal de Expropiación. Dicha fracción establece como causa de utilidad pública “la creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad”. El juez reconoció que el decreto expropiatorio estaba bien fundamentado sólo que, según él, ese fundamento era inconstitucional. La sentencia remite a los criterios sostenidos por la Corte en la quinta época, en donde abiertamente declaraba la inconstitucionalidad de leyes federales. Las autoridades impugnaron esta resolución y como se estaba cuestionando la constitucionalidad de la ley federal le correspondió a la Suprema Corte de Justicia decidir el fondo de este asunto. La Corte decidió modificar la decisión del juez. Por un lado, declaró que la fracción novena del artículo primero de la Ley Federal de Expropiación era constitucional, pero consideró que en ese caso en particular la autoridad no había justificado la existencia de la causa de utilidad pública. La decisión claramente pertenece a la época del disimulo, donde no se daban criterios generales. A diferencia del caso Kelo, la Corte mexicana hizo una revisión exhaustiva de la decisión de la administración. Y a pesar de que existía un expediente bien armado, la Corte tomó el papel de administrador y determinó

que en este caso no existía la utilidad pública que había fundamentado la expropiación. Una vez más es interesante ver cómo la Corte resolvía un caso sin hacerse cargo de que no existía una discusión acerca de cuál era el alcance del derecho de propiedad o qué significaba interés público.⁵¹

El Encino

De todos los casos aquí reseñados éste es el que tuvo el mayor impacto político. Inició con un decreto expropiatorio expedido por el GDF en el año 2000, que afectaba poco más de una hectárea de un predio baldío de ocho hectáreas, para abrir un par de vialidades y obras de infraestructura asociadas, con el fin de completar el sistema vial de la zona de Santa Fe,⁵² por lo que en principio se trataba de una expropiación que no tenía nada de extraordinario. Sin que el propietario hubiese hecho inversión alguna, el predio había incrementado su precio de manera extraordinaria debido al auge inmobiliario de lo que es una de las zonas de más alta renta de la ciudad.

A pesar de que la expropiación beneficiaba al propietario en virtud de que dejaba al predio comunicado por dos nuevas avenidas, acaso con la intención de obtener una indemnización más alta, el propietario recurrió al amparo y el juez consideró que la causa de utilidad pública no estaba suficientemente justificada, de modo que ordenó la suspensión definitiva de los actos tendientes a ejecutar el decreto expropiatorio. Sin embargo, para entonces las obras estaban casi terminadas y el quejoso alegó que el gobierno de la ciudad había descatado la orden de suspenderlas. Es verdad que el GDF sí había interrumpido

⁵¹ En su voto concurrente, el ministro Cossío hizo esta reflexión y afirmó que la Corte había perdido una oportunidad para reflexionar acerca de la definición de propiedad como derecho fundamental establecido en la Constitución.

⁵² Ese sistema vial estaba previsto en el plan de desarrollo urbano de la zona desde años atrás.

pido la obra por efecto de la orden del juez, pero era necesario determinar si lo había hecho de manera inmediata y, en caso negativo, quién era el responsable. El procurador general de la república consideró que había habido un incumplimiento y que el responsable era el jefe del GDF. Ello conducía al inicio de un proceso penal en su contra, lo que lo hubiese descalificado para participar en las elecciones presidenciales del año 2006, en las cuales era el candidato de la izquierda y el mejor posicionado de todos, de acuerdo con las encuestas del momento. Esto generó un enfrentamiento sin precedentes entre el gobierno federal y el GDF, ya que el inicio de la acción penal fue interpretado como una forma de sacar del juego al principal contendiente por la carrera presidencial.

El conflicto fue de tal magnitud que, a pesar de haber logrado despojar de su cargo al jefe del GDF en la Cámara de Diputados, el gobierno federal tuvo que desistirse del procedimiento penal, debido a la magnitud de la protesta social que el caso desató. Andrés Manuel López Obrador había tenido que dejar el cargo prematuramente, pero al mismo tiempo había resultado fortalecido en la contienda política por su condición de víctima de una conspiración. No hay duda de que, salvo el conflicto poselectoral del 2006, el caso de El Encino fue el conflicto más grave que surgió entre los poderes del estado mexicano en la primera década del siglo XXI.

