



## Informe de Investigación

### Título: El Derecho de Propiedad Constitucional

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Constitucional.	<b>Descriptor:</b> Derechos Fundamentales.
<b>Palabras clave:</b> Propiedad Constitucional, Concepto constitucional de propiedad, Propiedad libertad y régimen político, Limitaciones al derecho de Propiedad, Expropiación.	
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 06 – 2011.

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a)SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL.....	2
1. Derecho subjetivo «funcional».....	2
2. Su ubicación constitucional.....	6
b)EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD.....	6
El texto del artículo 45 de la Constitución.....	7
El derecho de propiedad como derecho humano.....	10
c)PROPIEDAD LIBERTAD Y RÉGIMEN POLÍTICO.....	14
Introducción general.....	14
Sección I. El Poder Constituyente.....	14
A) El Poder Constituyente Originario (PCO).....	15
B) El Poder Constituyente Derivado.....	15
Sección II. La reforma parcial a la Constitución.....	16
A) La reforma del artículo 45 de la Constitución.....	16
B) La intangibilidad del artículo 45 de la Constitución.....	16
Sección III. La ideología y régimen político.....	17
A) Diferentes dimensiones de la ideología.....	17
1) La ideología marxista.....	17
2) La ideología liberal.....	18
B) El régimen político.....	18
1) El régimen autoritario.....	18
2) El régimen totalitario.....	18
3) El régimen democrático.....	19
Conclusión general.....	19

<b>3 Normativa</b> .....	<b>20</b>
ARTÍCULO 45.- .....	20
<b>4 Jurisprudencia</b> .....	<b>20</b>
a)Limitaciones a la propiedad privada fundamentadas en la protección de intereses ecológicos y ambientales .....	20
b)Expropiación: Naturaleza jurídica y presupuestos para la fijación del justiprecio .....	27
c)Expropiación: Bases para definir el justiprecio, requisitos para la actualización económica y forma de considerar la revisión del avalúo administrativo .....	30
d)Competencia agraria: Análisis con respecto a actividades de agroturismo, ecoturismo y de desarrollo agrario sostenible .....	34
e)Expropiación: Concepto y finalidad .....	35
f)Expropiación: Fundamento y fijación de la indemnización.....	37

## 1 Resumen

Con el tema: ***el derecho de propiedad constitucional***, se realiza este informe, el cual contiene doctrina, normativa y jurisprudencia, explicando temas como: la naturaleza jurídica de la propiedad constitucional, el concepto constitucional de propiedad, la propiedad, libertad y régimen político, se cita el texto del artículo 45 de la Constitución, y variada jurisprudencia que tiene como puntos principales la expropiación y la función social de la propiedad.

## 2 Doctrina

### a)***SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL***

[Barnes]<sup>1</sup>

#### **1. Derecho subjetivo «funcional»**

Representa un sentir común entre la doctrina científica la comprensión de los derechos subjetivos de un modo radicalmente innovador. No cabe duda de que ha perdido la vieja teoría del derecho subjetivo su significado originario. Hoy, esta figura se asienta sobre el presupuesto del Estado social, del que se desprende la primacía de los aspectos sociales sobre los individualistas. Por ello, el constituyente occidental suele imprimirle expresamente algunas directivas en el enclave interno



de los derechos subjetivos que consagra. Tal es el caso de la función social de la propiedad privada (arts. 33 CE, 42 Constitución italiana, 14 Ley de Bonn, ...); o el de la libertad de empresa (que habrá de ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso con la planificación, artículo 38 CE; art. 41 Constitución italiana, que tras señalarle unos límites expresos, establece el deber de orientación y coordinación con los fines sociales).

En definitiva, los más trascendentes derechos subjetivos tienen en su misma impronta constitucional la referencia expresa —y transformadora— a su dimensión social. Y, en este plano, se hace notar la propiedad privada. En efecto, el más importante derecho subjetivo de carácter patrimonial, el más relevante poder sobre los bienes que reconoce el ordenamiento, está abocado, dirigido y esencialmente condicionado a satisfacer una función social.

En cualquier caso, no conviene, a nuestro propósito, entrar en la polémica doctrinal sobre los derechos subjetivos, su naturaleza, su alcance, o si el término «reconocimiento» (de un derecho) significa o alude a la existencia previa o natural de tal derecho o si, por el contrario, hace referencia tan solo a que existe o comienza a partir de su regulación constitucional<sup>86</sup>. Y ello porque no pertenece al objeto de nuestro estudio; parece claro que esta cuestión no resulta trascendente de cara a prestar legitimidad a la acción administrativa ni para encuadrar la frontera y garantías de la propiedad. Es suficiente, y ello nos basta por ahora, con indicar las coordenadas que enmarcan esta figura y la profunda revisión doctrinal a la que se han visto sometidos, arrojando, como resultado, el total abandono de sus perfiles tradicionales y subrayándose el aspecto social en el que se desenvuelven. Constituye, por lo demás, un tema muy debatido por los estudiosos de diversas ramas del Derecho.

Desde la posición hasta aquí sustentada, no parece que pueda haber problemas en admitir que la propiedad sea considerada como derecho subjetivo. En efecto, la teoría de la «funcionalización» resulta plenamente compatible con la naturaleza del derecho subjetivo. No hay dificultad en concebir el otorgamiento de un cierto poder —en nuestro caso, sobre los bienes— para satisfacer determinados intereses —función social—, satisfacción que precisamente determina el propio contorno del poder, su fisiología, su capacidad o dimensión.

En la misma campaña de revisión y de crítica que gravita sobre esta figura —como luego veremos— se ponen de relieve datos suficientes que nos permiten llegar a semejante conclusión. Así, se insiste en que todos los derechos y libertades constitucionales son limitados por naturaleza, límites que en ocasiones aparecen expresamente consagrados en la Constitución y, en otras, resultan de su juego con los demás derechos y bienes también constitucionalmente protegidos. De este modo, es factible hablar de «límites-contorno», de «límites-fisiología» o «función»; nada más lógico que un cierto poder individual esté diseñado para atender determinados intereses y no otros. Poder y función se complementan con nitidez o, en otras palabras, capacidad y competencia para alcanzar unos fines concretos.

Nótese que estas consideraciones constituyen el lógico corolario de las afirmaciones anteriores en torno a que el interés del particular y la función social se identifican con plenitud; en efecto, el fin para el que se reconoce el derecho subjetivo de propiedad privada interesa de igual modo al particular y a la sociedad. Y ello porque la función del derecho, que es la que le otorga su dimensión y fisiología, ha sido determinada por la sociedad en su propio beneficio (primero por el constituyente y, por el legislador, después) y en el del particular.

Del texto constitucional, por otro lado, parece desprenderse también su naturaleza de derecho subjetivo. La referencia a la función social no puede constituir un obstáculo para su comprensión en

tal sentido, al menos desde la clave interpretativa que hemos mantenido. Porque, como venimos observando, no empuja a la moderna construcción del derecho subjetivo, el hecho de que esté «sometido» al cumplimiento de un fin; antes bien, por el contrario, todo derecho, aunque no se reconozca positivamente ha de atender a un fin social.

De la expresión «se reconoce el derecho a la propiedad privada» del artículo 33.1 CE parece resultar su consagración como derecho subjetivo con sede constitucional. Por su misma naturaleza, no es admisible entenderlo como un principio rector de la economía o una directiva para el legislador. El adjetivo «privada» alude, por otro lado, al carácter individual —no individualista— de tal poder.

Desde esta perspectiva, quizá, resulte superada la ya tradicional distinción entre «límites» y «limitaciones». Sabido es que con el primer término se significa un derecho delimitado desde su interior, es decir, una propiedad privada cuyas facultades serán delineadas y cuyo resultado será la definición del contenido normal del derecho. Por el contrario, con el segundo —limitaciones— se hace referencia a un derecho absoluto que eventual-mente puede ser constreñido desde el exterior. Pues bien, con la teoría de los «límites», ideada para deshancar cualquier reminiscencia de la propiedad liberal y, simultáneamente, para dar solidez al nuevo edificio de la propiedad actual, no se responde con rigor al contenido real del derecho en cuestión. Y ello porque el «límite» se esfuerza por definir el contenido normal preferentemente por vía negativa. No configura de modo positivo lo que sea el derecho de propiedad, cuando menos directamente. Esta construcción parece seguir anclada en el «prejuicio» de la posible pervivencia de un derecho de propiedad absoluto que, ahora, en lugar de ser limitado —de modo excepcional y desde el exterior—, lo es desde sus entrañas, resultando entonces, residualmente, un haz concreto de facultades, hasta cierto punto reducido, sin generar indemnización alguna porque se trata del contenido normal, esto es, el que le corresponde con precisión.

No cabe duda de que esto representa un paso importante, un giro copernicano experimentado en la legislación especial sobre propiedad, muy distante ya del Código civil. Pero ha de reconocerse que se ha quedado a mitad de camino. Conviene concluirlo dando el paso decisivo de la mano de la Constitución.

Efectivamente, parece que la culminación de una adecuada comprensión de la propiedad constitucional reside en el análisis de lo que sea el derecho subjetivo. Para ello, conviene proceder por sucesivas aproximaciones:

— Los derechos subjetivos en estado «puro» —en el sentido de libertad plena— no parecen haber existido en la realidad jurídica decimonónica. Así, la propiedad liberal, según sabemos, tan sólo es absoluta en las solemnes proclamas liberales (Declaración de los Derechos del Hombre; art. 544 del «Code» o 348 Ce, ...).

— En la actualidad jurídica de nuestros días, tampoco representa una novedad reconocer que, en el seno del derecho subjetivo, aparecen situaciones jurídicas complejas (posiciones y relaciones jurídicas). En otras palabras, el derecho subjetivo se presenta acompañado de «cargas», «deberes», «vinculaciones», ... Y a todo ello lo denominamos «derecho».

— Si nos acenemos entonces al nuevo perfil del derecho subjetivo y a su nuevo marco (Estado social) nos ahorramos ulteriores problemas de conceptualización. Es decir, si el derecho subjetivo se traduce en un ámbito de poder para satisfacer determinados intereses que también competen al beneficio de la colectividad (poder funcional), no precisamos de nuevas

construcciones doctrinales que atemperen o corrijan a posteriori la vieja concepción del mismo (mera libertad, inercialmente ilimitada).

En concreto, resulta innecesario:

— Adjetivar el derecho subjetivo (por ejemplo, «debilitado») o el recurrir a expresiones más gráficas que, sin embargo, no saben reconducirse a un solo término y constituyen más definiciones que conceptos; tal es el caso de las «situaciones jurídicas complejas».

— Eludimos, asimismo, el deber de acompañar al término «derecho subjetivo» de «correctivos», puesto que, en realidad, devienen ahora innecesarios desde su nuevo alumbramiento. Así, en lo que se refiere al contenido del derecho se habla, según sabemos, de «límites» o, en lo que hace al recíproco juego de los derechos entre sí, se recurre al principio de jerarquía. Etiquetas superficieras, pues, que encubren un deficiente punto de partida.

— Por lo demás, parece igualmente artificioso diseccionar anatómicamente el derecho subjetivo para distinguir en su interior una amalgama de elementos irreconciliables (deberes, cargas, funciones, libertad, potestad).

Así, inmediatamente resulta «cómodo» unificar los aspectos «negativos» o de «límite» (deberes, etc.) bajo la bandera de la función social, quedando ésta empequeñecida y reducida en consecuencia a un mero título legitimador de inmisiones administrativas.

Y es que sólo desde la óptica apuntada (el interés del particular y la función social no son «partes en litigio» sino que, por el contrario, coinciden plenamente), puede llegarse a una cabal comprensión de lo que sea el derecho subjetivo constitucional de la propiedad privada.

En realidad no es ya problema calificar de derecho subjetivo a la propiedad. El «quid» reside entonces en una cuestión de grado, de equilibrio: descansa en el contenido esencial. Ahora bien, tal contenido ha de comprender, sin duda, no sólo un reducto de mera «libertad» indisponible, sino también a la misma función social. Porque, en efecto, siendo la función y el poder o libertad como las dos caras de una misma moneda —indisolublemente unidas—, hemos de concluir que la esencia —común denominador de todas las formas de propiedad— no puede estar tan sólo en una esfera de libertad, sino en un poder o libertad funcionales (es decir, libertad para algo).

Por último, cabe recordar la polivalencia del término «derecho» como institución y como titularidad subjetiva. «Faceta objetiva del derecho, como valor positivizado con una estructura compleja y con amplias ramificaciones...». Es decir, «de una parte, como elemento esencial de un ordenamiento objetivo, como un instituto jurídico, o una institución si se quiere, una figura que resume un valor asumido en el sistema jurídico de una comunidad y que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico.» Formalizado el instituto jurídico, «el núcleo institucional genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas».

De manera análoga, puede ser contemplado el derecho de propiedad, como venimos reconociendo. En la propiedad institucional o instituto se inscribe el contenido esencial que de ella predica el texto constitucional, representando, por lo demás, el común denominador de toda forma de expresión de la propiedad-derecho subjetivo.

## 2. Su ubicación constitucional

Sentada la naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad constitucional, conviene hacer referencia a una última cuestión conexas a este punto: si el derecho de propiedad privada es un derecho fundamental o, por el contrario, constituye uno de los derechos económico-sociales.

Con acierto, a nuestro juicio, ha prevalecido la posición doctrinal que identifica los derechos fundamentales con aquellos comprendidos en la sección 1.ª («De los derechos fundamentales y las libertades públicas») del Capítulo II del Título I de la Constitución española, es decir, con los derechos regulados entre los artículos 15 a 29 del mismo texto. Y ello sin perjuicio de que resulten de la ubicación del derecho de propiedad en la sección 2.ª («De los derechos y deberes de los ciudadanos») importantes garantías para éste, tales como la reserva de ley y el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE).

En consecuencia, al carecer del carácter de derecho «fundamental», no es objeto de protección a través del recurso de amparo ordinario ni constitucional (art. 53.2 CE), tal como ha puesto de relieve la propia jurisprudencia. Ni, de otro lado, su forma jurídica de desarrollo está reservada a la ley orgánica (art. 81 CE).

En realidad, una vez reconocida la protección constitucional dispensada —que, evidentemente, no da lugar a dudas desde la literalidad del art. 53 CE—, la polémica deviene intrascendente. Y es irrelevante, en efecto, porque de la consideración como derecho fundamental o no de la propiedad constitucional no van a derivarse mayores consecuencias. La única vertiente que pudiera gozar de enorme relieve —las técnicas de garantía, es decir, la protección de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos— no ofrece reparo alguno. La diferencia entre los de la sección primera y los de la segunda (donde se halla la propiedad) radica tan sólo en que éstos no cuentan para su defensa con el remedio procesal del amparo.

Ha de notarse, sin embargo, que de la mano de una interpretación coherente de la Constitución y apoyados en la misma jurisprudencia, se concibe a la propiedad como un derecho de los denominados económico-sociales. En este sentido, destacan las palabras de la STC de 7-II-1984: «el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico-social... conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos —especialmente de los de contenido patrimonial como el de propiedad— y al cumplimiento de determinados deberes...».

### **b) EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**

[Piza]<sup>2</sup>

Para no excederme, voy a tratar de limitarme a presentar algunas inquietudes y criterios generales sobre los aspectos fundamentales del concepto constitucional de propiedad, que contribuyan concretamente a establecer, o a que otros con mejores luces establezcan, qué contenido y alcances tiene, más que la propiedad, el derecho de propiedad en la Costa Rica de 1984, desde un punto de vista estrictamente jurídico, técnico—jurídico para decirlo mejor.



