

INTERES PUBLICO, ZONIFICACION Y DERECHO DE PROPIEDAD

Por

Emilio Tafur Charun

A la memoria del Doctor Leoncio “Loncho” Pérez Goicochea.

1.-ANTECEDENTES

Dentro del bloque normativo existente que regula el derecho de propiedad, la zonificación y el ordenamiento del uso del suelo urbano, encontramos entre otros, los siguientes conceptos jurídicos indeterminados:

“Interés Público”, “Bien Común”, “Interés General”, “Interés Social”, “Interés Comunitario”, “Utilidad Pública”, “Seguridad Nacional”, “Necesidad Pública”, “Bienestar General”, “Interés Nacional”, “Intereses Colectivos”, “Fin Público”, “intereses generales”, “Fines de interés público”.

Y es que debemos empezar por el principio, como debe de ser. Nos referimos a la evolución histórica del derecho de propiedad incidiendo, *señaladamente*, a tal evolución a partir de la Revolución Francesa.

Una vez hecho este repaso veremos el porqué de la importancia de los aludidos conceptos jurídicos indeterminados.

2.-UN POCO DE HISTORIA COMO PRETEXTO DE UN EXORDIO. –

El profesor Trazegnies (1978:79-80) sostiene que, “Las diferencias históricas entre aquellos complejos de derechos y obligaciones que han recibido el nombre común de "propiedad" son de tal naturaleza que incluso podríamos preguntar si se justifica la utilización de una denominación común para todos ellos; o si no sería preferible, para evitar confusiones, denominar "propiedad" solamente a algunos de tales complejos que revisten ciertas características y buscar para todo lo demás otros nombres más apropiados. Sin embargo, no nos es posible luchar contra la Historia: a pesar de su variedad, la Historia los ha bautizado con ese nombre común; pero esto nos obliga entonces a realizar los mayores

esfuerzos para distinguir los numerosos tipos de relaciones jurídicas que se esconden bajo esta palabra. Y, en todo caso, debemos intentar que no se sigan agregando en el futuro otras interpretaciones de la palabra propiedad con relación a situaciones nuevas y distintas: la propiedad ya no es un cajón de sastre donde podemos encontrar cualquier cosa; evitemos contribuir a esta acumulación de sentidos dispares.”

No obstante, lo dicho con contundencia por el profesor Trazegnies con referencia a la relatividad, la falta de unicidad y polisemia del concepto de propiedad, por nuestra parte, creemos indispensable para efectos de la elaboración del presente artículo, aludir a tal concepto sobre todo e incidiendo a partir del criterio liberal con que se nos presentaba en tiempos decimonónicos.

Es de manifestar que es rigurosamente cierto que, en tiempos decimonónicos, a partir de la dación del Código Napoleón (1804) notablemente, el derecho de propiedad detentaba un carácter absoluto y soberano. Más aun, era un derecho natural. El Poder Público o de policía, no podía interferir en el libérrimo ejercicio de este derecho, reiteramos, de

naturaleza absoluta y soberana. Y este carácter absoluto y soberano del derecho de propiedad no es más que el reflejo o efecto de la toma del poder, en tanto clase dominante, por parte de la burguesía. De este modo concluye el Antiguo Régimen y a su vez son desarraigadas ciertas cargas y gravámenes que no son otra cosa que rezagos provenientes de las peculiaridades de la etapa feudal. El proletariado también es dejado de lado. Y es así como es de la mayor importancia para esa clase dominante, la indemnidad, la cautela y preservación de su derecho de propiedad. El derecho de propiedad es, pues, sagrado. La Administración Pública no contaba con la habilitación competencial para actuar del modo que fuera, para perturbar el libre, público y legítimo ejercicio del derecho de propiedad. Y, finalmente, decir que el Código Napoleón recogió muchas de las instituciones propias del antiguo Derecho romano.