En la tormenta política que siguió se perdió de vista que este caso derivaba de una expropiación y, por lo tanto, en la opinión pública nunca se analizó en términos de propiedad o interés público, sino como un enfrentamiento entre actores políticos. Pero el caso siguió su curso y en 2011 la Corte se preparaba para decidir el procedimiento de inejecución de la sentencia en condiciones sumamente peculiares: se partía de la base de que la sentencia que había amparado al propietario en contra de la expropiación no se había ejecutado, a pesar de que las vialidades habían permanecido cerradas y sin uso alguno por más de diez

años, justamente por virtud de la suspensión ordenada durante el mismo juicio de amparo.

Entre otras cosas, en esa decisión estaba en juego determinar cómo se aplicaría la misteriosa fórmula establecida por la Constitución para los casos de inejecución de sentencia, es decir, para cuando una sentencia en materia de amparo no ha sido cumplida y el costo social que implica su cumplimiento obliga a buscar una fórmula alternativa que recibe el nombre de “cumplimiento sustituto”.⁵³ El ministro ponente, José Ramón Cossío Díaz, encargó un estudio para determinar los costos sociales que acarrearía la ejecución de la sentencia, o sea el devolver a su propietario original las fracciones expropiadas para hacer las vialidades, comparados con los beneficios que representaría para el mismo propietario.

Siguiendo las recomendaciones de dicho estudio, y en una votación sumamente cerrada (de seis a cinco) la Corte resolvió decretar el “cumplimiento sustituto” de la sentencia. Con ello, se obligaba al propietario a aceptar una indemnización (en vez de la devolución de las partes expropiadas de su predio) y se habilitaba al gobierno de la ciudad para concluir las vialidades y ponerlas en operación. El argumento fue que el costo social que traería consigo la suspensión indefinida de las vialidades sería considerable, ya que afectaría a decenas de miles de personas, mientras que el propietario recibiría importantes beneficios en ambas hipótesis: tanto si las calles atravesaban su terreno como si se detenían en él, su predio se incrementaba de valor de manera importante como resultado de la propia obra. A pesar de la novedad que representó el haber recurrido a un análisis

⁵³ La Constitución dispone que “Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso”. Párrafo segundo de la fracción XVI del artículo 107.

de tipo urbanístico para adoptar una decisión, para los fines de este ensayo lo notable de este caso es que el debate nunca tocó de manera explícita el tema del alcance del derecho de propiedad.

Como se puede ver con este breve repaso de los conflictos más relevantes surgidos de expropiaciones en los primeros años del siglo XXI, los jueces federales, y en particular la SCJN, desempeñaron un papel activo en la modificación de las condiciones jurídicas de la expropiación. Igual que en épocas anteriores, lo hicieron fundamentalmente a través de reglas e interpretaciones de tipo procedimental, y no como resultado de una reflexión sustantiva sobre el derecho de propiedad o el alcance del poder expropiatorio. Esto no significa afirmar que los procedimientos jurisdiccionales no hayan tenido efectos sustantivos. Uno de los temas que se resuelven en los juicios es nada menos que la determinación de la indemnización: para la mayoría de los propietarios, no hay duda que ese es el tema “sustantivo”. Sin embargo, aún en ese caso los jueces han resuelto sin tener (o al menos sin expresar) una idea de lo que están haciendo, ya que suelen aceptar lo que digan los peritos valuadores. Como ha mostrado Cacilda dos Santos para el caso de São Paulo, el tema del avalúo funciona como una “caja negra” dentro del campo del derecho (Lopes dos Santos, 2008).

UNA RECUPERACIÓN PARCIAL

Ahora bien, todo lo que hemos mencionado hasta ahora apuntaría a que en las nuevas condiciones jurídicas, políticas y sociales prevalecientes en la ciudad de México, el poder expropiatorio del estado se ha visto enormemente limitado. Sin embargo, como vimos en el capítulo anterior, en los últimos años el actual gobierno del Distrito Federal ha logrado utilizar la expropiación exitosamente y para diversos fines. Una de las primeras acciones del nuevo gobierno del Distrito Federal, en