Con esto, comienzo por curarme en salud frente a una tentación que a menudo seduce a quienes se ocupan de instituciones como ésta, en constante evolución y estrechamente vinculada a posiciones político —ideológicas: voy a tratar de ceñirme al concepto jurídico—constitucional de propiedad, o del derecho de propiedad, como a mi juicio es, en el ordenamiento constitucional costarricense actual, no como creo yo que debe serlo, cuestión político—ideológica que no rehúyo, pero que debe deslindarse claramente entre otras cosas porque para poder definir cómo debe ser lo que debe ser, hay que saber primero bien cómo es lo que es.

Tengo que hacer todavía otra aclaración preliminar: cuando digo "punto de vista técnico—jurídico", lo hago rechazando expresamente la creencia de que, para satisfacer las exigencias de la técnica jurídica, baste con un análisis semántico o chato del texto constitucional, o recoger como verdades sacrosantas las que resulten de la interpretación y aplicación de este texto por nuestra jurisprudencia, que tiene el mérito de que viene mostrando progresivamente una plausible apertura a los principios, pero que también a veces se ha quedado en una posición formalista y se ha negado a sí misma potestades de tutela sobre los actos del legislador, alentando la desconfianza natural de los Juristas y de los costarricenses en las veleidades del poder político.

La verdad es que, para analizar y comprender cualquier institución como la propiedad, es necesario colocarse en perspectiva plena del ordenamiento constitucional en que la institución se enmarca: en el caso concreto, la institución constitucional de la propiedad en Costa Rica se inserta, en primer lugar, en el cuadro de los que la Constitución denomina derechos y garantías individuales, y yo derechos de libertad, que tienen sus connotaciones propias; en segundo lugar, esa institución ocupa un puesto determinado en la realidad y en la idea de la Constitución, es decir, por una parte, en lo que los especialistas llaman la Constitución material, la que efectivamente rige una determinada sociedad y, por la otra, en el conjunto de valores en que toda Constitución se funda y que toda Constitución tiende a realizar, como ideología y como proyecto de vida de esa sociedad.

Lo cual implica que no es lícito analizar ni posible comprender ese concepto de propiedad que la Constitución consagra en el artículo 45 como un derecho fundamental de libertad, sin acudir, además de a su texto formal y a sus peripecias jurisprudenciales, a la realidad de su funcionamiento en la sociedad costarricense de 1984, y a los principios generales que lo inspiran y que inspiran la totalidad del ordenamiento constitucional. Los conceptos jurídico-formales son importantes para definir el núcleo de la institución, pero dicen muy poco, y hasta puede que lo que digan conduzca a errores garrafales, si no se enmarcan en la realidad social en que esa institución de hecho juega y en los valores que realiza o aspira a realizar; y esto, no sólo en relación con esa institución particular, sino también, y sobre todo, en relación con la totalidad del ordenamiento a que pertenece y sirve.

### **El texto del artículo 45 de la Constitución**

Contiene tres conceptos generales que, efectivamente, como lo dicen sus comentaristas, confunden más que lo que aclaran: a) el concepto de que la propiedad es inviolable, b) el principio de que a nadie puede privarse de la suya salvo por causa de interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (dentro de 2 años en caso de guerra o conmoción interior); c) el principio de que la Asamblea Legislativa, por motivos de necesidad pública y mediante ley reforzada, puede imponerle limitaciones de interés social. Históricamente, esto tiene una explicación casi siempre olvidada: el artículo 45 de la Constitución actual es casi una



copia al carbón del artículo 29 de la Constitución de 1871, en su primera parte, según el texto original, y en su segunda parte (la que autoriza las limitaciones de interés social) según reforma por la ley No. 24 de 2 de julio de 1943. Esta fue la reforma que introdujo el capítulo de garantías sociales, y tanto en su motivación como en su discusión quedó muy claro que la reforma se hacían, en el derecho de propiedad, para prevenir que la legislación laboral pudiera ser tachada de inconstitucional. Por supuesto no pretendo que la reforma en sí se limite a ese alcance: lo señalo simplemente como explicación histórica de la aparente contradicción que pasó íntegra al artículo 45 de la Constitución actual.

El primer concepto de inviolabilidad de la propiedad, plantea tanto problemas en sí mismo como de contexto: entre los primeros, es fundamental determinar si se trata de la inviolabilidad del derecho de propiedad, en cuyo caso no se dice mucho porque todo derecho, por definición, es inviolable, o si se trata de la inviolabilidad de la institución en sí, la propiedad, y con que alcances, lo cual sugiere a la vez la necesidad de establecer si se trata, como algunos sostienen, de un resabio anacrónico del liberalismo económico; o de una simple inercia histórico-semántica, sin mayor importancia; o de otra cosa, como podría ser y a mi juicio es la afirmación de que se trata de un derecho fundamental del ser humano especialmente reforzado como uno de los principios básicos de esa toma de decisión ideológica enmarcada en el régimen democrático liberal (aquí lo de liberal en un sentido diferente) característico de todo el ordenamiento constitucional costarricense. Es obvio que las respuestas a esta cuestión serán diversas según se escoja uno u otro de esos planteamientos.

En cuanto al conexto, es necesario examinar dos cuestiones principales: la primera se refiere al contenido en sí de la propiedad o del derecho de propiedad. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia, a mi juicio, muy desafortunadamente, ha dicho que la Constitución garantiza el derecho de propiedad pero no define su contenido, con lo que esta definición queda reservada a la ley, lo cual equivale a decir que la garantía constitucional se da sólo contra actos de rango inferior a la ley pero no frente a ésta o, lo que es lo mismo, que si bien el derecho de propiedad es invocable a través del recurso de amparo, no lo es a través del recurso de inconstitucionalidad.

La segunda cuestión relativa al contexto es aún más compleja y se plantea, a mi juicio, en dos niveles: en el nivel del ordenamiento constitucional en sí mismo, y en el nivel del derecho internacional de los derechos humanos. En el nivel constitucional, considero indispensable tomar en cuenta tanto el hecho de que el derecho de propiedad está ubicado, formal y materialmente, en el elenco de los llamados derechos y garantías individuales que, como dije, deben denominarse en general derechos de libertad, como el de que, obviamente, la propiedad está anclada en el sistema constitucional costarricense como uno de sus principios fundamentales, es decir, como uno de los atributos básicos del sistema general de organización política, jurídica, económica y social escogido por los costarricenses como forma de vida. Este sistema puede cambiar, y puede cambiar hasta cierto punto la regulación constitucional del derecho de propiedad en sí, pero sólo hasta cierto punto y sólo mediante una reforma constitucional, que no puede de todos modos alterar su esencia.

En el nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la cuestión es también importante porque, cualesquiera que sean el efecto y validez que se reconozcan en el derecho interno costarricense al derecho internacional general o a los tratados y convenios internacionales, en el campo de los derechos humanos se ha producido una verdadera revolución, no solamente con respecto al derecho internacional tradicional, sino también con respecto a su penetración en el derecho interno. Así, puede tenerse por consolidado ya el principio de que las normas relativas a derechos humanos son universales, pertenecen al derecho internacional general y, dentro de este mismo, constituyen jus cogens, es decir, normas imperativas con validez universal y superior a la de

los propios tratados, así como el principio de que los derechos fundamentales de la persona humana, reconocidos por el derecho internacional, son, como universales, los mismos en cualquier ordenamiento, internacional o interno (no hay derechos humanos internacionales y derechos humanos internos o constitucionales, sino derechos humanos a secas, sólo que protegidos por diversos regímenes jurídicos). De manera que si el derecho de propiedad está reconocido como un derecho humano fundamental (y ya veremos que lo está, tanto a nivel universal como, sobre todo, regional interamericano), los contenidos del mismo, según estén consagrados en el derecho internacional y en el interno, se interactúan simbióticamente, incorporándose los del primero al segundo y los del segundo al primero. Es por esto, sobre lo que no puedo detenerme más, por lo que me he atrevido en otras oportunidades a hablar de un verdadero derecho transnacional de los derechos humanos.

Lo anterior, como planteamiento del primero de los problemas que suscita el artículo 45 de la Constitución: el concepto de inviolabilidad de la propiedad.

En relación con los otros dos: la garantía de no privación de la propiedad salvo interés público legalmente declarado y mediante indemnización, normalmente previa, y la potestad de imponer a la propiedad limitaciones de interés social mediante ley reforzada, el problema, a la luz de su texto y de su contexto, como queda dicho, debe plantearse en los siguientes términos:

A) Normalmente la privación de la propiedad es un hecho singular, pero no necesariamente: es perfectamente posible que esa privación, singularizada o singularizarse, resulte como consecuencia de una disposición de carácter general (tal fue el caso, por ejemplo, de la declaración de las aguas de los ríos como de dominio público, que implicó una expropiación para todas las fincas que hasta entonces incluían esos ríos o tenían sus linderos por la mitad de su cauce; o la misma declaración con respecto a las playas o a la milla marítima, que no la implicó porque la ley en este caso respetó los derechos de propiedad adquiridos con anterioridad)

B) Las limitaciones, en cambio, autorizadas por el párrafo 2 del artículo 45, normalmente se establecen por disposiciones generales (normas, no actos), aunque sus resultados de detrimento al ejercicio del derecho de propiedad sean singulares para cada propietario (por ejemplo, las limitaciones resultantes de los planes urbanos), si bien teóricamente no es inconcebible que pueda imponerse mediante actos concretos de afectación, legalmente fundados (como cuando se autoriza por ley al Ministerio de Salud y a las Municipalidades a rechazar permisos de construcción o licencias de operación a determinados establecimientos molestos para el vecindario.

C) Además, los conceptos mismos de privación y de limitación no son siempre deslindables con claridad: hay así, limitaciones, incluso generales, que por su intensidad y aún por su propia naturaleza importan verdaderas privaciones de propiedad (como ocurre por ejemplo cuando la Ley Forestal prohíbe totalmente transformar las fincas de vocación forestal y, a la vez, explotar sus recursos maderables, lo cual implica para el propietario no tener propiedad).

D) Como consecuencia de lo anterior, creo que racionalmente hay que entender los dos principios del artículo 45 de la siguiente manera: Por un lado, hay limitaciones y privaciones del derecho de propiedad que implican "privación" conforme al texto constitucional, y que sólo pueden imponerse por motivos de utilidad pública y mediante indemnización; y hay, por el otro, limitaciones y privaciones del Derecho de Propiedad que implican "limitación" conforme al texto constitucional y que, por ende, pueden imponerse mediante ley reforzada y sin indemnización. Lo cual nos lleva a la necesidad de determinar qué limitaciones o privaciones equivalen a una privación indemnizable y qué limitaciones o privaciones constituyen simples limitaciones no indemnizables (o no

necesariamente indemnizables).

### **El derecho de propiedad como derecho humano**

Comienzo aquí porque de la respuesta a esta cuestión depende en gran medida la de si existe o no un contenido constitucional del Derecho de Propiedad.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya ha dejado de ser tema de lege ferenda para entrar de lleno en el derecho positivo, tanto a nivel universal como sobre todo, regional interamericano: Hay una carta internacional de los Derechos Humanos, constituida por una impresionante serie de instrumentos jurídicos, en cuya cabeza se encuentran las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos y principalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948 (a las que por cierto la reticencia en convertirlas en tratados propiamente dichos, acabó haciéndoles un enorme favor, porque les ha permitido penetrar, lenta pero seguramente, en el Derecho Internacional General, que obliga a los Estados por encima de su voluntad manifestada en instrumentos concretos (tratados o convenciones); es importante señalar cómo tanto esas declaraciones como los tratados que las desarrollan (en general, los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a nivel universal, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en el regional Interamericano). Establecen los derechos fundamentales de la persona humana, no como simples derechos positivos, sino como verdaderos derechos naturales, derivados de la intrínseca dignidad del ser humano. Y, por ende, anteriores y superiores a toda autoridad, que no los inventa como acto de su voluntad, sino que los descubre como acto de su razón, y que, por lo tanto, no los otorga libremente sino que los reconoce obligatoriamente.

El derecho de propiedad, bien que en una forma muy general, está reconocido por el artículo 17 de la Declaración Universal ("Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad") y por el artículo 23 de la Declaración Americana ("Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa y del hogar"). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ciertamente, lo omitió, pero no significando que lo desconoce (no podía hacerlo, puesto que se fundamenta en todo en la Declaración Universal, sin hacer ninguna salvedad), sino porque no fue posible alcanzar un texto de consenso entre los más de 100 Estados representados en la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó su texto; en todo caso, en lo que interesa al Continente Americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José"), más bien lo reafirmó y explícito en su artículo 21 ("Toda persona tiene derecho al uso y goce al interés social. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante 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. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley"). Como elementos complementarios para aquilatar sus alcances, especialmente en el ámbito del Sistema Interamericano, es importante destacar que en éste la democracia representativa (occidental, liberal o como quiera llamársele) es Derecho legislado, así como que la obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona humana se extiende más allá de su respeto puramente negativo (deber de no violar la propiedad y de amparar a la víctima contra su violación), al deber positivo (verdadero derecho de prestación) de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda



persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna" (art. 1o. Convención); este deber posiblemente implicaría que el 'acceso a la propiedad' es también un derecho fundamental del ser humano.

Lo dicho atrás respecto de los alcances y naturaleza de este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, me permite afirmar, en lo que interesa, que basta con que el derecho de propiedad esté reconocido en él como un derecho fundamental del hombre, para que, en la simbiosis propia de lo que he llamado Derecho 'Transnacional' de los Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada reconocido por la Constitución Política de Costa Rica, sea para este país la combinación del mismo y del reconocido por los textos internacionales, tanto como derecho constitucional a su nivel interno, cuanto como derecho humano a nivel internacional; o, dicho de otro modo, que tanto el contenido del derecho de propiedad como derecho humano a nivel internacional se incorpora al contenido del derecho de propiedad como derecho constitucional costarricense, como viceversa, el contenido del derecho de propiedad como derecho constitucional costarricense se incorpora, para Costa Rica, al contenido del derecho de propiedad como derecho humano a nivel internacional, de manera que la violación de uno implica por definición la violación del otro.

Todo esto obliga a una aclaración importante: lo que acabo de decir no significa que, en mi concepto, el derecho de propiedad en Costa Rica tenga que seguir siendo necesariamente el que es, sino que mientras lo sea en la forma en que está consagrado por la Constitución, incorpora a sí mismo dado el peso del Derecho de los Derechos Humanos, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Pero, naturalmente, el contenido concreto de ese derecho constitucional de propiedad puede ser modificado siempre que se respete el contenido mínimo establecido por el Derecho Internacional, que es bastante menos rígido y detallado (así, por ejemplo, creo que no sería Válidamente posible para Costa Rica eliminar del derecho de propiedad su titularidad privada, ni de su extensión como 'derecho' el de libre disposición (que implica, sencillamente, el derecho de no ser propietario), ni de su contenido el derecho a los bienes de producción y, por ende, el derecho concomitante de explotarlos económicamente en provecho de su propietario, dentro de límites 'razonables', como todo derecho; y no sería ello posible, porque dentro de lo poco que sí establecen los textos internacionales de derechos humanos sobre el de propiedad, sí está el ser un 'derecho' (los derechos humanos son unilaterales y, por lo tanto, no están condicionados a un deber concurrente), el de tratarse de un derecho de propiedad privada (no un derecho público de concesión ni nada por el estilo) y el de ser un derecho al uso y goce de los bienes; por otra parte, la propiedad productiva representativa, liberal o humanista, consagrada también por dichos instrumentos internacionales (me refiero a los de ámbito regional interamericano, como el Pacto de San José).