Emanuel Desojo (2021) enseña que, “El derecho de Propiedad va a adquirir en esos primeros momentos de post revolución, y especialmente con la codificación napoleónica, un halo de derecho sagrado e inviolable que transformará al propietario en un soberano sobre el objeto en que recae; pero ahora se

otorga ese derecho en un sistema político-económico-cultural-económico muy diferente, ya no existe la antigua Roma imperialista, sino un incipiente capitalismo, un sistema que promueve la explotación del hombre por el hombre, desde esa concepción se esparcirá esta definición de Propiedad al resto del mundo occidental”.

Según Valencia Agudelo (2012:12), “en 1804, a través del Código Civil, el Consejo de Estado puso a la propiedad en un lugar muy alto, adquiriendo el estatus de derecho natural o casi sagrado. De esta forma, el constitucionalismo revolucionario le otorgó a la propiedad un lugar privilegiado, lo estableció como unos derechos, como una libertad natural, por encima del propio legislador que debía limitarse a regular su ejercicio en la sociedad. En síntesis, el derecho de propiedad adquirió en el constitucionalismo revolucionario la doble condición de ser el límite al poder público y el elemento configurador de la participación política.”

De otro lado, creemos que nuestro Código Civil de 1852 en su artículo 460 siguió esta tendencia. El texto de este artículo es como sigue: “Propiedad ó dominio es el derecho de gozar y

disponer de las cosas. Son efectos del dominio: 1. El derecho que tiene el propietario de usar de la cosa y de hacer suyos los frutos y todo lo accesorio á ella; 2. El de recogerla, si se halla fuera de su poder; 3. El de disponer libremente de ella; 4. El de excluir á otros de la posesión ó uso de la cosa.” La Constitución de 1839 vigente cuando se dio el aludido Código Civil, estaba en la misma línea. Así las cosas, el artículo 167 de esta Constitución indicaba que, “es inviolable el derecho de propiedad; si el bien público legalmente reconocido exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.”

Como luego veremos, el contraste entre los artículos citados y los que sobre el derecho de propiedad se dieron en las ulteriores Constituciones y Códigos Civiles nacionales, resulta notable.

Ahora bien, si asumimos que el derecho de propiedad era absoluto o “sagrado”, ¿qué cambió desde tiempos de la dación del Código Napoleón hasta la actualidad? ¿Sigue siendo el derecho de propiedad soberano? Y lo más importante, ¿qué habilita a las administraciones públicas la capacidad o competencia de interferir en el ejercicio del derecho de

propiedad? ¿Qué puede justificar o legitimar, hoy en día, la intervención del Poder administrativo, en el ejercicio público y pacífico del derecho de propiedad?

3.-PROGNOSIS

El crecimiento desordenado y nada prolijo de nuestras ciudades ha dado lugar a que se configuren zonas marginales donde la calidad de vida y habitabilidad son bastante precarias. Los pobladores en estas zonas marginales no cuentan con auténticos títulos de propiedad. Los habitantes, en rigor, son solo poseedores. Pese a ello se da el efecto paradójico de que son titulares de la edificación mas no del terreno. Los plazos que toma el formalizar estas viviendas y sus terrenos son demasiado extensos. Las viviendas se encuentran ubicadas en áreas donde están expuestas a situaciones de peligro dadas las condiciones agrestes del suelo y del entorno. Esto es, son viviendas vulnerables sujetas a riesgos de desastres. En muchos casos las viviendas que se levantan en estos lugares, lo hacen sobre tierras que no son aptas para soportar la correspondiente construcción de las mismas. Tales viviendas precarias no cuentan con suministro de agua potable,

saneamiento ni alcantarillado. La invasión de territorios motivada por una migración masiva de pobladores, ha generado, reiteramos, que existan áreas donde sencillamente la calidad del suelo no es la más idónea para la habitabilidad y edificación de predios por parte de los ciudadanos. Sin duda, estamos frente a un problema que es de interés público o interés general. Como bien dice De la Morena (1983:863), “Cualquier situación deficiente, mejorable o conflictiva, de la realidad social actual que requiera, una vez reconocida así por la norma y comparada con el modelo a alcanzar querido por ella, de una pronta y eficaz actuación sanatoria de la Administración”.