febrero de 2007, fue decretar la expropiación de dos predios en el barrio de Tepito argumentando que en esos predios se llevaban a cabo actividades criminales.⁵⁴ Esta expropiación fue jurídicamente temeraria, ya que la causa de utilidad pública que esgrimió el decreto (la construcción de un centro comunitario) no era la misma que anunciaron las mismas autoridades en los medios de comunicación (el combate al crimen organizado), además de que no se respetó la garantía de audiencia previa. A pesar de esto la expropiación no fue impugnada. Todo indica que dentro del gobierno del Distrito Federal se sabía que los propietarios no iban a impugnar porque se arriesgaban a ser sometidos a procesos penales y se esperaba que los jueces no iban a otorgar suspensiones a aquellos que decidieran impugnar por temor a aparecer como condescendientes con la delincuencia. Así, a pesar de su temeridad jurídica, esas expropiaciones fueron muy populares políticamente y permitieron al gobierno de la ciudad de México posicionarse como un gobierno “duro” frente a la delincuencia. Esta misma estrategia de expropiar predios en donde se cometían actos ilícitos lo volvió a utilizar en el caso del predio conocido como “La Ford” donde se había instalado un mercado de autopartes robadas. El gobierno de la ciudad había aprendido que en los casos en los que no había causa de utilidad pública que justificara la expropiación lo único que tenía que hacer era evitar que al quejoso le dieran la suspensión. Mientras seguía el juicio el gobierno continuaba con la obra y en caso de perder, lo peor que podía pasar era que tendría que realizar el cumplimiento sustituto. En este punto vemos cómo una de las causas de la crisis del modelo se convierte en un instrumento para lograr la estabilidad.

La expropiación también está siendo utilizada por el gobierno del Distrito Federal para realizar los dos grandes proyectos de infraestructura de esta administración: la línea 12 del metro y la llamada Supervía Poniente. De acuerdo con las entrevistas

⁵⁴ Se trataba sobre todo del copiado de videos “piratas”.

realizadas a varios operadores jurídicos del GDF, hay un cambio entre el actual gobierno de la ciudad y el anterior. El actual entiende que el sistema legal tiene su propia lógica y que hay que comprenderla para evitar problemas, por lo que ha adoptado como estrategia la de decretar la expropiación y ofrecer el pago de la indemnización a valor comercial en ese momento.⁵⁵ Además, se aprovecha de la reciente reforma a la Ley de Expropiación, que prohíbe a los jueces otorgar suspensiones en amparos cuando se trata de obras viales. El gobierno del Distrito Federal hace explícita esta estrategia cuando negocia con los propietarios para hacerles ver que no les conviene impugnar el decreto expropiatorio.

Así, para 2008, el GDF informaba que más de tres cuartas partes de los amparos contra sus expropiaciones eran resueltos a su favor, lo que era una clara muestra de que había superado exitosamente la crisis de la expropiación. Y lo había hecho después de un simple proceso de adaptación y aprendizaje. Es importante hacer notar que los conflictos que enfrentó la administración anterior derivados de expropiaciones fueron resultado de que el conjunto de los operadores jurídicos (tanto en el Poder Judicial como en el Ejecutivo) se seguían comportando como si no existiera ya un sistema político de carácter plural, como si “no hubiera pasado nada”. Después de unos años, los operadores habían aprendido a actuar con una mayor conciencia sobre las consecuencias de sus actos. La paradoja es que gran parte de los criterios sostenidos por el Poder Judicial que precipitaron la crisis y en cierta forma limitaron el uso de la expropiación, ahora son utilizados para fortalecer el poder expropiatorio del gobierno del Distrito Federal.

⁵⁵ Para ello, el GDF ha creado un fondo especial para el pago de las expropiaciones, por lo que puede disponer de fondos de manera inmediata.