Lo anterior, sumado a la circunstancia de que la Constitución costarricense claramente corresponde a esa concepción democrático—liberal, me lleva a la afirmación de que el derecho de propiedad en Costa Rica sí tiene un contenido constitucionalmente garantizado y de que, en este sentido, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia es, con todo respeto, indigerible. La verdad es que toda norma jurídica, y las constitucionales con mayor razón, se refiere necesariamente a conceptos jurídicos indeterminados, más o menos indeterminados, cuya determinación debe hacerse en los niveles más concretos de su interpretación y aplicación; pero decir de ahí que la Constitución garantiza el derecho de propiedad pero deja la definición de su contenido (o contenidos) a la ley, es no sólo un absurdo sino que implica además una verdadera desconstitucionalización del derecho mismo. Aún en el caso de que se considere que la Constitución deja al legislador una determinación discrecional de ese contenido, no puede de ahí sacarse la deducción de nuestra Corte Plena: modernamente, la discrecionalidad no es más que un

margen relativo, y bien relativo, de elección, sujeto a límites externos (el respeto al bloque de legalidad; ya no hay actos discrecionales sino sólo una cierta esfera de discrecionalidad en cada acto, salvo los totalmente reglados, que son pocos por cierto) y también a límites internos (un mínimo de racionalidad o razonabilidad, de conveniencia u oportunidad, de justicia o de bien común), objetivos y siempre fiscalizables por el Juez y, por ende, siempre capaces de determinar la ilegalidad (en nuestro caso, por inconstitucionalidad) y de causar la consiguiente nulidad o anulación de la conducta discrecional. Pero es que, tratándose de los conceptos jurídicos indeterminados, el Derecho Público contemporáneo ha establecido que éstos, al menos normalmente, ni siquiera crean discrecionalidad, porque sólo autorizan una conducta válida posible, de manera que su determinación, por una norma inferior o un acto concreto, es una simple operación intelectual reglada, sujeta totalmente al contralor jurisdiccional. No quiere esto decir que el legislador o la administración no pueda equivocarse al determinarlos, sino que cualquiera que sea la determinación que hagan, en definitiva será fiscalizada por el juez o, lo que es lo mismo, que la determinación final del concepto será la que haga el juez.

En resumen, y aplicando los parámetros expuestos:

- a) El derecho de propiedad en Costa Rica es un derecho fundamental y tiene un contenido constitucional, fiscalizable jurisdiccionalmente.
- b) El derecho constitucional de propiedad en Costa Rica incluye el derecho, no solamente los bienes de consumo o de uso, sino también los reproductivos, es decir, en general, la propiedad como medio de producción, salvo las excepciones contempladas en la propia Constitución (propiedad pública, propiedad del Estado);
- c) Ese contenido del derecho de propiedad en Costa Rica debe determinarse de conformidad con los principios generales del ordenamiento constitucional y con el concepto mismo de propiedad jurídicamente acumulado, el cual debe entenderse incorporado a la Constitución (en este sentido, la definición del dominio y sus atributos esenciales: posesión, uso y goce, transformación, disposición, defensa, reivindicación);
- d) Son constitucionalmente posibles las limitaciones razonables a alguno o algunos de los atributos del dominio, siempre que esas limitaciones no lleguen al extremo de impedir el ejercicio normal, razonable y económicamente rentable de la propiedad, o a la pérdida de alguno de aquellos atributos esenciales; estas limitaciones son posibles sin indemnización, o con la indemnización que la ley considere apropiada (su indemnizabilidad no está garantizada constitucionalmente, lo cual quiere decir que no es necesaria, aunque sí, desde luego, posible);
- e) Toda limitación lícita al derecho de propiedad, en los términos expuestos, está reservada a la ley reforzada (aprobación por dos tercios de votos de los miembros de la Asamblea Legislativa, la cual no debe ni puede presumirse), de manera que en esta materia no son posibles las delegaciones limitadas que una jurisprudencia también desafortunada ha tenido por válidas en otras, como la potestad impositiva del Estado;
- f) Todo esto implica que, tanto la privación directa de la propiedad como cualquier limitación, incluso legislativa y por ley reforzada, que tenga como resultado privar o disminuir irrazonablemente el ejercicio del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos fundamentales, si fundada en un interés público legalmente declarado equivale a una expropiación, que debe ser indemnizada previamente (salvo los casos de excepción contemplados en el artículo 45 constitucional, en que la indemnización debe pagarse dentro de los dos años siguientes a la



cesación de la guerra o conmoción interna que la motiva), y si no fundada a una confiscación, totalmente prohibida por la Constitución (art. 40);

No debe interpretarse lo expuesto como defensa de un derecho de propiedad anacrónico y absoluto, ni mucho menos como desconocimiento de que la propiedad se manifiesta en muchísimas formas diferentes y respecto de muchísimas clases de bienes, que requieren cada una un tratamiento conforme con su naturaleza y fin. Por el contrario, considero que lo dicho por mí en relación con el contenido y alcances del derecho constitucional de propiedad y, más todavía, con sus posibilidades de reforma sin exceder los límites del régimen constitucional costarricense, es perfectamente compatible con el principio de que la propiedad tiene también una función social y a ella debe ajustarse, y con el corolario de que cada tipo de propiedad tiene también un cierto tipo de función social a la que debe acomodarse.

Sin embargo, no está de más adelantar otra observación importante, aunque no cabe en los límites de esta presentación desarrollar: eso de la función social de la propiedad puede prestarse y se presta a dos interpretaciones principales, a mi juicio una de ellas compatible y otra no con el concepto del derecho de propiedad en función del sistema democrático representativo y de los derechos humanos fundamentales, así como están establecidos en el sistema regional interamericano: la que sí es compatible con ese concepto del derecho fundamental de propiedad, es la de que la función social de la propiedad como institución, no del derecho mismo de la propiedad, es decir, significa que la institución de la propiedad debe orientarse al cumplimiento de una función social y, por ende, que el derecho de propiedad está limitado por esa orientación; pero que ese derecho de propiedad es derecho subjetivo y es privado, de manera que la función social de la propiedad es tarea que toca a la sociedad cumplir, pero no al propietario, que sigue siendo eso: propietario y que no puede ser convertido en funcionario de esa función social. En cambio, me parece que sería incompatible con el derecho fundamental de propiedad, como derecho de cada ser humano en función de propietario (privado), la pretensión de que éste esté obligado positivamente a ejercerlo cumpliendo él mismo esa función social, porque entonces se le estaría convirtiendo prácticamente en funcionario de esa función. Dicho con otras palabras: la propiedad como institución existe y se define en cuanto cumple, a la vez, una función, personal, de utilidad e interés para el propietario, y una función social, de utilidad e interés para toda la sociedad; el derecho de propiedad, por lo tanto, es un derecho de cada ser humano (propietario), cuyo ejercicio, no obstante, la sociedad puede y debe someter a limitaciones que lo hagan compatible con dicha función social, pero ésta es tarea a cumplir por la sociedad, no por el propietario, que descarga su deber con sólo no ejercerla de manera contraria a tal función, pero que no está obligado a realizarla él mismo de manera positiva, porque eso equivaldría simplemente a colectivizar el derecho mismo de propiedad. En este sentido, hay que cuidarse de la ligereza con que a veces se trata el problema de la función social de la propiedad.

Por otra parte —y permítaseme que me salga una vez más de los límites técnico-jurídicos que me he impuesto— creo que es necesario y urgente enfrentar el problema de una posible reforma del artículo 45 de la Constitución, precisamente para que el concepto constitucional de propiedad y el derecho constitucional de propiedad se definan mejor y se ajusten mejor a la función social de la primera y, como decía el Santo Padre a nuestros jóvenes y nos recordaba el Doctor Duque Corredor, se asiente en el presente, recordando el pasado pero mirando al porvenir; pero, por eso mismo, sin perder de vista la perspectiva fundamental de la sociedad democrática y humanista que debemos y queremos los costarricenses preservar, perspectiva con la que es consustancial la libertad de la propiedad y de la actividad económica, dentro de los límites del llamado Estado Social de Derecho, es decir, teniendo presente que, lejos de destruir el derecho fundamental de propiedad, procuremos más bien que todos tengan acceso a él.



Terminado este largo paréntesis, debo terminar reconociendo que, al haber tratado de aclarar el concepto constitucional de la propiedad y del derecho de propiedad en Costa Rica, puedo no haber hecho otra cosas, en definitiva, que desplazar la indeterminación de esos conceptos a la indeterminación del principio de razonabilidad. Pero aún en este simple desplazamiento hay, a mi juicio, una contribución importante a la claridad constitucional: el criterio de razonabilidad es mucho más manejable y mucho menos controvertible que el primero, e introduce, sobre todo, una corrección fundamental a nuestra jurisprudencia: La afirmación de que el contenido y alcances constitucionales del Derecho de Propiedad no son aire retórico librado a los vaivenes a menudo irresponsables y siempre veleidosos, de los poderes políticos, sino a la tutela, ojalá que más firme y racional, de los Tribunales de Justicia.

### **c) PROPIEDAD LIBERTAD Y RÉGIMEN POLÍTICO**

[Méndez]<sup>3</sup>

#### **Introducción general**

El presente desarrollo tiene por propósito un análisis de la propiedad a nivel del Derecho Constitucional. Es menester, consecuentemente, referirse a los siguientes temas de trascendencia. Primero, el artículo 45 de la Constitución expresa la naturaleza liberal de nuestro sistema jurídico—político. Segundo, el artículo 45 de la Constitución puede ser reformado por medio del poder constituyente derivado siempre que subsista la esencialidad del sistema liberal. Y tercero, la propiedad privada es creadora de seguridad y favorece el desarrollo de la libertad.

El estudio de estos temas exige en análisis del poder constituyente, la posible reforma del artículo 45 de la Constitución, la ideología marxista y liberal y los regímenes autoritario, totalitario y democrático.

#### **Sección I. El Poder Constituyente**

El 8 de mayo de 1948 la Junta Fundadora de la Segunda República ponía fin al régimen constitucional existente. Mediante el Decreto Ley No. 2 de esa misma fecha se derogaba la Constitución de 1871, excepto los capítulos referentes a las garantías individuales, nacionales y sociales cuya vigencia se restablecía provisionalmente. A partir de esa fecha se instala en el país un régimen revolucionario que se prolongaría durante 18 meses.

Resulta importante señalar que la revolución de 1948 fue de naturaleza esencialmente política y no social. De manera que sus líderes mantenían mentalmente sus creencias en un régimen liberal fundado lógicamente en la propiedad privada. Se luchó por la pureza del sufragio y, para lograrlo, se creyó necesario el derrocamiento de los titulares constitucionales del poder político de la época. El 3 de setiembre de 1948 se convocó a elecciones para integrar una Asamblea Nacional Constituyente. Esta se instalaría el 15 de enero de 1949. La convocatoria a esta Asamblea, se



plantea el problema doctrinario del poder constituyente originario y derivado.

### **A) El Poder Constituyente Originario (PCO).**

El Poder Constituyente Originario (PCO) aparece generalmente en los períodos de crisis. El sistema jurídico necesita renovarse en su estructura más elevada. Esta renovación debe obedecer a necesidades fundamentales del sistema y no a intereses intrascendentes de personas o grupos. Por las características del PCO existe una resistencia sostenida a ejercerlo. La Junta Fundadora de la Segunda República al convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, ofreció al cuerpo electoral el ejercicio de ese poder a través de sus representantes.

La doctrina constitucional ha establecido que este Poder Originario tiene una competencia total y no está sometido a limitaciones de forma o de fondo. Se trata de un poder absoluto que se sitúa fuera y por encima del Estado mismo.

Estas características explican por qué los constituyentes de 1949 no aceptaron el proyecto de constitución aportado por el grupo social demócrata y, en cambio, tomaron como base de discusión la constitución de 1871 derogada por la Junta.

El proyecto social demócrata reconocía y garantizaba, en su artículo 54, la propiedad privada, pero advertía que el Estado podría tener dominio sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional. En la exposición de motivos del proyecto se enfatizaba que no se intentaba establecer un Estado socialista, mas el Estado —si la mayoría del cuerpo electoral así lo decidía— podía tomar medidas para hacer compatible la propiedad privada con la sociedad individualista que se tenía. Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó como criterio de propiedad el establecido en el artículo 29 de la Constitución de 1871. Empero, es preciso señalar que tanto la propuesta social demócrata como el texto de propiedad privada aprobado por la Asamblea Legislativa mantenían incólume el régimen liberal. Existieron, únicamente, diferentes matices dominados por las circunstancias propias de la ideología liberal.

Queda por determinar si el Poder Constituyente Derivado (PCD) tiene competencia para modificar el contenido del artículo 45 de la Constitución Política.

### **B) El Poder Constituyente Derivado.**

El Poder Constituyente derivado (PCD) no tiene una competencia total sino limitada por razones de forma y de fondo. Formalmente, este poder está limitado por un procedimiento, especialmente agravado, preestablecido en el artículo 195 de la Constitución. La rigidez de este procedimiento dificulta de modo ostensible la reforma constitucional. Substancialmente, el PCD tiene límites en la llamada intangibilidad de ciertas disposiciones de la Carta Fundamental. Significa que por la trascendencia que tienen determinados contenidos constitucionales, los mismos no pueden ser modificados. A este efecto, se señala que existen dos situaciones de hecho. La primera, cuando el texto constitucional contiene una prohibición jurídico-constitucional que inhibe la reforma de ciertas disposiciones esenciales. La segunda situación se remonta al espíritu o telos de la Constitución. Y a partir de este espíritu o telos se establece qué contenidos no pueden ser reformados. Esta última

situación es la que prevalece en nuestro sistema constitucional. Esta conclusión tiene apoyo tanto en la doctrina relativa al poder constituyente derivado, como en la voluntad que dominó cierto sector de la Constituyente de 1949.

## **Sección II. La reforma parcial a la Constitución**

El ejercicio del Poder Constituyente Derivado (PCD) evita la consulta popular. Es decir, hace innecesaria la designación de Diputados Constituyentes para revisar y reestructurar contenidos constitucionales. Los Diputados ordinarios, investidos ocasionalmente del PCD, pueden introducir reformas a la Carta Magna. Empero, la acción legislativa ordinaria tiene límites procedimentales y de contenido.

### **A) La reforma del artículo 45 de la Constitución.**

El artículo 45 de la Constitución es el fundamento de nuestro sistema político y económico. Establece esta norma que la propiedad privada es inviolable pero que, por motivos de necesidad pública, la Asamblea Legislativa puede imponerle limitaciones de interés social. Incluye también, este artículo, el instituto de la expropiación en ciertos casos pero con el pago de una indemnización justa.

El contenido del artículo 45 es muy especial. Se trata de una norma sobre la cual se funda nuestro sistema político y económico. La Asamblea Nacional Constituyente, elegida popularmente, así lo instituyó. De manera que habría que preguntarse en qué grado el contenido de este artículo puede ser reformado por el PCD. Al efecto, es indispensable examinar a la luz de la doctrina la llamada intangibilidad de cierta normativa constitucional.

### **B) La intangibilidad del artículo 45 de la Constitución.**

Por doctrina, el Poder Constituyente Derivado (PCD) es incompetente para transformar la esencialidad de la norma 45 de la Constitución. El PCD tiene su origen en el Poder Constituyente Originario (PCO). De manera que aquél tiene límites no sólo formales sino substanciales. Interesan los límites substanciales. Si el PCO ha establecido un sistema político y económico fundado en la propiedad privada, no podría el PCD destruir este sistema creando otro, por ejemplo socialista. Y no podría hacerlo porque, en un régimen de normalidad constitucional, sólo el PCO sería competente para transformar radicalmente nuestro sistema de economía y de gobierno.

La doctrina constitucional habla frecuentemente de la intangibilidad de las normas de la Carta Magna que se refieren a la forma de gobierno. Sin embargo, la intangibilidad podría ser absoluta o relativa, dependiendo de la naturaleza de la transformación que se pretenda.

Conceptuaríamos como absoluta la prohibición de cambiar, por medio del PCD, nuestro sistema democrático liberal por una democracia popular como la de China continental o la de Corea del Norte. Una transformación tan profunda sólo sería posible, en período de normalidad constitucional, mediante una Asamblea Nacional Constituyente. También podría lograrse el mismo propósito mediante una revolución armada como la ocurrida en la Unión Soviética.