Esto es, dada una situación problemática que agravie el interés público o el interés general, generará una activación (publicación) para el ejercicio de la competencia por parte de la Administración pública, y que dicha competencia esté destinada a poner fin a esa situación o mitigarla de la manera que mejor se pueda, y que reiteramos, afecta al interés público o interés general. La competencia nace del interés público o interés general que deben ser preservados. Y es a esto a lo que llamamos “publicación”.

Dada la precariedad en lo que se refiere a las viviendas y el suelo en ciertas zonas de nuestras ciudades resulta de la mayor importancia lo prescrito como principio de “enfoque de derechos humanos” por el artículo 4.3.c de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible cuyo texto es el siguiente:

“Comprende el conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales, principios éticos ejercidos individual e institucionalmente, así como políticas públicas aplicadas por el Estado que involucran a actores públicos y privados, empoderando a los titulares de los derechos en la capacidad de ejercerlos y exigirlos. Se concreta en actitudes que llevan a la práctica el ideal de la igual dignidad de todas las personas, promoviendo cambios en las condiciones de vida de las poblaciones más vulnerables. El enfoque basado en derechos humanos incluye los principios rectores sobre empresas y derechos humanos: proteger, respetar y remediar. Este enfoque asume que los derechos son inherentes a todos los seres humanos, se fundan en el respeto de la dignidad de la persona humana y son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. El enfoque se basa en las normas internacionales, desde las

cuales se establecen estándares que permiten hacer operativa su protección y promoción. El enfoque basado en derechos humanos pone énfasis en identificar las variables o contenidos de los derechos, su titular y garante y la ruta de acceso que lo hace efectivo”.

Como parte de este “enfoque de derechos humanos” podemos citar el “Derecho a la ciudad” que está recogido en el artículo 17 de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, indicando que “Las competencias y facultades a las que se refiere esta Ley procuran la efectividad del ejercicio del derecho a la ciudad, definido como el derecho de los ciudadanos a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, garantizando el acceso a los servicios que se aglomeran en la ciudad, *y estando sujeto a las limitaciones establecidas por la normativa de la materia, el bien común y el interés general.* El derecho a la ciudad comprende, a título enunciativo mas no limitativo: el derecho a un hábitat seguro y saludable, el derecho a una vivienda adecuada y digna, el derecho a la participación ciudadana efectiva y al acceso a la información; el derecho a la propiedad predial en

todas sus modalidades; el derecho al acceso y uso, en condiciones no discriminatorias, de los espacios, equipamientos y servicios públicos; garantizando el acceso a personas con discapacidad y a las minorías; el derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para exigir la observancia de la normativa en acondicionamiento territorial, planificación, uso y gestión del suelo y desarrollo urbano en las actuaciones de instituciones públicas o privadas.” (Las cursivas son nuestras)

Y, de otro lado, tal es la vinculación entre Derecho Administrativo e interés público que De la Morena (1983:850) define esta rama del Derecho del modo siguiente:

«Derecho que, una vez declarados públicos por la dirección política de una comunidad determinados intereses de ésta, funda, correlativamente, una o más Administraciones públicas, a las que personifica e inviste de un régimen de poder y de actuación diferenciados, para que, ya operando por sí mismas, ya a través de agentes sociales controlados por ellas, aseguren su inmediata realización, sin mengua de las garantías debidas a los titulares de los intereses privados contrapuestos que para ello sea necesario limitar o resulten perjudicados.»

Sobre el concepto de interés público, el mismo autor (De la Morena 1983: 864) agrega a esta definición que, el interés público arranca, pues, de una situación actual de carencia o de riesgo y, por lo mismo, susceptible de perfeccionamiento y de mejora, medibles en términos de bienestar social, y que demandarán de una correlativa acción de las Administraciones públicas y de cualesquiera agentes sociales sobre los que las mismas puedan ejercer control o influencia, tendentes todas ellas a que cuanto es perjudicial o constituye un peligro para la comunidad quede eliminado o reducido, a que cuanto es favorable o beneficioso quede asegurado, y a que cuanto es mejorable o perfectible se enriquezca y haga más próspero.