CONCLUSIONES

No puede haber duda de que los jueces han desempeñado un papel muy importante en la conformación del poder expropiatorio en México, aunque para ello rara vez han desplegado argumentos de carácter sustantivo, lo que puede ser su principal debilidad. Sin embargo, también es cierto que, durante el largo periodo posrevolucionario, operaron en el contexto de una Constitución particularmente ambivalente, con un polo liberal que era cercano a sus propias convicciones, y con otro revolucionario que no podían contradecir abiertamente sin correr el riesgo de aparecer como enemigos de un régimen que derivaba de dicho polo gran parte de su legitimidad. Lo que hicieron los jueces federales en los conflictos por expropiaciones fue desarrollar lo que hemos llamado *estrategias de disimulo*. Por un lado, crearon ingeniosos dispositivos de carácter procedimental para hacer posible que las expropiaciones del Ejecutivo fuesen irreversibles —en particular, impusieron por más de 70 años el criterio que en esta materia no había que respetar la garantía de audiencia previa ni procedía la suspensión en el juicio de amparo— sin reconocer que con ello estaban debilitando los derechos de propiedad frente a casi cualquier proyecto gubernamental.

También fueron discretos cuando se trataba de hacer lo contrario, es decir, cuando optaban por proteger al propietario de las expropiaciones que consideraban ilegítimas —y era así que concedían amparos sin reconocer que estaban contradiciendo su propia jurisprudencia. El único tema en el que se pronunciaron abiertamente en contra de una política urbana del Poder Ejecutivo, fue el de las expropiaciones para dotar lotes a familias de escasos recursos. Ahí la Suprema Corte no dudó en declarar inconstitucionales esas expropiaciones, acaso porque parecían trasplantar al medio urbano el modelo del reparto agrario. El desprecio (o el temor o la indiferencia) hacia los sectores populares tiene que haber sido fuerte para producir una resolución

tan enfática, y ni siquiera en ese caso la argumentación consistió en una defensa a ultranza de la propiedad privada.

Por otra parte, si bien no hubo, en el largo periodo posrevolucionario, conflictos derivados de expropiaciones tan intensos como los se presentaron después del año 2000, no puede decirse que la relación entre el Poder Judicial y el Ejecutivo haya sido enteramente armónica. El hecho de que en 1958 se haya reformado la Constitución para impedir a las salas de la Corte declarar la inconstitucionalidad de leyes parece indicar que el activismo de la Segunda Sala de la Suprema Corte en materia de expropiaciones, que hemos documentado más arriba, se había convertido en un problema para llevar adelante ciertos proyectos.

En años recientes los jueces han actuado en un contexto muy distinto: pluralismo político, mayor autonomía judicial, etcétera. Pero no se trata de un contexto que se impuso unilateralmente a las nuevas prácticas de los jueces; ellas mismas contribuyeron a producirlo. Y no es que neguemos la importancia de procesos políticos más amplios ni la de ciertos cambios en ordenamientos jurídicos de carácter general, como los de la materia agraria de 1992 y las reformas constitucionales de 1994 que reconfiguraron a la Suprema Corte.⁵⁶ Lo que nos interesa es señalar el impacto que tuvo el cambio de estrategias, emprendido por la propia Corte, en los casos difíciles de expropiaciones.

Una de las conclusiones de nuestro estudio es que, junto con otros factores, el abandono de las estrategias procedimentales que la Corte había establecido para hacer viable el poder expropiatorio, contribuyó a configurar una verdadera crisis de dicho poder en el contexto urbano en México en los primeros años del nuevo siglo. Tratándose de predios de propiedad particular, esto afectó sobre todo al recientemente creado gobierno del Distrito Federal, que tuvo que pagar los platos rotos de procedimientos y

⁵⁶ Aunque sobre este punto también se puede decir que las reformas de 1994 fueron redactadas por expertos que de alguna manera representaban las visiones del Poder Judicial (Inclán-Oseguera, 2009).

prácticas viciadas que venían de décadas anteriores y llegó a ser el motivo de enfrentamientos entre el propio GDF y el gobierno federal. Lo que en el régimen posrevolucionario se hacía de manera ciega y rutinaria, porque no tenía consecuencias, o éstas se resolvían fuera del campo jurídico, en el nuevo contexto político podía desatar una crisis política, lo que de hecho ocurrió en el caso de El Encino.