Existiría intangibilidad relativa cuando, a través del PCD, se proponga una modificación a la propiedad privada que no la desintegre para dar nacimiento a otro tipo de propiedad. Actualmente se discute en el Parlamento un proyecto de reforma al artículo 45. Se pretende establecer con claridad la función social de la propiedad. En este caso el PDC es competente para realizar la reforma, por cuanto el contenido esencial de la norma permanece inalterable. Dentro de estos límites, la reforma pretende atenuar lo absoluto de un concepto. Por tanto, la función social estaría enmarcada dentro de la esencialidad de lo que es la propiedad privada.

Es de señalar que la ideología se relaciona con el concepto que se tenga de la propiedad.

### **Sección III. La ideología y régimen político**

La concepción que tiene de la libertad un liberal no es la misma que tiene un marxista. Para éste, es un derecho que se desarrolla dentro del Estado. Para un liberal, es un derecho que releva del Derecho Natural y, por lo tanto, preexistente al Estado mismo. El marxista llama concreta a su libertad; y abstracta y carente de contenido, a la del liberal.

Ambas concepciones tienen relación con la naturaleza privada o estatal de la propiedad.

#### **A) Diferentes dimensiones de la ideología.**

La ideología se define como la creencia en un sistema complejo de explicación de la sociedad y del mundo". A partir de este concepto genérico podemos determinar el contenido de la ideología liberal y la ideología socialista.

##### **1) La ideología marxista.**

El marxismo considera la propiedad privada de los medios de producción como la fuente de alienación proletaria. El marxismo constituye un sistema de análisis de las sociedades humanas en vista de la acción elaborada por Marx y Engels, quienes ven la historia dominada por la lucha de clases.

Por otra parte, el marxismo leninismo es una interpretación muy personal que de la teoría marxista hace Lenin. Para ello se funda en la realidad rusa, se pronuncia por la dictadura del proletariado a través de un partido fuertemente centralizado. Esta concentración de poder permitiría el pasaje del capitalismo al comunismo.

Ideológicamente, el marxismo implica la supresión del capitalismo, o sea la extinción de la propiedad privada. La socialización de estos medios se produce en la primera fase denominada socialismo. En la segunda fase, llamada comunismo, la propiedad será abolida (salvo para la consumación). En la etapa del comunismo el Estado y el Derecho desaparecerían teóricamente.

## 2) La ideología liberal.

La ideología liberal cree en la preminencia del individuo en el cuadro del Estado, permitiéndole realizarse en todos los dominios. Esta es la ideología establecida en el texto de la Constitución costarricense. La organización de las libertades públicas, el fortalecimiento del Estado Social de Derecho, una adecuada distribución de la riqueza y un proceso enseñanza-aprendizaje fundado en principios científicos, nos aproximarían a la meta trascendente de una democracia económica y social.

Existe una relación directa entre el régimen de la propiedad y el régimen político.

### B) El régimen político.

El régimen de propiedad y la estructura del poder determinan el régimen político. La democracia costarricense bien podrían orientarse hacia un régimen autoritario o totalitario según se desarrollen las contradicciones sociales y grupos determinados se apropien del poder. Cualquiera de estas dos formas de gobierno -autoritarismo y totalitarismo— afectarían gravemente nuestro destino histórico.

#### 1) El régimen autoritario.

Con base en las dificultades económicas que sufre el país, un cierto grupo político podría violentamente asumir el poder. Y este grupo designaría a una persona, un dictador, una asamblea o un Partido para que ejerza de modo exclusivo el poder. Los destinatarios de las decisiones gubernamentales serían excluidos de toda participación. Habría, entonces, un régimen autoritario montado sobre una estructura privada de la propiedad.

El régimen autoritario se refiere fundamentalmente a la estructura gubernamental. Este régimen tiene, por tanto, un interés sobre el control político del Estado y no pretende dominar la totalidad de la vida social y económica de la comunidad. Debe destacarse que el régimen autoritario posee siempre una ideología que justifica el orden establecido. No obstante, esta ideología no es siempre suficientemente consistente; ni tampoco se la ejecuta en todos sus extremos. Modernamente la ideología más frecuente, en los regímenes autoritarios, es el nacionalsocialismo.

De todo lo indicado, reiteramos que los regímenes autoritarios no pretenden dominar la totalidad de la vida social, permitiendo la existencia de la propiedad privada. No es extraño que el Estado autoritario evolucione hacia un Estado Constitucional.

#### 2) El régimen totalitario.

El régimen totalitario tiende a regular todo el orden socio-económico y moral de la dinámica estatal.

"Su intención es modelar la vida privada, el alma, el espíritu y las costumbres de los destinatarios del poder de acuerdo con una ideología dominante, ideología que se impondrá a aquéllos que no se quieran someter libremente a ella, con los diferentes medios de procesos del poder. La.

ideología estatal vigente penetra hasta el último rincón de la sociedad estatal; su pretensión de dominar es 'total'".

Resulta evidente que para el funcionamiento de un régimen autoritario se requiere obediencia ante la orden gubernamental. Para el logro de esta obediencia es menester establecer un Estado policial que imponga la ideología y quebrante cualquier intento de oposición. En este orden de ideas Estado policial y Estado totalitario son sinónimos.

"La exclusividad tiránica de la ideología oficial del Estado no permite la libre circulación de otras ideologías ni la competencia entre ellas, los ejemplos más notables del totalitarismo moderno son el fascismo italiano, el nacionalsocialismo en Alemania y el comunismo en la Unión Soviética, en los países satélites -que son designados oficialmente como democracias populares— y en la China comunista".

Es lógico pensar que en nuestro país podría instalarse un régimen de estas características luego de un golpe de Estado o de una revolución. Y este régimen se consolidaría rápidamente si se destruyen los principios de la propiedad privada. El dominio de los medios de producción y de la tierra por el Estado, facilitaría el control de la vida religiosa, económica, política, artística y sindical de la comunidad por el grupo gobernante. En un sistema tal, la población sería fijada espacialmente para efectivizar el aparato productivo. Y, desde luego, toda oposición se prohibiría y sancionaría severamente. El control absoluto de los medios de comunicación y de la educación, permitiría la generalización de la ideología totalitaria. Ante el poderío de la estructura totalitaria la persona sucumbiría. Esta forma de gobierno pretende arribar a una sociedad unánime, extinguiendo definitivamente el pluralismo ideológico.

### **3) El régimen democrático.**

Nuestro régimen político es de corte liberal, fundado en la propiedad privada, el pluralismo ideológico y un conjunto de libertades públicas garantizadas en el texto de la Constitución. La propiedad privada no implica un ejercicio egoísta de sus atributos. Al contrario, la propiedad debe cumplir con una función social y cristiana. Una propiedad entendida en estos términos se convertiría en un instrumento de seguridad y libertad y no de tensión social.

La doctrina y la realidad se pronuncian por una cierta zona de propiedad privada. Esta es creadora de seguridad y resulta indispensable para el disfrute de las libertades públicas.

### **Conclusión general**

Ha quedado establecido que el régimen político costarricense está fundado en un régimen esencialmente privado de propiedad. Empero, se ha enfatizado en la necesidad de un uso racional de la propiedad y el cumplimiento de su función social. Igualmente se ha afirmado que a través del poder constituyente derivado es posible la reforma del artículo 45 de la Constitución siempre que la reforma conserve la esencialidad de la propiedad privada. La propiedad privada no excluye, de modo alguno, la propiedad del Estado. Esta última debe existir para la consecución de los grandes

finés del Estado. La prudencia del cuerpo electoral y de sus representantes indicará en qué grado el Estado debe ser propietario.

Es evidente que ante el crecimiento de los poderes del Estado, la propiedad privada aparece como un refugio protector de dos valores esenciales: la seguridad y la libertad. Estos dos valores son los que pretenden salvaguardar el régimen político costarricense al definir los alcances de la propiedad privada.

### 3 Normativa

[Constitución Política]<sup>4</sup>

#### **ARTÍCULO 45.-**

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

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

### 4 Jurisprudencia

#### ***a) Limitaciones a la propiedad privada fundamentadas en la protección de intereses ecológicos y ambientales***

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]<sup>5</sup>

Voto de Mayoría:

**“ IV.- Sobre las limitaciones al derecho de propiedad en protección del ambiente. Generalidades.** Considera este órgano colegiado que, previo al examen de legalidad de las conductas administrativas cuya nulidad se reclama, es necesario referirse, de modo general, al Patrimonio Natural del Estado, como un bien demanial. En ese sentido, debe señalarse que mediante la resolución No. 0063-2009, dictada por esta Sección, a las 16 horas del 19 de enero de 2009, se indicó en lo que interesa para el dictado de esta sentencia, lo siguiente:

***"(...) Reconocimiento constitucional del derecho fundamental a un ambiente sano y***



**ecológicamente equilibrado.** En Costa Rica, el reconocimiento y tutela en el Derecho de la Constitución del citado derecho fundamental no tiene como punto de partida la reforma al artículo 50 de la Constitución Política, dispuesta por Ley número 7412 del tres de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Lo anterior toda vez que ya que desde la promulgación del texto constitucional en el año 1949, la voluntad del Constituyente fue clara al establecer en el artículo 89, que: “Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”; lo cual, se complementa con la tajante declaración contenida en el artículo 21, en el sentido de que en nuestro país, “La vida humana es inviolable”. La integración de lo dispuesto en ambos artículos implica, que la necesidad de preservar el medio ambiente –aunque en esa época el Constituyente utilizara el término de bellezas naturales-, trasciende una finalidad de carácter meramente cultural, para convertirse en una necesidad vital de todo ser humano, pues constituye un presupuesto esencial para hacer efectivos otros derechos fundamentales como lo son: la vida, la salud y el desarrollo. (véanse en ese sentido, las sentencias número 1993-03705 de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres; 1993-06240 de las catorce horas del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres; 1993-04423 de las doce horas del siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres, 1994-02485 de las nueve horas dieciocho minutos del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). (...) **El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales...**” (sentencia No. 1999-00644 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las 11:24 horas once horas del 29 de enero de 1999). En ese sentido, “...**La acción que la Constitución Política impone al Estado frente a los focos de contaminación ambiental es multidireccional y definitivamente activa, absolutamente intolerante frente a situaciones que amenazan o afectan las condiciones ambientales óptimas que están garantizadas por ella misma a los habitantes.** Desde esta perspectiva no es permitido a la autoridades públicas hacer concesiones o conceder prórrogas para que se continúe afectando el medio ambiente, aún y cuando ello se haga con miras a traer beneficios económicos a una zona geográfica determinada...” (sentencia No. 1999-05906 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las 16:15 horas del 28 de julio de 1999). Ese deber constitucional del Estado de velar por la protección, defensa y preservación del medio ambiente, se desarrolla y manifiesta, entre otras, en las siguientes normas: artículos 1, 2.a. 2.c, 2 párrafo último, 3, 12, 28, 32, 34, 37, 56, 59, 78, 83, 103 a 112 de la Ley Orgánica del Ambiente; artículos 1, 2, 9.4, 12, 22 a 30, 45, 49, 54, 86, 88 de la Ley de Biodiversidad; 3, 4, 6, 7, 15, 34, 122 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; 1, 2, 5, 6, 13, 37, 54 de la Ley Forestal; 5, 6, 7, 11, 21, 29 a 33, 37 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos; 13.a ,13.o del Código Municipal; 11, 12, 13, 17, 18, 19, 21, 22, 25 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre; 1, 2 de la Ley General de Salud; 1, 2, 17, 175, 176 de la Ley de Aguas; 15,18, 19, 51, 56, 58.5, Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana. Ahora bien, ese deber no sólo se circunscribe al Estado en su conjunto, sino también a los sujetos de derecho privado, quienes tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pero también, a garantizarlo, preservarlo y defenderlo, tal y como se desprende, entre otros, de los artículos 1 párrafo primero, 2.a, 6, 22, 23, 99, de la Ley Orgánica del Ambiente; 10.2, 10.13, 11.4, 88 95, 101, 105 de la Ley de Biodiversidad; 15, 28 a 30, 36 a 38, 51 53, 62 a 64, 83, 88 a 121 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; 57 a 66 de la ley Forestal; 37, 40, 41 a 45, 51 a 53 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos; 14 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre; como también, de las sentencias número 1999-02219 de las quince horas dieciocho minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve; 1999-05906 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las dieciséis horas quince minutos del

veintiocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, entre otras. (...) En ese sentido, dentro del **grupo de los mecanismos de tutela de índole procesal**, cabe resaltar tres ejemplos: **1) La legitimación amplia** que le otorga a toda persona el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política y el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad, para denunciar tanto en vía administrativa como jurisdiccional, las conductas que infrinjan el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y para reclamar el daño causado. (...). **2) Un sistema de medidas cautelares innominado y de ser necesario, de naturaleza anticipada** (artículos 108 de la Ley de Biodiversidad, 42 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 19 a 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo). **3) La aplicación de los principios rectores en materia ambiental, a saber: in dubio pro natura, preventivo y precautorio**, como medios para garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por ende, para evitar que su existencia esté restringida al plano semántico de la realidad jurídica (ver artículos 4.c, 17 y 34 de la Ley Orgánica del Ambiente, 11 incisos 1 y 2, 92 de la Ley de Biodiversidad, principio 15 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río y entre otras, la sentencia número 1999-01250 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve). En ese sentido, el operador del derecho siempre deberá tomar en consideración que “...cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente...”. (...) En ese sentido, “...no es posible que el Estado ejecute o autorice la ejecución de proyectos sobre los cuales existe duda en cuanto al impacto negativo que puedan generar al ambiente.(...)”.