Y todo lo aquí escrito no supone otra cosa que las potestades exorbitantes del Derecho común que el ordenamiento jurídico otorga a las Administraciones Públicas se justifican y explican por tanto en el hecho de que la Administración, como persona jurídica, está constitucionalmente vinculada al servicio de los intereses generales. Queda claro, por tanto, para qué sirve el interés general, pero más difícil

es ofrecer una delimitación del concepto. (Acosta Gallo, P, -2019:174)

Acosta Gallo (2019:178) cita a Álvarez García cuando señala que la actuación de los poderes públicos tiene un carácter teleológico. El Derecho es un sistema de normas y principios destinados a organizar y regular la realidad social, pero “estas normas y principios jurídicos carecerían de toda justificación si fuesen considerados exclusivamente en sí mismos, encontrando, por el contrario, todo su sentido en función del fin específico para el que han sido establecidos”. En efecto, la organización y el ejercicio del poder público se justifican por sus funciones de gestión de los recursos públicos para la consecución de unos fines que son comunes a los distintos individuos y grupos que conforman el entramado social. Luego Acosta Gallo redondea la idea manifestando que, en definitiva, cabe afirmar que el interés general es un concepto jurídico indeterminado que requiere concreción en la aplicación de la norma jurídica al supuesto de hecho y excluye por tanto la arbitrariedad en la actuación administrativa. Pero no sólo es un concepto jurídico indeterminado, sino que opera también como principio de actuación de las Administraciones

Públicas y como principio general del Derecho o criterio para la interpretación de las normas jurídicas.

En efecto, el Derecho Administrativo y con él la Administración pública, detentan una función teleológica que está inmersa en la naturaleza y funcionamiento de esta última. Teleológica porque las exorbitancias que detenta la Administración pública no serían legítimas sino arbitrarias, sin existir de por medio, un fin valioso que mejore y cautele el orden social, material o jurídico. De ello deriva también que la Administración pública estaría actuando sin competencia. Función teleológica pues, que como la misma palabra lo dice, fuerza a que toda actuación de la Administración pública, para estar reforzada del *ius imperium*, tenga su razón de ser en el cumplimiento de los fines de interés general, mejorando de este modo el orden de cosas o por lo menos, manteniéndolo en un nivel idóneo o adecuado, esto es, que satisfaga pese a todo, el interés público general.

El mismo autor (2019:177) sostiene que el carácter abstracto e indeterminado de la cláusula “interés general” parece razón suficiente para incluirla en la categoría de concepto jurídico indeterminado. El concepto

jurídico indeterminado supone un enunciado que de algún modo es impreciso en sus límites, por resultar vagos o generales, pero que puede concretarse en la aplicación que realiza el operador jurídico a un caso concreto. De este modo, hay conceptos que no admiten una delimitación rigurosa, pero que pueden predicarse de las circunstancias y elementos del hecho concreto al que se aplican.

Por nuestra parte, diremos que, en efecto, las exorbitancias que ostenta la Administración pública, en tanto persona jurídica, dotada como hemos dicho de ciertos poderes de actuación que no son otra cosa que privilegios, potestades y prerrogativas, y cuya finalidad prevalente es la consecución de los fines de interés general para cuyo efecto la Administración pública ejercerá las competencias idóneas de naturaleza tan especial. Todo esto se reduce a una idea: dada una contingencia, por decir lo menos, que agravie el interés público general originará que la Administración pública detente competencias que en buena medida son extraordinarias y que de por sí se justifican y a su vez adquieren legitimidad, dado el interés público y general que se ve de este modo afectado y el cual la

Administración Pública debe preservar, hacer perdurar y cautelar.