Después de un proceso de aprendizaje, el GDF ha podido utilizar el poder expropiatorio para una diversidad de propósitos. En cambio, el gobierno federal no ha podido superar la crisis respecto de los núcleos agrarios. Ahí donde estos han desplegado una capacidad de resistencia política o han aparecido formas de litigio oportunista ha sido muy difícil para el gobierno federal expropiar, ya no se diga en los casos que los núcleos agrarios estaban en una situación de subordinación política, sino como lo hace cualquier gobierno del mundo para llevar adelante proyectos de un interés que se considera superior al de los propietarios afectados. Es verdad que en esto las estrategias de los jueces no han sido el factor más importante: la fuerza y la legitimidad de la propiedad de los núcleos está en otra parte. No hay duda, en todo caso, de que hemos vivido un activismo judicial que ha puesto nuevos límites al poder expropiatorio. Uno de los indicios más claros de ello es que las reformas introducidas en 2009 a la Ley de Expropiación, las primeras importantes en más de siete décadas, fueron resultado precisamente de ese activismo.⁵⁷

Todo esto suscita muchas preguntas. Una es si no hemos llegado al fin de la era posrevolucionaria. Desde luego no es este el lugar para abordar esa cuestión en términos generales; pero sí podemos decir es que los productos más importantes de dicha era, como son el prestigio y la fuerza del ejido y la comunidad (que por cierto cubren más de la mitad del territorio nacional)

⁵⁷ Prueba de ello es que los temas de la reforma fueron precisamente los mismos en los que la Corte había sido más activa (garantía de previa audiencia y tiempo de pago de la indemnización).

están vivos y bien; y que los jueces federales les han brindado la misma protección que a otros propietarios privados. Acaso sea una de las paradojas más interesantes de esta era neoliberal el que la llamada “propiedad social” haya terminado gozando de la misma protección jurídica que la propiedad de los individuos.

Si la pregunta anterior es interesante, hay otra que es más pertinente en el contexto de este trabajo: ¿cuáles son, si es que existen, las nuevas formas de concebir el derecho de propiedad en el contexto de los conflictos urbanos provocados por expropiaciones? Lo que hemos encontrado es que, simple y sencillamente, no ha habido una reflexión sustantiva que responda a las expectativas del neoconstitucionalismo, en el sentido de que las decisiones sean argumentadas a partir de lo que se supone que es el núcleo axiológico del orden jurídico: los derechos fundamentales. La llevada y traída tesis de la “función social” de la propiedad aparece más como un ornamento retórico que como un argumento que orienta las decisiones de los jueces federales. Ni siquiera el principio de la propiedad originaria de la Nación, que aún es parte de nuestro mítico artículo 27 constitucional, es utilizado por los jueces para dar sentido a sus decisiones.

Es verdad que, en el contexto de las corrientes dominantes del nuevo pensamiento constitucional, está a la mano el argumento de Luigi Ferrajoli (1995 y 1999) en el sentido de que la propiedad *no* es un derecho fundamental. Pero ¿de qué serviría ese argumento para enfrentar los dilemas sustantivos que traen consigo los casos difíciles derivados de expropiaciones? Como hemos visto aquí y en el capítulo anterior, se trata de saber si el propietario de unos terrenos que se urbanizaron con su anuencia tiene derecho a recibir una indemnización; o de determinar la indemnización a la que tienen derecho unos campesinos cuyos terrenos incrementarán de precio gracias a un proyecto gubernamental; o si los propietarios del lugar en que habitan, al ser expropiados, tendrían derecho a una indemnización mayor a la de quienes no usan su propiedad para satisfacer una necesidad

básica; o si la creciente inconformidad social por los impactos sociales y ambientales de grandes infraestructuras (presas, aeropuertos) debe traducirse en reformas al régimen expropiatorio. Ésos, entre muchos otros, son los problemas reales que plantean las expropiaciones urbanísticas en ciudades como la de México, y llama la atención que los constitucionalistas mexicanos no hayan reparado en ellos. Podemos convencernos de que la propiedad no es un derecho fundamental, pero eso no servirá de mucho para hacernos cargo de las cuestiones mencionadas. Y es que la propiedad no existe porque aparezca escrita en un texto jurídico (el de la constitución o cualquier otro); existe porque (además de contar con un sustrato social cuyo análisis no es objeto del presente trabajo), es normalmente respetada por la práctica de los poderes del estado.

Por eso insistimos en que al contenido jurídico de la propiedad no hay que buscarlo en los textos de carácter general, sino en las prácticas de la administración y de los jueces. Como hemos visto en este capítulo, estas últimas tienen un papel central en la conformación de la propiedad, ya que en una sentencia tras otra van confirmando o modificando (ligera o abruptamente) el alcance de los derechos de los propietarios en relación con las atribuciones del poder público.