En lo que se refiere a la protección de las aguas, la Sala Constitucional en el Voto N° 2009-2019 de las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del once de febrero del dos mil nueve, apuntó lo siguiente:

**(...) V.- ACERCA DE LA PROTECCIÓN DEL RECURSO HÍDRICO.** La Ley Orgánica del Ambiente -Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995-, establece en el numeral 50 que el agua es de dominio público y su conservación y uso sostenible son de interés social. De igual forma, ese mismo cuerpo normativo dispone, en el artículo 51, los siguientes criterios que deben de observarse para la conservación y el uso sostenible del agua: “(...) a) Proteger, conservar y, en lo posible, recuperar los ecosistemas acuáticos y los elementos que intervienen en el ciclo hidrológico. b) Proteger los ecosistemas que permiten regular el régimen hídrico. c) Mantener el equilibrio del sistema agua, protegiendo cada uno de los componentes de las cuencas hidrográficas”. Criterios que, según la propia ley, deben seguirse para el otorgamiento de concesiones y permisos para el aprovechamiento de cualquier componente del régimen hídrico (artículo 52 *Ibídem*). Asimismo, cabe señalar que, respecto a la necesaria protección del recurso del agua, este Tribunal Constitucional, con redacción del Magistrado ponente, en el Voto No. 1923-04 de las 14:55 hrs. del 25 de febrero del 2004, indicó, en lo conducente: / “(...) Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, enuncia el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se logra, entre otros factores, a través de la protección y conservación de la calidad y cantidad del agua para consumo y uso humano y para mantener el equilibrio ecológico en los hábitats de la flora y la fauna (v. gr. humedales) y, en general, de la biosfera como patrimonio común de la humanidad. Del mismo modo, el acceso al agua potable asegura los derechos a la vida –“sin agua no hay vida posible” afirma la Carta del Agua aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968-, a la salud de las personas –indispensable para su alimento, bebida e higiene- (artículo 21 de la Constitución Política) y, desde luego, está asociado al desarrollo y crecimiento socio-económico de los pueblos para asegurarle a cada individuo un bienestar y una calidad de



*vida dignos (artículo 33 de la Constitución Política y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos). (...). / Igualmente, en esa oportunidad, esta Sala, en lo tocante al tema de las aguas superficiales y subterráneas, señaló lo siguiente: / “(...) Frente a las aguas denominadas superficiales, en cuanto discurren sobre la corteza terrestre, y pueden ser objeto de aprovechamientos comunes o especiales, se encuentran las subterráneas. Las aguas subterráneas son aquellas que se encuentran bajo la superficie terrestre ocupando los espacios vacíos en el suelo o las rocas, su fuente más importante lo son las precipitaciones pluviales que se infiltran en el suelo. El suelo, por su parte, está compuesto por dos niveles que son los siguientes: a) Superior o zona de aireación, en el cual los espacios vacíos están ocupados por el aire y el agua infiltrada que desciende por gravedad y b) otro debajo de éste denominado zona de saturación, en la que los espacios vacíos están llenos de agua que se mueve lentamente y cuyo nivel superior se denomina tabla de agua, nivel hidrostático o freático. Las aguas incluidas en los espacios porosos de la zona de saturación, en formaciones geológicas, se denominan mantos acuíferos o de aguas subterráneas. El gradiente hidráulico es la diferencia de altitud entre dos puntos de la misma tabla de agua –nivel freático–, en relación con su distancia horizontal, la velocidad de movimiento de las aguas subterráneas depende, en esencia, del gradiente hidráulico. (...) A diferencia de la contaminación de las aguas superficiales que suele ser patente y visible, lo que permite tomar acciones ambientales tendentes a mitigarla o erradicarla, la de las aguas subterráneas, por su propia naturaleza, suele pasar inadvertida y se hace evidente cuando ha alcanzado grandes proporciones. Los mantos acuíferos por la lenta circulación de las aguas, la capacidad de absorción del terreno y otros factores, pueden tardar mucho tiempo en mostrar la contaminación. Adicionalmente, el gran volumen de las aguas contenido hace que las contaminaciones extensas tarden un lapso prolongado en manifestarse o bien cuando se trata de contaminaciones localizadas se detectan cuando fluyen en algún sitio de explotación. Ciertamente, este tipo de aguas tienen una resistencia a contaminarse, sin embargo cuando esta se produce su regeneración puede ser extraordinariamente lenta y en ocasiones es irreversible por el alto costo de los medios para hacerlo. Está demostrado que los intentos para reparar el daño producido por contaminación a un acuífero para lograr, de nuevo, niveles de potabilidad del agua no han tenido éxito, las tecnologías para su limpieza han contribuido poco a reducir el daño y los métodos son económicamente muy elevados. A lo anterior debe agregarse la falta de infraestructura organizacional, recursos materiales, financieros y humanos, en este último caso, debidamente capacitados para evaluar, medir y, en general, monitorear la calidad de esta agua y la dimensión exacta de su contaminación. La degradación y contaminación de los mantos acuíferos le impone al legislador y a las administraciones públicas la tarea urgente e impostergable de protegerlos (...).”*

El derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado -artículo 50 Constitucional- exige que el ejercicio de la propiedad esté en función de los principios constitucionales consagrados en la Constitución Política, de manera que la Asamblea Legislativa goza de competencias para imponer a la propiedad limitaciones de interés social (artículo 45 Constitución Política). En el mismo sentido, se observa que la utilidad social de los bienes (función social) es insuficiente para lograr los propósitos de los nuevos valores que impregnan la sociedad, por ello es necesario proteger los intereses ecológicos y ambientales. La función social es el fundamento del esquema dogmático, la base jurídica a partir de la cual, la función ecológica transforma el derecho de propiedad en un derecho al uso limitado del propio bien de forma que no lesiones el medio ambiente. En consecuencia, el derecho de propiedad, como derecho subjetivo, no es irrestricto ni absoluto, por el contrario entraña un conjunto de derechos y deberes, facultades y obligaciones para su titular, las cuales vienen siendo moldeados por la legislación, atendiendo a la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaiga y a los principios y valores del Ordenamiento Jurídico en su integralidad. De seguido, se procede con el análisis de los argumentos de fondo presentados por las partes en litigio.



**V.- Sobre el caso concreto.** La parte actora alega que el artículo 33 de la Ley Forestal establece el parámetro legislativo de cien metros a la redonda para la protección de las nacientes permanentes, pero no es aplicable a su caso ya que fue demostrado que en su propiedad sólo existen nacientes intermitentes, lo que implica que la resolución N° 908-09- TAA del Tribunal Ambiental Administrativo donde se impuso la medida cautelar, es nula porque carece del fundamento legal de los sesenta metros a la redonda. Considera que se ha violado su derecho de propiedad privada, porque el Tribunal Ambiental Administrativo legisló al crear una categoría nueva de protección que no está en la ley. Además reprocha, que se ha tardado más de cinco años en resolver el asunto y durante todo ese tiempo le han impuesto una medida cautelar nula. **Los argumentos no son de recibo y se rechazan.** En autos se demostró que el Tribunal Ambiental Administrativo modificó la medida cautelar impuesta a la parte actora desde marzo de 2006 (hecho probado número 3), por medio de la resolución número 908-09-TAA de las ocho horas con quince minutos del diecisiete de agosto de 2009, que en lo conducente dispuso: “(...) UNICO: Se procede a modificar parcialmente la medida cautelar modificada mediante resolución N°1213-07-TAA del 13 de noviembre del 2007, en el sentido de autorizar la continuación de las actividades propias del desarrollo de una urbanización (siempre que cuenten con los permisos correspondientes, incluyendo la Viabilidad Ambiental, otorgada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental SETENA) excepto en los 60 metros de protección de las nacientes intermitentes. Asimismo se le recuerda a los señores denunciados, el deber de respetar el área de protección de la quebrada, establecida en el artículo 33 de la Ley Forestal (...)”. (Hecho probado número 15) Estima éste Tribunal que la aludida resolución del Tribunal Ambiental Administrativo número 908-09-TAA, se ajusta a derecho por las razones que de seguido se explican. **a)** Sí existe amparo legal dentro del Ordenamiento Jurídico de protección para las nacientes intermitentes: En primer lugar, se debe aclarar que el Ordenamiento Jurídico Costarricense, va más allá de un simple conjunto de normas escritas, por el contrario es un complejo sistema en el que también se integran las normas no escritas (costumbre, principios, jurisprudencia), reglas técnicas y científicas –citando solo algunas– para solventar cualquier laguna que surja en la resolución de un caso particular, así se desprende de los numerales 6, 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública. Dado que las normas escritas la mayoría de las veces, resultan insuficientes y por eso, no sería aceptable que el operador jurídico se limite única y exclusivamente a la aplicación de los presupuestos normativos. En lo que atañe al Derecho Ambiental, ya se indicó previamente en el Considerando IV de este fallo, que la propiedad privada está sujeta a una serie de limitaciones en protección del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, dentro de lo que se incluye la protección del recurso hídrico y los mantos acuíferos, siendo que la Sala Constitucional se ha encargado de realizar un amplio desarrollo jurisprudencial de la materia. En el caso concreto, resulta claro que el Ordenamiento Jurídico Costarricense sí protege las nacientes intermitentes, entre otros elementos con una disposición normativa clara y específica, a saber: el artículo 149 de la Ley de Aguas que dice:

*“Se prohíbe destruir, tanto en los bosques nacionales como en los de particulares, los árboles situados a menos de sesenta metros de los manantiales que nazcan en los cerros, o a menos de cincuenta metros de los que nazcan en terrenos planos”.* (Énfasis añadido).

El término de manantial se define en el Diccionario de la Real Academia Española como: “Nacimiento de las aguas” (tomado del sitio web: [www.rae.es](http://www.rae.es)), con lo que se alude directamente a las nacientes, sin hacer distinción en el carácter temporal o permanente de las mismas. En otro caso similar, pero resuelto por la Sala Constitucional con el voto número 2010-8315 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil diez, se declararon conformes a derecho las medidas adoptadas por la Administración Pública para proteger unas nacientes

intermitentes, incluyendo el radio de sesenta metros de protección del artículo 149 de la Ley de Aguas. En lo conducente se estableció:

*“(...) **VI.-** De las pruebas aportadas a los autos se tiene que antes de otorgar la viabilidad ambiental, se tomaron una serie de actos para analizar y proteger las nacientes ubicadas en la finca donde se va a realizar la construcción del relleno sanitario; así como la intervención de varias instituciones. El Tribunal Ambiental Administrativo mediante resolución número 704-08 TAA del cuatro de agosto de dos mil ocho, ordenó a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental y al Departamento de Aguas realizar inspección del sitio en época lluviosa a efecto de determinar la presencia o no de nacientes, ya que cuando el Tribunal realizó la inspección en fecha cuatro de abril de dos mil ocho, no encontró nacientes. El veintiuno de julio de dos mil nueve, el Tribunal Ambiental realiza nuevamente una inspección y constata que los puntos estaban secos. El Departamento de Aguas realizó una inspección en fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve y se constató que en el área del relleno habían tres puntos con agua y en principio se consideraron nacientes de carácter intermitente. De las tres nacientes intermitentes encontradas, la empresa (...) se comprometió a respetar los sesenta metros de radio de protección que se establece en el artículo 149 de la Ley de Aguas (...) Hasta este momento, considera esta Sala que las actuaciones desplegadas por la autoridad recurrida en el caso concreto, ha estado ajustadas a derecho (...)”.* (El subrayado es nuestro).

De lo anterior, resulta claro que las nacientes intermitentes, como parte del recurso hídrico (mantos acuíferos), son objeto de protección del Ordenamiento Jurídico Costarricense, por considerarse una pieza fundamental e indisoluble de la garantía de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

**b)** No se acreditó la violación al derecho de propiedad del actor: Se reitera que conforme lo indicado en el Considerando IV de esta sentencia, el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto y admite limitaciones establecidas por ley, según las competencias del numeral 45 de la Constitución Política. En el caso de las nacientes intermitentes, existe disposición expresa del legislador de proteger tal recurso hídrico en el numeral 149 de la Ley de Aguas, razón por la cual no se evidencia ningún tipo de perturbación contraria a derecho sobre la propiedad de la parte actora. En lo que respecta a la presente litis, quedó demostrado que en la propiedad del actor existen tres nacientes intermitentes (hecho no controvertido), de ahí que resulte plenamente aplicable la protección dictada por el Tribunal Ambiental Administrativo, en forma de medida cautelar. Desde este plano, en sede administrativa se acreditó el motivo que justifica la adopción de la medida cautelar, tal y como lo imponen los preceptos 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública. [...]

**d)** Temporalidad de la medida cautelar: se analiza el carácter provisional de la medida cautelar dictada por el Tribunal Ambiental Administrativo, por cuanto la parte actora reprocha haber sufrido la limitación al disfrute de su propiedad con un acto de carácter temporal desde el 2006 hasta la fecha, sin que se hubiere definido el procedimiento de fondo. Respecto al tema de las medidas cautelares en materia ambiental, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en el voto N°199-F-S1-2010 de las quince horas treinta minutos del cuatro de febrero de dos mil diez, que:

*“(...) El tema de las medidas cautelares ha sido analizado, primordialmente, a partir del proceso jurisdiccional, sin embargo, la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, y en particular, en relación con los procedimientos administrativos que debe seguir para la emisión de*



actos administrativos que inciden sobre la esfera jurídica de los particulares (artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública), se ubica en una situación similar a la de los órganos jurisdiccionales. Esto es, de cara al procedimiento administrativo, en determinados casos surge la necesidad de evitar que se produzca un daño de imposible o difícil reparación en tanto se adopta la decisión final. Desde esta perspectiva, el marco general de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, así como sus alcances, características y requisitos, resulta aplicable, *mutatis mutandi*, en sede administrativa. En esta línea, la Ley General de la Administración Pública prevé la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo, a pesar del principio de ejecutoriedad, cuando su ejecución pueda causar daños de difícil o imposible reparación. No obstante, no debe entenderse que esta es la única medida con que cuenta la Administración. La ausencia de una regulación más amplia del tema no conlleva a que el régimen cautelar se agote en el incidente de suspensión. Por el contrario, dicha facultad es consustancial a la tramitación del procedimiento administrativo, por lo que el órgano competente puede adoptar aquellas medidas que considere oportunas, sin que por ello vulnere el principio de legalidad. Se trata de una potestad implícita, habilitada por la regulación de los fines públicos (los cuales siempre se derivan del ordenamiento jurídico) cuya consecución busca el respectivo procedimiento administrativo del cual pende, y a los cuales se encuentra supeditado. En materia ambiental, esta habilitación se ve reforzada en tanto se reconoce el derecho fundamental de toda persona a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado” y concomitantemente, el deber constitucional del Estado de “garantizar, defender y preservar ese derecho” (ordinal 50 de la Carta Magna). Ahora bien, la medida cautelar puede ser conceptualizada como aquella decisión del juez o del órgano administrativo, según el caso, en donde se dispone una protección, necesaria, idónea y temporal a un derecho, interés (el cual puede ser incluso difuso) o situación jurídica a efectos de evitar un daño de imposible o difícil reparación que incida o pueda incidir en el objeto del proceso o procedimiento o en la ejecución de la resolución final. Esta puede ser adoptada durante la tramitación del proceso o procedimiento, o bien con anterioridad, a condición de que se interponga el principal. Ahora bien, en cuanto a los principios que le son aplicables, y en lo que interesa para el caso concreto, es necesario referirse a los de instrumentalidad y provisionalidad. En cuanto al primero, calificado también como accesoriedad, se refiere a la función indicada de garantizar la efectividad –que no necesariamente ejecución– de la decisión final que se adopte. Así, la medida cautelar se encuentra vinculada y supeditada al procedimiento principal (de ahí que se haga la distinción entre proceso cautelar y principal), de forma tal que esta, sólo puede ser dictada con motivo de aquél. Adquiere, en consecuencia, una posición vicarial, al servicio del procedimiento principal. De igual forma, en caso de que el procedimiento finalice por cualquier otra causa, o bien, que no se interponga, la medida adoptada no puede subsistir, por lo que se da su decaimiento. La provisionalidad, por su parte, se refiere a la eficacia temporal de la medida cautelar. En este sentido, la resolución final viene a extinguir y/o sustituir la previsión adoptada en forma interlocutoria. (...) . (Énfasis añadido).