Es De la Morena (1978:152) quien manifiesta que, *los fines de interés público no son sino los móviles desencadenantes de la actuación de todos y cada uno de los órganos encuadrados en el Estado y la razón suprema y única por la que se les confirió las competencias que portan, de tal manera, que sin fin que cumplir no habrá órgano que crear ni competencia que ejercer;* finalmente, las normas no son sino los basamentos jurídicos u ordinamentales que fundan y sancionan los fines de interés público, crean los órganos llamados a satisfacerlos y les imputan o atribuyen el poder o competencia que para ello precisan. (Las cursivas son nuestras)

Creemos que esta cita inmediatamente precedente es por así decirlo, el núcleo duro de lo que hemos querido manifestar a través de una esforzada hermeneútica a lo largo del presente texto, pero con todo, lo dicho por De la Morena resume el mensaje: *“los fines de interés público no son sino los móviles desencadenantes de la actuación de todos y cada uno de los órganos encuadrados en el Estado y la razón suprema y única por la que se les confirió las competencias que portan”*

Lo escrito en el presente epígrafe encuentra su positivización en el artículo IV 1.1.de TUO de la Ley 27444 (LPAG) el cual refiere que, “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

4.-EL BIEN COMUN

De la Morena (1978:158) se pregunta ¿qué es el bien común y a quién corresponde determinarlo? A nuestro juicio, escribe De la Morena, el bien común como idea operativa se concreta en la ordenación legal del comportamiento humano en cuanto suponga creación o empleo de poder o riqueza desde la fundamental preocupación ética de incrementar continuamente, al máximo nivel posible, la solidaridad y el bienestar moral y material entre los miembros de una comunidad, *sacrificando a su logro, en la medida necesaria, los bienes o intereses individuales incompatibles de igual o inferior rango ético.* (Las cursivas son nuestras)

Si tomamos a pie juntillas esta definición veremos que si el constituyente de 1993

pretendió reforzar y cautelar el derecho a la propiedad privada suprimiendo de la Constitución el término “interés social” y sustituyéndolo por uno más “edulcorado”, esto es, la idea de “bien común”, tal parece que el constituyente incurrió en un yerro, dado el texto con que finaliza la cita del concepto jurídico indeterminado materia de esta definición, “(...) el bien común como idea operativa se concreta en la ordenación legal del comportamiento humano en cuanto suponga creación o empleo de poder o riqueza desde la fundamental preocupación ética de incrementar continuamente, al máximo nivel posible, la solidaridad y el bienestar moral y material entre los miembros de una comunidad, *sacrificando a su logro, en la medida necesaria, los bienes o intereses individuales incompatibles de igual o inferior rango ético.*”

Esta definición de bien común contrasta con la esbozada por el profesor Jorge Avendaño quien, citado por Tomanguillo (2021:8), encuentra una diferencia entre ambos términos: – Bien común es el bien general, *el bien de todos*; bien es beneficio. – Interés social es el que puede tener un grupo social determinado; interés responde la satisfacción de una necesidad. (Las cursivas son nuestras)

Además, el término “interés social” así como el establecimiento de otras restricciones al ejercicio de la propiedad están muy arraigados en el Derecho Patrio. En este contexto, la Carta de 1933, preveía en su artículo 31, que, “La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. De igual modo, el artículo 34 prevé que, “La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.” Finalmente, es necesario citar el artículo 35, según el cual “La ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y la transferencia de determinada clase de propiedad, sea por su naturaleza, o por su condición, o por su situación en el territorio”.

En lo que se refiere al Código Civil de 1936, el artículo 851 preceptuaba que, “Las restricciones legales de la propiedad establecidas por interés público no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”.

En la Constitución de 1979 encontramos los siguientes artículos que se refieren a restricciones al derecho de propiedad:

Artículo 124. La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.

Artículo 125. La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.

Artículo 127. La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación.