Por otra parte, la actuación de los jueces no se entiende si no es en su interacción con la de otros órganos del estado. Un ejemplo muy obvio de esto es que, en los últimos años, ellos *no* han tenido que lidiar con el polo revolucionario del régimen mexicano de la propiedad, en virtud de que simple y sencillamente el Poder Ejecutivo ha dejado de utilizarlo. La última vez que se hizo una expropiación con el espíritu “justiciero” propio de esa tradición, fue con motivo de los sismos de 1985 y ya vimos lo que pasó.⁵⁸

⁵⁸ Recuérdese que lo que estaba en juego era una reivindicación social estrictamente urbana: permanecer en el centro de la ciudad y no ser expulsados a su periferia.

Otro aspecto de la historia de las expropiaciones urbanísticas que se aprecia mejor cuando se observa en el contexto de la interacción entre los poderes es el proceso de aprendizaje que se dio entre el GDF y los jueces federales, para no repetir los errores que llevaron a conflictos como el del Paraje San Juan o El Encino. Si hoy en día el GDF ejerce el poder expropiatorio con la misma fluidez que cualquier otra gran ciudad (pagando oportunamente las indemnizaciones y cuidando la solidez jurídica de sus decisiones), es porque sus funcionarios aprendieron a ejercer el poder expropiatorio dentro de los cánones del debido proceso y con una idea de lo que pueden esperar de los jueces.

Creemos que es importante ver el papel de los jueces en la expropiación como parte de un contexto más amplio que podemos llamar la *vida constitucional*, que no es sino el conjunto de interacciones entre los poderes del estado que produce un resultado determinado, en nuestro caso una definición del alcance del poder expropiatorio —que es, al mismo tiempo, una definición del alcance del derecho de propiedad.

Al estudiar el modo en que en el campo jurídico se han procesado las expropiaciones en la ciudad de México, hemos aprendido que una característica notable de nuestro régimen de propiedad en el medio urbano es que es producto de un conjunto de *prácticas irreflexivas*. Esto llega a ser penoso cuando los juristas proclaman como un motivo de orgullo nacional el que la nuestra fue la primera Constitución “social” de la historia, que marcó el rumbo de la de Weimar y de todo el constitucionalismo progresista del siglo XX. En contraste, el silencio de los juristas en los últimos años sobre los temas que aquí hemos abordado podría llevarnos a pensar que, en la era posautoritaria, no sabemos qué hacer con nuestra tradición constitucional frente a los procesos de urbanización; pero el asunto es peor aún: desde hace ochenta años, cuando se inició el proceso de urbanización que marcaría a la sociedad mexicana del siglo XX, los operadores y los pensadores del campo jurídico, no importa si se ubicaban en el polo liberal o en el revolucionario de la Constitución, no han sido

capaces de encontrarle un lugar en sus doctrinas. La ciudad es un cuerpo extraño en el mundo de las representaciones constitucionales, y por ello la propiedad urbana aparece como una especie de poder social que todavía espera a ser pensada.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuela, Antonio y María Soledad Cruz, 1989. “La institucionalización de las colonias populares y la política urbana de la ciudad de México (1940-1946)”. *Sociológica*, núm. 9 (enero-abril).
- Azuela, Antonio. 2013. “‘La terre ne se vend pas; elle s’aime et se défend’. La productivité sociale du conflit pur Atenco, Mexico”. En *Conflits de proximité et dynamiques urbaines*, coordinado por Patrice Melé Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- Baker, Richard D. 1971. *Judicial Review in Mexico: A Study of the Amparo Suit*. Latin American Monographs. Austin y Londres: publicado para el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Texas en Austin.
- Benn, Vicky. 2009 “Comment”. En *Property Rights and Land Policies*, coordinado por Gregory K. Ingram y Yu-Hung Hong. Cambridge MA. Lincoln Institute of Land Policy.
- Carbonell, Miguel (coord.). 2003. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Consejería Jurídica y de Servicios Legales. 2008. *Segundo Informe de Actividades 2007-2008*. México: Gobierno del Distrito Federal.
- Cruz, Ma. Soledad. 2001. *Propiedad, poblamiento y periferia rural en la zona metropolitana de la ciudad de México*. México: UAM-Azcapotzalco/RNIU.
- Díaz y Díaz, Martín. 1988. “Las expropiaciones urbanísticas en México. Aproximaciones a un proceso sin teoría”. En *Desarrollo Urbano y Derecho*, coordinado por Fernando Serrano