El actor reprocha que la medida cautelar dictada por el Tribunal Ambiental Administrativo y modificada parcialmente con la resolución N°908-09- TAA vulnera el principio de provisionalidad, ya que se ha mantenido aproximadamente cinco años sin que se haya dictado el acto final del procedimiento. En la especie, se acredita que el Tribunal Ambiental Administrativo inició un procedimiento contra el actor y otros, ante la denuncia planteada por los vecinos de la localidad por la tala de árboles cercanos a tres nacientes (hecho probado número 2). Dentro del indicado procedimiento, se dictó una medida cautelar en marzo de 2006 en protección de las tres nacientes ubicadas en propiedad del actor (hecho probado número 3), medida que ha sido modificada dos veces (hechos probados números 7 y 15). El Tribunal Ambiental Administrativo informó a este Despacho en oficio N° 586-10-TAA del 5 de julio de 2010 que: “(...) En este momento estamos

nuevamente citando vía resolución a todas las partes a una Audiencia Oral y Privada, la misma por razones de agenda se encuentra programada para el mes de Agosto, cuya finalidad es poder lograr llegar (sic) a un acuerdo de conciliación por parte de los denunciados y denunciados, y una vez finalizada dicho acto (sic) este Despacho tiene plazo de dos meses para el dictado del acto final (...). (Hecho probado número 16). Tal y como se ha indicado, las medidas cautelares se dan en función de un procedimiento principal que en el caso concreto, se tramita en el Tribunal Ambiental Administrativo por la tala de árboles cercanos a las nacientes intermitentes, sin que conste en autos el dictado del acto final. Valga aclarar, que dentro de éste juicio, no se incluyó como objeto procesal ningún aspecto relacionado con el trámite del procedimiento administrativo seguido contra el actor, de ahí que deba omitir del análisis. Lo revisado hasta ahora, permite a éste Tribunal tener por justificada la medida cautelar dictada por el Tribunal Ambiental Administrativo, por los siguientes motivos: a) la medida cautelar se dictó dentro de un procedimiento administrativo que aún no tiene acto final dictado; b) se funda en una serie de criterios técnicos que demuestran la existencia y necesidad de protección de las tres nacientes intermitentes en propiedad del actor; c) no se han aportado elementos probatorios que demuestren que el plazo de la medida cautelar no sea razonable, desproporcionado o arbitrario, toda vez que se protege el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por ello se observa que se han realizado una serie de inspecciones en distintas épocas del año y por diferentes especialistas, con el fin de constatar la existencia de peligro para el medio ambiente, lo que justifica su mantenimiento en el tiempo. Lo indicado, lleva a considerar que, pese haber transcurrido aproximadamente cinco años desde que se dictó la medida cautelar original por resolución N° 582-06-TAA del 22 de marzo de 2006, ésta ha sido modificada parcialmente en dos ocasiones para permitir el disfrute del derecho de propiedad del actor, pero con protección a las nacientes intermitentes. De tal manera que la resolución N°908-09-TAA de agosto del 2009, único objeto de revisión en este proceso, apenas contaba con seis meses de emitida al momento de presentarse la demandada que aquí se atiende el 2 de febrero de 2010. Con este corto lapso, no es posible tener por configurado un abuso al principio de provisionalidad de la medida cautelar, ya que la única resolución atacada es la segunda modificación parcial, siendo que también se observa en autos el suficiente respaldo técnico para mantener la medida desde su origen en el 2006. Pese a que en el presente caso, no se verifica el quebranto al principio de provisionalidad de la medida cautelar, **urge** que **sin tardanza** el Tribunal Ambiental Administrativo tramite el procedimiento principal y dicte el acto final dentro de un plazo razonable y con ajuste a derecho, dado que el atraso injustificado produciría responsabilidad de la Administración y eventualmente de los funcionarios encargados del asunto en lo personal.”

#### **b) Expropiación: Naturaleza jurídica y presupuestos para la fijación del justiprecio**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

**“III)- NATURALEZA JURIDICA DE LA EXPROPIACION FORZOSA:** Dispone la Constitución Política en su numeral 45 que la propiedad privada puede ser objeto de expropiación mediante interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Por su parte, la Ley de Expropiaciones número 7495 del ocho de junio de 1995, en su ordinal primero, establece que el proceso especial expropiatorio tiene una naturaleza coactiva y forzosa, en la cual la



Administración Pública utilizando su potestad de imperio y por razones de interés público legalmente comprobado, priva al particular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado. En ese sentido, la potestad expropiatoria es "el poder que permite dirigir la expropiación contra otros sujetos" (García Enterría, Curso de Derecho Administrativo, II, Editorial Civitas, Madrid, 1988, página 210). Por su parte el autor Fernando Garrido Falla, ha expresado en torno a este instituto de derecho público que " (...) consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico. Son dos las notas características en tal concepto: 1ª. Que la expropiación es una transferencia coactiva, lo que hacía de ella típicamente una institución característica de Derecho público, no asimilable a la compraventa prevista en el Código Civil. 2ª. Que el expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada, lo que diferenciaba el instituto de otras figuras como la confiscación. " (Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II: Parte General: Conclusión. Editorial Tecnos, undécima edición, 2002, Madrid España, página 258 a 260). De igual forma, en torno a las potestades ablatorias sobre las que la Administración puede incidir "gravosamente sobre las situaciones jurídicas de los particulares" (Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1977, página 106), se destaca la expropiación como aquella en la cual se "sacrifica la propiedad privada o derechos o intereses patrimoniales legítimos (...), o facultades parciales del dominio (...) porque su mantenimiento resulta incompatible con la utilidad pública o el interés social, formalmente declarados, en cuanto que éstos imponen una afectación nueva del objeto a expropiar que implica el desapoderamiento del titular privado (...)." (Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1977, página 106). En el mismo sentido el autor Juan Alfonso Santamaría Pastor, afirma que desde la Declaración de Derechos del Hombre este instituto garantiza la indemnización y además "a) (...) debe responder necesariamente a la existencia de una causa de *necesidad pública* (no, pues, meramente al deseo del monarca); b) que dicha necesidad ha de ser "legalmente constatada", esto es, *declarada por el órgano legislativo*, garante último de la propiedad frente al Ejecutivo; c) que la indemnización ha de ser *previa*, esto es, abonada con anterioridad a la apropiación pública del bien; y d) que ha de ser *justa*, esto es, valorada a precios de mercado, suponiendo una sustitución del completo valor del bien expropiado." (Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II, Primera edición, Editorial Iustel, España, 2004. página 427).

**IV)- PRESUPUESTOS JURIDICO FACTICOS NECESARIOS PARA LA FIJACION DEL JUSTIPRECIO EN UN PROCESO EXPROPIATORIO:** En torno al tema del justo precio la doctrina ha establecido que "el abono al expropiado del bien del que se le priva constituye un presupuesto del efecto ablatorio de la potestad: (...) esta obligación al pago no posee el carácter de una *reparación, ex post*, de un daño patrimonial ya causado por el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino un *presupuesto, ex ante*, para que la misma pueda surtir sus efectos de privación (...)" ( Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II, Primera edición, Editorial Iustel, España, 2004. página 446). Por su parte, la Ley de Expropiaciones con el objeto de establecer la indemnización o el precio justo del bien o derecho expropiado y del pago de su valor económico, dispuso en el ordinal 21, que en sede administrativa el perito debe adecuarse a los parámetros fijados en su numeral 22, en virtud de lo cual tomará en consideración en el caso de terrenos, la topografía, estado y uso actual de las construcciones y del terreno, la existencia de derechos de inquilinos o arrendatarios, licencias, concesiones o derechos comerciales, precio estimado de las propiedades colindantes y de otras propiedades de la zona o el de las ventas efectuadas en el área para comparar el precio del entorno, gravámenes y valor fijado por el



propietario en tales transacciones, valor de la hectárea en zonas rurales y del metro cuadrado en lugares urbanos, daños reales permanentes y no los futuros, ni expectativas de derecho, ni plusvalías derivadas del proyecto que origina la expropiación y en el caso de bienes muebles se valorarán por separado indicándose las características que influyen en su valor. Con todo ello se busca obtener un valor homogéneo y usual conforme a la zona (inciso g) del ordinal 22 citado). Por su parte, dispone el artículo 24 de la Ley de rito, que el perito nombrado en sede administrativa para el establecimiento del justiprecio determinará el valor del bien expropiado a la fecha de su dictamen, contemplando daños causados al derecho de propiedad por limitaciones irrazonables sufridas al aplicar las medidas precautorias, debiendo considerar solo las mejoras necesarias introducidas después de la declaración de interés público. Por consiguiente, una vez iniciado el proceso judicial de expropiación, el objeto procesal girará únicamente en torno a la revisión del avalúo administrativo del bien expropiado, según las condiciones en que se encontraba (ordinal 30 ibid) y acorde a los precedentes para casos similares (ordinal 31 ibid). Con dicho cometido se nombrará un perito, el cual constituye un auxiliar de la administración de justicia, encargado únicamente de revisar el avalúo administrativo (artículo 31 ibid), el cual rendirá un dictamen según los parámetros expuestos del ordinal 22 ibid para que se ajuste al valor del bien en el momento en que fue valuado en sede administrativa. Por consiguiente, es dable afirmar según lo expresado y al tenor del espíritu que rige la ley marco en torno a esta potestad expropiatoria del Estado, y siguiendo el principio de sustitución, restitución o reposición, que el precio para ser justo debe procurar que el expropiado con tal indemnización pueda adquirir un bien en las mismas condiciones y valor del cual fue desposeído, evitando el juzgador que se establezcan precios irrazonables, excesivos y abusivos, así como sobrevaloraciones que conduzcan a enriquecimientos indebidos y a perjuicios evidentes para la Administración Pública. Al respecto ha venido estableciendo esta Sección en forma reiterada, que “el justiprecio ha de coincidir con el verdadero valor económico de los bienes expropiados, con objeto de proveer de dinero suficiente para obtener la adecuada sustitución de tales bienes. Dromi, tratadista argentino, considera que el justo valor supone que el expropiado debe recibir un valor equivalente a aquél del cual se lo priva, de modo actual e integral.- Dicho valor debe representar una suma al contado o en términos razonablemente equivalente, por la cual el dueño del bien, deseoso de vender pero no obligado a hacerlo, hubiera vendido su propiedad a un comprador deseoso de ello, pero no obligado a hacerlo.” (Entre otras la número 213-2008 de las 15: 00 horas del 8 de agosto del 2008). Todo esto en consonancia con lo establecido por la Sala Constitucional, en el voto número 2002-4878 de las 14:53 horas del 22 de mayo del 2002, en el cual se expuso que **“VII.- Sobre la indemnización.- Otro aspecto a considerar es que la potestad estatal para expropiar un bien - para que sea constitucionalmente válida- está condicionada a que el patrimonio de su propietario quede indemne, es decir sin daño, de ahí la especial protección que el legislador dispuso al establecer el juicio sumario sobre el justo precio. La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa, por ello debe comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado. En protección al propietario y de acorde al numeral 45 de la Constitución Política el numeral 30 de la Ley Expropiaciones regula acerca un proceso especial de expropiación en el que sólo se discutirá asuntos relacionados con la revisión del avalúo administrativo del bien expropiado, para fijar el monto de la indemnización y en cual en este tipo de diligencias lo único que es posible discutir es el justiprecio del bien objeto de la limitación y mediante el cual el juez competente nombra un perito judicial para que realice el estudio; incluso se puede nombrar a petición de alguna de las partes un perito tercero en discordia para que realice el avalúo correspondiente. Si bien los artículos cuestionados se refieren a un proceso sumario para**



establecer el monto de la indemnización sea justa, éste debe de entenderse que con la indemnización justa se perfecciona la expropiación, por cuanto se transfiere el dominio a la administración mediante un acto administrativo que establece las características del bien y el pago de la indemnización justa. Las tres condiciones deben de concurrir para que válidamente quede perfeccionada la expropiación (...) **lo pretendido en el proceso especial establecido en los artículos citados, es la satisfacción de las pretensiones económicas del propietario, las cuales se dirigen a que se le pague un precio justo por la limitación que se le impone a su propiedad y obedece a la naturaleza del proceso dentro del cual se establece el monto de indemnización a pagar por la administración (...)** En ese sentido es importante aclarar que el objeto y fin de este procedimiento sumario a nivel de los tribunales de justicia, es el de revisar el avalúo administrativo, con el fin de establecer y fijar el monto final de la indemnización a cancelar a favor del expropiado, sea, **solo se pretende discutir el precio justo del bien objeto de la expropiación, no así "revisar" el procedimiento administrativo de expropiación, tal y como lo pretende plantear erróneamente el accionante y para lo cual indica se viola el debido proceso (...)**" (énfasis agregados; en idéntico sentido, véase la sentencia N° 8015 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintiuno de julio del dos mil cuatro). ". En virtud de ello, el juez como perito de peritos con base en la hermenéutica legal y la sana crítica establecerá en definitiva el precio lógico, racional, adecuado y justo, sin que le sean vinculantes los valores establecidos por los peritos, los cuales servirán como parámetros y criterios, los que con base en toda la probanza que conste en autos coadyuvará para la fijación del precio final y definitivo (artículo 40 ibid). Al respecto, la doctrina ha expuesto las reglas fundamentales que deben ser consideradas a efecto de establecer la indemnización adecuada, justa y razonable, estableciendo las siguientes: "i) En primer lugar, el valor del bien expropiado debe ser calculado con arreglo a criterios objetivos: excluyendo del mismo todos los valores de naturaleza subjetiva (...) ii) En segundo lugar, el valor del bien debe ser, en el más estricto de los sentidos, un valor de sustitución. Ello supone que el justiprecio no puede limitarse a tasar el puro valor del bien en el mercado, sino que debe incluir el importe de todos los restantes daños, perjuicios y costes derivados de la operación expropiatoria (...) iii) dado que el valor de mercado de los bienes sufre alteraciones con el transcurso del tiempo, la LEF, a fin de evitar disparidades, establece una fecha fija, la de la iniciación del expediente de justiprecio, que es la que ha de tomarse siempre como referencia para efectuar la valoración: "las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio" (...) iv) Por fin, y complementariamente a lo anterior, el propio art. 36.1 LEF pretende fijar una regla de neutralidad de la operación expropiatoria respecto del valor en que el bien ha de tasarse, al disponer que dicho valor no comprenderá las "plusvalías que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro"(Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II, Primera edición, Editorial iustel, España, 2004, páginas 448 a la 452). Por tales razones, es dable sintetizar que el valor, precio o indemnización pagado por el Estado por el bien o derecho expropiado debe tomar en consideración para adecuarse a los principios de justicia, que sea homogéneo y usual conforme a la zona, valorar según las condiciones y precio vigente al momento de valorarse en sede administrativa, tomar en consideración los precedentes para casos similares, así como las circunstancias reales del bien (ordinal 40 ibid), y no otorgarse por un monto mayor a las pericias que consten en autos (artículo 40 ibid)."