- Migallón. México: Plaza y Valdés, UNAM, Departamento del Distrito Federal.
- Domínguez, J. Carlos. 2007. *Public Policy and Social Movements. The Cases of Bolivia and Mexico*. Tesis de doctorado en “Development Studies”. Oxford: Wolfson College.
- Fernández del Castillo, Germán. 1939. *La propiedad y la expropiación*. México: Compañía Editora de Revistas (reeditado por la Escuela Libre de Derecho en 1987, “con un apéndice sobre la Expropiación Bancaria por Ramón Sánchez Medal”).
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Halbwachs, Maurice. 2008 [1928]. “La expropiación y el desarrollo urbano”. En Maurice Halbwachs. *Estudios de morfología social de la ciudad* (editado por Emilio Martínez Gutiérrez). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Originalmente publicado como “Introduction” a *La population et les tracés de voies à Paris depuis un siècle*. París: Presses Universitaires de France, 1928.
- González-Casanova, Pablo. 1966. *La democracia en México*. México: Ediciones Era.
- Hernández-Ornelas, Pedro. 1973. *Autoridad y poder social en el ejido. Un estudio sobre las bases políticas del México Rural*. México: Instituto Mexicano de Estudios Sociales, A.C.
- Hernández-Santiago, Javier. 2004. “El movimiento de San Salvador Atenco contra el proyecto de nuevo aeropuerto de la Ciudad de México 2001-2002. Orígenes, trayectoria y resultados”. Tesis para obtener el grado de licenciatura en Sociología. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.
- Inclán-Oseguera, Silvia. 2009. “Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?”. *Political Research Quarterly* 62.

- Jiménez-Huerta, Edith. 2000. *El principio de la irregularidad. Mercado del suelo para vivienda en Aguascalientes, 1975-1998*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, Juan Pablos Editor, Centro de Investigaciones y Estudios Interdisciplinarios de Aguascalientes.
- Kuri-Pineda, Edith. 2008. *Tierra sí aviones no. La construcción social del movimiento de Atenco*. Tesis de doctorado en Ciencias Políticas y Sociales. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Leonard, Eric, André Quesnel y Emilia Velásquez (coords). 2003. *Políticas y regulaciones agrarias. Dinámicas de poder y juegos de actores en torno a la tenencia de la tierra*. México: Ciesas, IRD, Miguel Angel Porrúa.
- Lópes dos Santos, Cacilda. 2008. *Novas Perspectivas do Instrumento da Desapropriação: a incorporação de princípios urbanísticos e ambientais*. Tesis de doctorado, São Paulo: Universidad de São Paulo—FAU, USP.
- Luhmann, N., 1988. “The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History”. *Journal of Law and Society*, 15(2): 53-165.
- Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a social system*. Trad. Klaus A. Ziegert y Fatima Kastner. Oxford: Oxford University Press.
- Mann, Michael. 1993. *The Sources of Social Power*, vol. II. Cambridge: Cambridge University Press. Esp. pp. 54-63, 107-112, 358, 401.
- Martínez Saldaña, Tomás. 1987. “Municipio y ejido. Sus relaciones políticas”. En *El municipio en México*, coordinado por Brigitte Bohem de Lameiras. Zamora: El Colegio de Michoacán.
- Montaño, Ma. Cristina. 1984. *La tierra de Iztapalapa. Luchas sociales*. México: UAM-Iztapalapa (Cuadernos Universitarios 17).
- Ramírez Favela, Eduardo. 2009. “Incorporación de terrenos ejidales a los desarrollos inmobiliarios”. Presentación en

- power point. Facultad de Arquitectura de la UNAM, División de Educación Continua (marzo a abril).
- Rodríguez-Kuri, Ariel. 2010. *Historia del desasosiego. La revolución en la ciudad de México, 1911-1922*. México: El Colegio de México.
- San Juan, Carlos. 2006. "Democracias vacías. La apropiación por las elites del llamado gobierno del pueblo". En Lucía Álvarez *et al.* *Democracia y exclusión. Caminos encontrados en la Ciudad de México*. México: UNAM, UAM, UACM, INAH, Plaza y Valdés.
- Sánchez-Mejorada, Ma. Cristina. 2005. *Rezagos de la modernidad. Memorias de una ciudad presente*. México: Universidad Autónoma Metropolitana (Colección Cultura Universitaria / Serie Ensayo 83).
- Staton, Jeffrey K. 2010. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther. 1993. *Law as an autopoietic system* (editor Zenon Bankowski). Oxford: Blackwell.

Colaboradores

ANTONIO AZUELA. Investigador. Instituto de Investigaciones Sociales. UNAM.

JUAN IGNACIO DUARTE. Agencia de Administración de Bienes del Estado-Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, Argentina.

EMÍLIO HADDAD. Profesor. Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de São Paulo.

CARLOS HERRERA. Candidato a doctor en derecho. University College, Londres.

CACILDA LOPES DOS SANTOS. Abogada. Caja Económica Federal, Brasil.

MARÍA MERCEDES MALDONADO. Profesora e Investigadora. Instituto de Estudios Urbanos de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente secretaria distrital del Hábitat de la Alcaldía de Bogotá.

MELINDA LIS MALDONADO. Abogada. Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), Argentina.

ÁNGELA OYHANDY. Profesora. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Universidad Nacional de la Plata, Argentina.

DIEGO ISAÍAS PEÑA. Abogado. Secretaría Distrital del Hábitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

CAMILO SAAVEDRA Candidato a doctor en Ciencia Política. London School of Economics.

VIRGINIA AGUIRRE MUÑOZ. Traductora del capítulo tercero.
LILI BUJ NILES. Instituto de Investigaciones Sociales. UNAM.
Traductora de la presentación.

Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas,
editado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la
Universidad Nacional Autónoma de México
en coedición con Lincoln Institute of Land Policy,
se terminó de imprimir el 30 de septiembre de 2013,
en los talleres de Editores e Impresores Foc, S.A. de C.V.,
calle Los Reyes 26, Col. Jardines de Churubusco,
Delegación Iztapalapa, 09410, México, D.F.
La composición tipográfica se hizo en tipo Goudy
de 12/14, 11/13, 10/11.5 puntos.
La edición en offset consta de 500 ejemplares.
La reimpresión en Colombia consta de 500 ejemplares
y se terminó de imprimir en noviembre de 2015.



Expropiar es muy mal visto hoy en día.

En los tiempos de lo que se llama la *gobernanza*, dominados por la idea de que todo acto de gobierno debe ser producto del consenso social, privar a alguien de su propiedad sin su consentimiento, aunque sea para satisfacer una necesidad pública o social, parece ser un desatino. Y sin embargo, todos los estados contemporáneos, incluso los más comprometidos con la tradición liberal, recurren a la expropiación para una cosa u otra.

En las ciudades de América Latina, la expropiación ha dado lugar a tensiones y conflictos que a veces producen efectos tan inesperados como una crisis financiera en São Paulo o el desafuero del jefe de gobierno en la ciudad de México. ¿Para qué fines se usa hoy en día la expropiación? ¿En qué condiciones suscita los conflictos más enconados? ¿Cómo procesan los poderes judiciales esos conflictos? Este libro reúne las respuestas de un grupo de investigadores que ha venido discutiendo el tema por varios años, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Sociales y del Lincoln Institute of Land Policy.

El Instituto de Investigaciones Sociales lleva a cabo investigación científica en el campo de las ciencias sociales. Su objetivo es impulsar el desarrollo del conocimiento en dichas disciplinas así como ofrecer soluciones a los problemas nacionales de índole social.

El Lincoln Institute of Land Policy es una fuente de recursos preeminente sobre temas clave relacionados con el uso, reglamentación y tributación del suelo. A través de actividades de capacitación e investigación de la más alta calidad, el Instituto busca mejorar el diálogo público y las decisiones sobre políticas de suelo.



SECRETARÍA DE PLANEACIÓN