**c)Expropiación: Bases para definir el justiprecio, requisitos para la actualización económica y forma de considerar la revisión del avalúo administrativo**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]<sup>7</sup>

Voto de mayoría

**“ II .-Sobre las bases para definir el Justiprecio y la nulidad detectada en el caso:** Lo que ha justificado la expropiación, instituto al que no se le niega el carácter restrictivo o limitativo del derecho de propiedad, es una necesidad suprema que hace privar el derecho de propiedad sobre el interés social o la utilidad pública, limando o al menos intentando limar cualquier conflicto de intereses.- La utilidad pública tiene por objeto la realización del bien común, por lo que lleva consigo misma la idea de expropiación, que -por ser forzosa- sólo puede tener lugar bajo la intervención directa del Estado, donde se respete lo de cada uno, pues tal atribución de calificación no puede entenderse en forma ilimitada. El concepto de utilidad pública queda determinado por sus dos elementos: la necesidad material y la aspiración del cuerpo social, dan por coeficiente un hecho práctico que entraña lo que reporta ventajas al Estado, cuyo disfrute pertenece al cuerpo social, así, todo ciudadano contribuirá por su parte a la utilidad pública según sus fuerzas, sus talentos y su edad, y se regularán sus deberes con arreglo a leyes distributivas. El particular debe soportar el sacrificio de sus bienes, pues pasando a las arcas estatales, se autobeneficia también el individuo como miembro de la colectividad (al servir su bien para satisfacer una necesidad de interés general), razón suficiente para no negarse a la expropiación. Como es bien sabido, el objeto del proceso especial de expropiación, es la fijación de la indemnización debida a la o las personas que ven lesionados sus derechos, todo con fundamento en la protección contenida en el artículo cuarenta y cinco de la Constitución Política que ampara la propiedad privada, permitiendo la desposesión, solo en casos específicos, previo pago de aquella. En consecuencia, la indemnización es el mecanismo para solucionar la situación antagónica entre el interés público y el privado, por lo que el justiprecio que se conceda, debe ser el suficiente para cubrir el valor de reposición, esto es, que el desposeído, pueda adquirir con él, una cosa al menos semejante a la que tenía. Eso sí, advirtiendo que cada bien en la existencia humana presenta una serie de características no solo objetivas sino también subjetivas que hacen difícil (y en algunos casos imposible) la adquisición de otro bien en idénticas circunstancias, motivo por el cual la valoración debe procurar tener presente la mayor cantidad de elementos, pero aceptando de antemano su carácter imperfecto. Todo lo anterior, parte del principio de igualdad ante la ley en el reparto de las cargas públicas, según el cual quien se ve privado de su propiedad no debe sufrir él solo el perjuicio, sino que debe ser soportado y compartido por la colectividad beneficiada, de la que aquél también forma parte, compensando de esta suerte, la carga que supone la privación de la propiedad, lo que implica su resarcimiento mediante la adecuada indemnización. El importe a cancelar debe representar una suma al contado o en términos razonablemente equivalente, por la cual el dueño del bien, deseoso de vender pero no obligado a hacerlo, hubiera vendido su propiedad a un comprador deseoso de ello. La indemnización que ha de reconocerse en el trámite de expropiación ha de ser plenaria, debe cubrir el valor "venal" del bien de que se trate; para tal efecto complementan este concepto los principios del "valor de reposición", los "valores de zona", la "depreciación", y es con base en esos principios y a los factores positivos y negativos que afectan al inmueble expropiado, que se llega a la determinación del justo precio unitario. Partiendo de esto, tenemos que, el precio a fijar debe ser justo, equitativo y acorde a la realidad económica imperante, esto es, que se debe conceder el valor actual para la reposición de lo que es desposeído. Conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y uno de la Ley de Expropiaciones, por regla general, en los procesos especiales de avalúo por expropiación, en el auto inicial se nombra un perito para revisar el avalúo administrativo. Puede nombrarse un "tercer perito en discordia", de oficio o a solicitud de parte (artículo 38 ibídem). Ninguno de los dos es de libre nombramiento de las partes o del Juez, sino que su designación se realiza por turno riguroso de entre las listas preparadas por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial. Por otra parte, ex lege el rango de

discrecionalidad del Juez, en la fijación del justiprecio oscilará siempre entre el avalúo menor y el mayor, esto es no podrá fijar una indemnización mayor a la estimada en los avalúos rendidos (artículo 40 *ibídem*). La discrecionalidad judicial, que bajo ningún concepto debe entenderse como arbitrariedad, tiene las bandas indicadas como uno de sus límites. Nótese como estos dos rangos son límites a la labor jurisdiccional, por imperativo legal, lo que lleva aparejado que cualquier pronunciamiento que incumpla dicho requerimiento presenta un vicio de nulidad, incluso declarable de oficio al haberse superado las facultades legales.

**III .- Sobre las bases para definir el Justiprecio y la nulidad detectada en el caso (Continuación .....)** : En el caso tenemos que el avalúo administrativo realizado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que fijó en ocho millones ciento ochenta y ocho mil doscientos cincuenta colones la suma a indemnizar, y dos informes periciales realizados por profesionales a cargo del Poder Judicial, el primero de ellos lo fijó en once millones cuatrocientos sesenta y tres mil quinientos cincuenta colones la cantidad indemnizable y el segundo, designado como tercer perito en discordia, que determinó una suma a indemnizar en trece millones novecientos veinte mil veinticinco colones. El monto final establecido por la sentencia recurrida es de catorce millones setecientos catorce mil ochocientos setenta y cuatro colones, sea superior a cualquiera de todos los avalúos que constan en el expediente, lo que por sí genera un vicio de nulidad manifiesto que impone declararlo de oficio, al haberse quebrantado las facultades del juzgador al amparo del artículo cuarenta de la norma de rito. Igualmente, debe precisarse, que el vicio se consuma, en la medida que el quantum establecido sobrepasa el imperativo legal con el agravante que no se trata de la mixtura de ítemenes que pudieran justificar el incremento, sino los mismos rubros considerados por los expertos, con un incremento de ellos por indexación. En esos términos resulta imposible mantener la eficacia jurídica de la resolución que nos ocupa, con el agravante que entrar a conocer directamente el punto generaría un grave desequilibrio entre las partes lo que tampoco puede ser aceptable. En esos términos se impone exclusivamente la nulidad de la sentencia que nos ocupa como en efecto se declara.

**IV - Algunas consideraciones adicionales:** Al margen del motivo de nulidad detectado, considera la Cámara que deben realizarse algunas aclaraciones adicionales, las cuales van orientadas hacia el tema de la actualización económica y lo referente a la forma de considerar la revisión del avalúo administrativo, que se ven reflejadas en la sentencia ahora anulada, a fin de evitar que el problema se vuelva a presentar al menos en este caso. La posibilidad de la actualización económica parte de la premisa que en las condiciones económicas actuales el valor facial de la moneda decrece por el transcurso del tiempo, pues aún cuando en el plano teórico podrían llegar a subir en la práctica solamente disminuye hasta este momento; es decir que aun cuando el billete o la moneda indican un valor este es menor en la realidad, lo que lleva aparejado que las personas pueden adquirir menos cosas por la misma cantidad de dinero. De esa manera se hace imperativo recobrar dicho valor a efectos de no causar un perjuicio a una parte en beneficio de la otra. La actualización es el mecanismo que pretende disminuir esa situación económica y puede realizarse de muchas maneras, pues basta con acreditar el valor del dinero frente cualquier aspecto dentro de la existencia económica humana y constatando una reducción de este para considerar la posibilidad del instituto (a manera de ejemplo podríamos comparar el valor de una maquinaria en específico en una fecha determinada y cotejarla tiempo después y la diferencia en su precio lleva aparejado una desactualización económica), siendo uno de todos esos mecanismos la indexación. En el caso de este último la comparación es con un índice, que bien puede ser monetario (como el diferencial cambiario) o incluso económico (como los que promueve el Banco Central de Costa Rica donde se consideran múltiples factores económicos y no solo monetarios), que viene a evidenciar la diferencia del valor de la moneda. El Código Procesal Contencioso Administrativo, por facultad de

imperio legislativo, establece en el numeral ciento veintitrés el imperativo de indexar las obligaciones dinerarias, lo que lleva aparejado la necesidad de actualizar el dinero y el mecanismo legal para esto; pero al amparo de las normas transitorias de dicha ley, el presente caso debe resolverse con la legislación vigente antes de la entrada en rige del código expuesto. La jurisprudencia de este tribunal ha considerado el tema señalando lo siguiente:

*"Ahora bien, a pesar de la necesidad de revalorar la franja de terreno expropiada, este Tribunal no considera apropiada, la estimación final de la indemnización determinada por el ad quo, utilizando el método particular de traer a valor presente el monto del avalúo realizado por el ingeniero Sigifredo Fernández, a partir de la variación del tipo de cambio de la divisa de la moneda estadounidense con relación al colón costarricense, entre la fecha del peritazgo rendido (diciembre de 1998) a la fecha del dictado de la sentencia apelada (febrero de 2008), cual es no otra cosa que la aplicación implícita de la indexación, herramienta dispuesta no solo a pretensión material directa de parte, sino además, de utilización preceptiva a partir de la vigencia de la ley 8508, artículo 123, lo cual conlleva la exclusión de este sistema económico, acentuado dentro del silogismo que permea la argumentación de la jueza de instancia en la fijación del valor indemnizatorio determinado.- Oportuno es indicar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 6432-98 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998, en lo de interés y en lo conducente dispuso: "(...) I.- JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.-*

*... e) A modo de conclusión.- De las glosas que se han hecho de los precedentes sobre el tema que han sido examinados, se puede concluir con una síntesis que conduce a afirmar que los lineamientos y precisiones que la Sala ha dictado, reiteradamente, sobre el principio del equilibrio de la ecuación financiera de los contratos administrativos y los reajustes de precios, como medio para lograr ese principio, conducen a tener por establecido que: 1- para mantener el equilibrio económico del contrato, existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración ; 2- los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que, aunque previsibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes; 3- los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales; 4- reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato; 5- las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen, en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato; 6- el derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago (...)"*. Esta sentencia, aplicada mutatis mutandis a lo ahora analizado, nos arroja como colofón, de que todo el régimen de la pretensión sigue permeado en mucho y en mayoría, por el principio dispositivo, sobre todo en lo que atañe a los derechos disponibles, que son los regidos, en última instancia, por el principio de la autonomía de la voluntad. Y este aspecto resulta de capital importancia en el caso bajo análisis, ya que, en el estado actual de cosas, el reconocimiento de la indexación, para las obligaciones y en los términos anteriormente dichos, lo será, siempre que, se haya dado un requerimiento expreso de la parte en su pretensión oportuna; de lo contrario, su reconocimiento provocaría la incongruencia del fallo pertinente y es por esta y última razón, por la que el recurso en este extremo, debe ser considerado y en consecuencia modificar el valor indemnizatorio fijado por el a quo para la presente expropiación, y fijarlo en la suma de un millón ochocientos treinta y un mil seiscientos doce colones, aplicando las reglas de la sana crítica racional y el principio de no reforma en perjuicio.- "(Voto 213 -2008 de esta Sección del Tribunal, de las quince horas del ocho

de agosto del dos mil ocho)

Agrega a lo antes dicho, que ese principio dispositivo obliga no solo a requerir la aplicación del instituto, sino también justificarlo; así mismo, la parte debe aportar el índice que considera necesario y fundamentar este, además de liquidarlo (ver voto 355 -20 1 0.- I, de las diez h oras quince minutos del veintidós de junio de dos mil diez, de esta Sección del Tribunal). De manera que la ausencia de cualquiera de esos requisitos lleva aparejado la imposibilidad de reconocerlo, al llevar implícito que el juzgador actuaría en sustitución de la parte; lo que en principio veda el ordenamiento. De esa manera, aún respetando la independencia judicial que se establece en garantía del juzgador monocrático, consideramos que dichos aspectos deben ser valorados por el a quo a la hora de resolver como proceda el presente caso.”

**d) Competencia agraria: Análisis con respecto a actividades de agroturismo, ecoturismo y de desarrollo agrario sostenible**

[Tribunal Agrario]<sup>8</sup>

Voto de mayoría:

“II.- Es menester señalar que la competencia agraria por razón de la materia está determinada en forma genérica por los artículos 1 y 2 de la Ley de Jurisdicción Agraria. El artículo 1 establece, en primer término, corresponde a los Tribunales Agrarios conocer y resolver en forma exclusiva de los conflictos suscitados con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas. Es decir, el criterio fundamental es el de la actividad agraria de producción, sea de cría de animales o cultivo de vegetales (actividades empresariales o de subsistencia), o cuando se trate de actividades conexas, así como actividades agroambientales sostenibles. No obstante, como criterios complementarios, se han establecido, la naturaleza o aptitud del bien productivo, así como su extensión, y los sujetos que participan dentro del proceso agrario como actores o demandados. La naturaleza o aptitud del bien está estrechamente vinculada a los fundos agrarios (denominados incorrectamente por la legislación como predios rústicos), dedicados o que sean susceptibles de destinarse al ejercicio de actividades agrarias productivas, o a la conservación de bosques y manejo sostenible de actividades agroambientales. Asimismo, debe acotarse que la competencia agraria es improrrogable. Sin embargo, este Tribunal ha considerado que la competencia agraria no se reduce a lo expuesto, y en ese orden se ha dispuesto que: “...Las leyes relativas al desarrollo rural sostenible del país, tales como Ley de Tierras y Colonización, Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria, entre otras, también contienen disposiciones relacionadas con la planificación, el uso de los terrenos públicos y privados, a fin de que los mismos cumplan la función social de la propiedad, y presten servicios ambientales o rurales a las comunidades. Especialmente, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 de 30 de abril de 1998, también contiene disposiciones sobre competencia favorable a la jurisdicción agraria en su artículo 56. Por otra parte, el tema del desarrollo rural sostenible es de especial importancia actual, dentro de una visión de apertura de los mercados, de inversión extranjera y de desarrollo de las zonas especialmente aptas para el agroturismo, el ecoturismo y el turismo rural, conceptos que hoy define la doctrina moderna como parte de una noción ampliada de la materia agraria. Estas actividades, tienen a revalorizar el medio rural, el



*ambiente, la cultura de los pueblos y comunidades rurales; especialmente, a revalorizar la función del territorio (y lógicamente, los terrenos privados ubicados en él), para que los visitantes de esas zonas se compenetren con el modo de vida, con las tradiciones, con el ambiente natural y rural. Todo ello es parte de la revalorización e importancia que estos fundos “agroambientales”, tienen no solo desde una óptica puramente económica (como sería la inversión), sino también desde una perspectiva empresarial orientada a promover el desarrollo rural sostenible del país, y promover la inversión a fin de lograr un mejor equilibrio social, económico y ambiental de las comunidades rurales...”*

(Tribunal Agrario, Voto No. 358 del 28 de mayo de 2009, a las 8:01 horas). Asimismo, se ha resuelto: *“... La tendencia actual de la jurisdicción agraria, es la evolución de su competencia a todo lo relacionado con el derecho agroambiental, agroalimentario y al desarrollo rural sostenible, como nuevas dimensiones de la materia, originadas en los derechos humanos de la tercera generación, que están perfectamente contenidos en nuestra Constitución Política, especialmente, en los artículos 45, 46, 50 y 69, así como en todas las leyes agrarias, agroambientales, agroalimentarias así como todas las normas orientadas a promover el desarrollo rural sostenible...”*

(Tribunal Agrario, Voto No. 249, del 30 de abril de 2004, a las 2:20 horas).- El desarrollo rural procura mejorar la calidad de vida de los habitantes en zonas rurales, para lo cual se requiere la dotación de infraestructura, servicios básicos, y por su puesto la posibilidad de asignación de tierras para satisfacer las necesidades de vivienda. Desde el punto de vista del desarrollo rural, en la conformación de asentamientos campesinos, la asignación de parcelas de tierras debe prever la implementación de la infraestructura requerida para permitir el cumplimiento de los deberes adquiridos en el contrato de asignación de tierras, y para ello se le dota de terrenos destinados a la construcción de su vivienda. En este caso, si bien la parte actora aclara a folio 12 que el área objeto de la litis está destinado a la construcción, lo cierto es que también expuso en el libelo de demanda que es parte del lote C2 ubicado en el Asentamiento campesino del IDA Juan Santamaría, en Cuajiniquil, La Cruz, Guanacaste. Aduce la parte demandante que este lote es colindante del lote C3 inscrito a sus nombres, según la certificación a folios 1 y 2, que igualmente se ubica en ese Asentamiento. Aunque el lote C3 no es específicamente el lote en litigio, sí se desprende de la narración de hechos en la demanda, que se indica el área en cuestión forma parte de la dotación de tierras en el citado Asentamiento. A la luz de lo expuesto, y conforme a los postulados del desarrollo rural, debe interpretarse en forma armónica que el lote en litigio forma parte del programa de asignación de tierras por parte del IDA, que facilita contar con vivienda. Consecuentemente, para efectos de determinar la competencia de este asunto, estima este Tribunal que debe abocarse el estudio de los autos a la normativa especial que regula la Ley de Tierras y Colonización, de manera que se integre el uso de los lotes para vivienda dentro del desarrollo rural que está inmerso en los programas de asignación de tierras y no en forma aislada, pues tales asignaciones permiten el arraigo en el Asentamiento, y se combate la pobreza en búsqueda de la mejoría de la calidad de vida. Consecuentemente, el terreno en cuestión está amparado a la normativa especial agraria de la Ley 2825 (artículos 1 y 3), por lo cual el conocimiento de este tipo de conflictos deberá serlo en sede agraria. Por consiguiente deberá rechazarse la inhibitoria declarada por el juzgado de primera instancia.”

#### **e) Expropiación: Concepto y finalidad**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección II]<sup>9</sup>

#### Voto de mayoría

“IV.- La expropiación forzosa, en aras de un interés público, es la transferencia coactiva de la propiedad de un bien o derecho del administrado hacia la Administración Pública. En Costa Rica, esa potestad expropiatoria se ejerce dentro del marco de la protección constitucional contenida en el artículo 45 de la Carta Magna que ampara la propiedad privada, permitiendo la desposesión forzosa sólo en los casos de utilidad pública, previa satisfacción de una indemnización. Con esto se busca dejar al afectado en igualdad de condiciones a las que tenían antes de que se produjera el hecho, de modo tal, que el desposeído, con el precio que se le asigne, pueda al menos compensar la pérdida patrimonial que ha sufrido, y que la Administración pague el precio actual y real, evitando de este modo, un enriquecimiento injusto para cualesquiera de las partes involucradas. Por ello se ha determinado, que la expropiación “ ... es un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado, (...) aflora, pues, en el ámbito jurídico cuando se produce una incompatibilidad entre el interés del particular o administrado y el interés del Estado, representante de la colectividad, comunidad o sociedad ... “, por lo que ha de concluirse, que la expropiación, es “ ... el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa indemnización ...” (Manuel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Abelardo Perrot. Buenos Aires, pp. 122- 123). Cuando se toma la decisión de expropiar, son los particulares los más afectados a pesar de que se da en beneficio de intereses de orden público, de la colectividad; sin embargo, debe pagarse la indemnización previa, otorgando como justiprecio, el suficiente, por que “ ... La indemnización al expropiado tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la Ley en el reparto de las cargas públicas, según el cual quien se ve privado de su propiedad no debe sufrir él solo el perjuicio, sino que debe ser soportado y compartido por la colectividad beneficiada, de la que aquél también forma parte, compensando de esta suerte, la carga que supone la privación de la propiedad con la que implica su resarcimiento, mediante la adecuada indemnización ... “ (S. del Tribunal Supremo de España de 21 nov. 1955 citada por Francisco Pera Verdaguer. Expropiación Forzosa. Cuarta Edición. Bosch, Casa Editorial S. A, 1992. pág. 43). [...] VI.- Para satisfacer el fin de las expropiaciones - pago de un precio justo -, y por ser la materia de valoración un aspecto ajeno a la ciencia de los juzgadores, se busca el auxilio de peritos imparciales (personas que tienen conocimientos especializados en alguna rama del saber humano), que den luz en ese campo, y con base en los dictámenes que ellos rindan, analizados en su conjunto, determinar el monto de la indemnización definitiva, acogiendo el valor real y actual, debiendo proceder los juzgadores, a hacer un examen minucioso y detallado de lo indicado en las experticias a fin de acoger el más acorde a la realidad económica imperante del momento y siempre dentro de las reglas de la sana crítica otorgada por el numeral 330 del Código Procesal Civil.- Si el Juez tuviera los conocimientos técnicos especiales en mayor grado que los que entran en el caudal de una cultura general media, necesarios para llegar a un criterio propio sobre el valor de lo expropiado, no se requeriría del auxilio pericial. Acorde con lo antes dicho, en la sentencia apelada, específicamente en su considerando IV, el a quo se refiere detalladamente, uno por uno, tanto al avalúo administrativo como a las dos experticias judiciales. Posteriormente, en el considerando V, el señor Juez parte de la determinación de la naturaleza del terreno expropiado, y expresa que es zona verde de charral o maleza, cuya vocación comercial es incierta y que tanto la rentabilidad futura o posibles plusvalías que genere la inversión realizada en aceras, paja de agua y otros, es un hecho futuro e incierto que no es posible indemnizar. Además expresa, que los servicios públicos existentes en la zona, son elementos que se toman en cuenta precisamente al asignar el valor por metro cuadrado.

VII.- En cuanto a la determinación del monto de la indemnización, el señor Juez desechó el peritaje del experto Hernández García, por las razones que se expondrán posteriormente, y eligió la

experticia del ingeniero Arrieta, porque consideró que establecía un monto actualizado en el tiempo (en relación con el avalúo administrativo, agrega este Tribunal), lo que es verdad. Ya esta Sección en sentencia No. 461-2007 de las 15:20 horas del 3 de octubre del 2007, expresó que: a.- El expropiado tiene derecho a una reparación integral del daño patrimonial sufrido; b.-el expropiador debe pagar el valor venal (de mercado) actualizado al momento de la sentencia; c.- dentro del proceso especial de expropiación, el Juez Contencioso tiene plena competencia para determinar el justo precio con ayuda pericial, y no sólo para "revisar" si la valoración efectuada por la Administración, en un momento histórico determinado, estaba correcta y con independencia del tiempo que tarde en concluir el asunto en sede jurisdiccional; d.- el procedimiento judicial está previsto para darle contenido al concepto "indemnización justa". De ahí que en la sentencia apelada, se optó por un valor actualizado del bien, lo anterior es acorde con el artículo 45 de la Constitución Política.”

#### **f) Expropiación: Fundamento y fijación de la indemnización**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección I]<sup>10</sup>

Voto de mayoría

“ III.- Consideraciones previas: Lo que ha justificado la expropiación, instituto al que no se le niega el carácter restrictivo o limitativo del derecho de propiedad, es una necesidad suprema que hace privar el derecho de propiedad sobre el interés social o la utilidad pública, limando o al menos intentando limar cualquier conflicto de intereses.- La utilidad pública tiene por objeto la realización del bien común, por lo que lleva consigo misma la idea de expropiación, que -por ser forzosa- sólo puede tener lugar bajo la intervención directa del Estado, donde se respete lo de cada uno, pues tal atribución de calificación no puede entenderse en forma ilimitada. El concepto de utilidad pública queda determinado por sus dos elementos: la necesidad material y la aspiración del cuerpo social, dan por coeficiente un hecho práctico que entraña lo que reporta ventajas al Estado, cuyo disfrute pertenece al cuerpo social, así, todo ciudadano contribuirá por su parte a la utilidad pública según sus fuerzas, sus talentos y su edad, y se regularán sus deberes con arreglo a leyes distributivas. El particular debe soportar el sacrificio de sus bienes, pues pasando a las arcas estatales, se autobeneficia también el individuo como miembro de la colectividad (al servir su bien para satisfacer una necesidad de interés general), razón suficiente para no negarse a la expropiación. La mayoría de los autores consideran que el fundamento de la expropiación es la utilidad pública, no obstante, se realizan a nivel doctrinal una serie de razonamientos para aclarar el verdadero fundamento del instituto en estudio.- Se trata pues de aprovecharse de ciertas ideas para fundar un intervencionismo de tipo conservador al inicio, progresista en la actualidad que tiende a fortalecer la injerencia del Estado dentro de la propiedad privada, como ente regulador y planificador de la economía: porque desde luego, como bien lo afirma Marienhoff, no puede simplemente aceptarse como un "despojo legal" sino reconocer que se trata de una "institución jurídica de base constitucional". En el orden de la expropiación se ha dicho que el Estado posee la facultad de expropiar en virtud de la facultad superior que posee sobre todas las cosas de propiedad privadas en su territorio". Como se observa, esta teoría en la actualidad es errónea, pues la realidad hoy es otra, amén de que no encontraría cabida en los sistemas de Derecho.- En cuanto a la segunda teoría supra mencionada, sucede todo lo contrario, ha de decirse que en virtud de que la propiedad privada no sólo está reconocida, sino además garantizada, la facultad de expropiar se funda en la potestad de imperio del Estado, obligando que los intereses particulares cedan ante el



interés general.- He aquí el verdadero fundamento. Como es bien sabido, el objeto del proceso especial de expropiación, es la fijación de la indemnización debida a la o las personas que ven lesionados sus derechos, todo con fundamento en la protección contenida en el artículo 45 de la Constitución Política que ampara la propiedad privada, permitiendo la desposesión, solo en casos específicos, previo pago de aquella. En consecuencia, **la indemnización es el mecanismo para solucionar la situación antagónica entre el interés público y el privado, por lo que el justiprecio que se conceda, debe ser el suficiente para cubrir el valor de reposición**, esto es, que el desposeído, pueda adquirir con él, una cosa al menos semejante a la que tenía. Eso sí, advirtiendo que cada bien en la existencia humana presenta una serie de características no solo objetivas sino también subjetivas que hacen difícil (y en algunos casos imposible) la adquisición de otro bien en idénticas circunstancias, motivo por el cual la valoración debe procurar tener presente la mayor cantidad de elementos, pero aceptando de antemano su carácter imperfecto. Todo lo anterior, parte del principio de igualdad ante la ley en el reparto de las cargas públicas, según el cual quien se ve privado de su propiedad no debe sufrir él solo el perjuicio, sino que debe ser soportado y compartido por la colectividad beneficiada, de la que aquél también forma parte, compensando de esta suerte, la carga que supone la privación de la propiedad, lo que implica su resarcimiento mediante la adecuada indemnización.

**IV.- Sobre la indemnización.-** Otro aspecto a considerar es que la potestad estatal para expropiar un bien - para que sea constitucionalmente válida- está condicionada a que el patrimonio de su propietario quede indemne, es decir sin daño, de ahí la especial protección que el legislador dispuso al establecer el juicio sumario sobre el justo precio. La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa, por ello debe de comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado. En protección al propietario y de acorde al numeral 45 de la Constitución Política el numeral 30 de la Ley Expropiaciones regula acerca un proceso especial de expropiación en el que sólo se discutirá asuntos relacionados con la revisión del avalúo administrativo del bien expropiado, para fijar el monto de la indemnización y en cual en este tipo de diligencias lo único que es posible discutir es el justiprecio del bien objeto de la limitación y mediante el cual el juez competente nombra un perito judicial para que realice el estudio; incluso se puede nombrar a petición de alguna de las partes un perito tercero en discordia para que realice el avalúo correspondiente. Si bien los artículos cuestionados se refieren a un proceso sumario para establecer el monto de la indemnización sea justa, éste debe de entenderse que con la indemnización justa se perfecciona la expropiación, por cuanto se transfiere el dominio a la administración mediante un acto administrativo que establece las características del bien y el pago de la indemnización justa. Las tres condiciones deben de concurrir para que válidamente quede perfeccionada la expropiación (...) lo pretendido en el proceso especial establecido en los artículos citados, es la satisfacción de las pretensiones económicas del propietario, las cuales se dirigen a que se le pague un precio justo por la limitación que se le impone a su propiedad y obedece a la naturaleza del proceso dentro del cual se establece el monto de indemnización a pagar por la administración (...) En ese sentido es importante aclarar que el objeto y fin de este procedimiento sumario a nivel de los tribunales de justicia, es el de revisar el avalúo administrativo, con el fin de establecer y fijar el monto final de la indemnización a cancelar a favor del expropiado, sea, solo se pretende discutir el precio justo del bien objeto de la expropiación, no así "revisar" el procedimiento administrativo de expropiación, tal y como lo pretende plantear erróneamente el accionante y para lo cual indica se viola el debido proceso (...)" (véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 8015 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintiuno de julio del dos



mil cuatro ). Ahora bien, cuando un proceso de expropiación es llevado a la vía jurisdiccional, **la finalidad del mismo es dejar a las partes en igualdad de condiciones a las que tenían antes de ese decreto** y para ello, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución Política, debe hacerse el pago previo del terreno en aras del principio de salvaguardar la propiedad privada. La doctrina ha intentado establecer los parámetros a seguir para determinar un justo precio, que según García de Enterría, se alcanza solamente a través de la vía judicial, única donde se verificaría esa "justicia" en cada caso, y la entiende como el valor de sustitución de la cosa expropiada, suficiente para adquirir otro bien análogo, al que por expropiación se priva. Otros se refieren al justiprecio como un elemento que actúa como factor determinante del valor objetivo del bien expropiado, sea el precio corriente en el comercio, esto es, el justiprecio ha de coincidir con el verdadero valor económico de los bienes expropiados, con objeto de proveer de dinero suficiente para obtener la adecuada sustitución de tales bienes. El importe a cancelar debe representar una suma al contado o en términos razonablemente equivalente, por la cual el dueño del bien, deseoso de vender pero no obligado a hacerlo, hubiera vendido su propiedad a un comprador deseoso de ello, pero no obligado a hacerlo. Como se observa, el concepto de justiprecio, lo que pretende es buscar el equilibrio donde no vaya a resultar perjudicado el expropiado al desmejorar su patrimonio ni tampoco, una fuente de ganancias a su favor, con el consecuente perjuicio al ente expropiante, lo que solo se alcanza con la sabia combinación de los principios de equidad y justicia, de tal manera que el justiprecio debe referirse en el juicio de expropiación a lo que el inmueble vale en el estado y forma de explotación en que es tomado por el expropiador. La indemnización que ha de reconocerse en el trámite de expropiación ha de ser plenaria, debe cubrir el valor "venal" del bien de que se trate; para tal efecto complementan este concepto los principios del "valor de reposición", los "valores de zona", la "depreciación", y es con base en esos principios y a los factores positivos y negativos que afectan al inmueble expropiado, que se llega a la determinación del justo precio unitario. Partiendo de esto, tenemos que, el precio a fijar debe ser justo, equitativo y acorde a la realidad económica imperante, esto es, que se debe conceder el valor actual para la reposición de lo que es desposeído. Conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Expropiaciones, por regla general, en los procesos especiales de avalúo por expropiación, en el auto inicial se nombra un perito para revisar el avalúo administrativo. Puede nombrarse un "tercer perito en discordia", de oficio o a solicitud de parte (artículo 38 ibídem). Ninguno de los dos es de libre nombramiento de las partes o del Juez, sino que su designación se realiza por turno riguroso de entre las listas preparadas por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial. Por otra parte, ex lege el rango de discrecionalidad del Juez, en la fijación del justiprecio oscilará siempre entre el avalúo menor y el avalúo mayor, esto es no podrá fijar una indemnización mayor a la estimada en los avalúos rendidos (artículo 40 ibídem). Por ello, al ser un aspecto ajeno a su ciencia, los juzgadores se ven necesitados del auxilio de personas que por su preparación son aptos para rendir una pericia sobre los posibles valores de un bien; tomando luego para efectos de su decisión los precios fijados por los expertos, tanto en el avalúo administrativo cuanto los que se determinen en vía judicial, pudiendo acoger – desde luego -, algunos de ellos o bien apartarse, empero, sin que le sea posible otorgar un costo inferior o superior al determinado por ellos."



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Barnes Vazquez, J. (1988). La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España. Pp. 107-118.
- 2 Piza Escalante, R. E. (1984). Constitución Política y Propiedad. Memorias del II Congreso de Derecho Agrario Costarricense. Primera Edición. URUK Ediciones. San José. Costa Rica. Pp. 41-51.
- 3 Méndez Ramírez, O. (1984). Constitución Política y Propiedad. Memorias del II Congreso de Derecho Agrario Costarricense. Primera Edición. URUK Ediciones. San José. Costa Rica. Pp. 54-63.
- 4 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política Ley número 0 del siete de noviembre de 1949. Fecha de vigencia desde: 08/11/1949. Versión de la norma: 12 de 12 del 16/10/2008. Datos de la Publicación: Colección de leyes y decretos Año: 1949. Semestre: 2. Tomo: 2. Página: 724.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia número 43 de las catorce horas veinte minutos del diecisiete de febrero de dos mil once. Exp: 10-000344-1027-CA.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 33 de las doce horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de enero de dos mil once. Exp: 97-000248-0163-CA.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 569 de las tres horas treinta minutos del tres de noviembre de dos mil diez. Expediente: 04-000779-0163-CA.
- 8 TRIBUNAL AGRARIO.- Sentencia número 1004 de las diez horas veinte minutos del veintiocho de octubre de dos mil diez. Expediente: 10-000180-0387-AG.
- 9 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA.- Sentencia número 399 de las diez horas diez minutos del veintinueve de setiembre de dos mil diez. Expediente: 06-000924-0163-CA.
- 10 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 437 de las nueve horas treinta minutos del diecisiete de agosto de dos mil diez. Expediente: 06-001033-0163-CA.