En el Código Civil de 1984 tenemos los siguientes artículos:

Artículo 923º.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar

un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Artículo 925º.- Las restricciones legales de la propiedad establecidas *por causa de necesidad y utilidad públicas* o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico. (Las cursivas son nuestras)

Vemos, pues, que conceptos como el “interés social” o la activación de restricciones al libre ejercicio del derecho de propiedad existen en el Derecho patrio, por lo menos desde la dación de la Constitución de 1933. Queda claro que no estamos frente a un derecho soberano, natural y sagrado. El ejercicio del derecho de propiedad tiene límites muy bien marcados por el ordenamiento. De ahí, que trátase del “bien común” o del interés público, estos han de prevalecer en el supuesto de colisión con intereses meramente particulares, pues reiteramos que el interés público o el bien común configuran una finalidad valiosa que a su vez les es reconocida por el ordenamiento. Es pues el enfrentamiento entre la comunidad -y quienes representan sus intereses- y el interés privativo posiblemente reducido a un grupo minoritario de pobladores el cual debe de ser sacrificado, razón por la cual se hace más urgente el

ejercicio de las correspondientes competencias propias de la Administración pública (publicación). Y todo ello con el único objetivo de que se ejecute la competencia de que se trate, esto es, para la consecución de los fines públicos de interés general y, por qué no, del bien común.

La propiedad ha dejado de ser el más sagrado de los derechos liberales, para convertirse en una libertad condicionada en su ejercicio por el interés social. (Ignacio Fernández citado por Valencia Agudelo)

Ya veremos por qué.

5.-RESERVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN LA FORMULACION DEL INTERES PUBLICO Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De la Morena (1978:159) señala que, el problema de los fines de interés público en los que se va decantando y concretando la noción de bien común se carga, pues, de un enorme potencial político que aconseja: *primero, que su más alta formulación se haga a nivel constitucional, y segundo, que su desarrollo inmediato corresponda, de entre los órganos*

establecidos en la Constitución, al de mayor proximidad al pueblo soberano, es decir, al órgano legislativo. En otras palabras: los fines de interés público y, en consecuencia, la fundación de las competencias imprescindibles para su satisfacción, deberán ser establecidos por Ley. Todo sucede como si el legislador, al apoderar a la Administración, le dijese: organízate como quieras (potestad organizativa), puesto que, en definitiva, habrás de actuar como quiero (procedimiento) y sólo para lo que quiero (fines de interés público) (Las cursivas son nuestras)

Al respecto, esta positivización en cuanto a la atribución de competencias y los fines públicos, y ´para nosotros también el interés general, la encontraríamos en el “preambular” artículo 44 de la Carta de 1993. Este artículo preceptúa que, Son deberes primordiales del Estado: promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. De igual manera, el artículo 58 de la Constitución dispone que, “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, *el Estado orienta el desarrollo del país,* y actúa principalmente en las áreas de

promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e *infraestructura*.” (Las cursivas son nuestras) Finalmente, el artículo 118(3) de la Carta de 1993 precisa que, Corresponde al Presidente de la República, dirigir la política general del Gobierno.

A nivel legislativo el interés público o general, es dispuesto por la Ley 27444 (LPAG) en su artículo III cuyo texto es como sigue: “La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para *que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.*” (Las cursivas son nuestras)

6.- DISCRETIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS

Según García de Enterría y TR Fernández (2001:457), por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad de manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; la jubilación se producirá al cumplir el funcionario sesentaicinco años de edad. El

número de años o el número de días así precisado están perfectamente delimitados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por Ley el modo de cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, precederá también la jubilación cuando el funcionario padezca de incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe, falta de probidad. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten unas cuantificaciones o determinación rigurosa, *pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que no obstante la indeterminación del concepto admite ser precisado en el momento de la aplicación.* La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta de

buen padre de familia, justo precio) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. *Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es: o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten “una unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, por tanto, y no de volición. (Las cursivas son nuestras)*

En similar sentido se pronuncia Acosta Gallo (2019:177-178) cuando precisa que la principal virtud del concepto jurídico indeterminado es que permite distinguir si en determinadas actuaciones de la Administración se ha respetado el principio de legalidad o si, por el contrario, se ha incurrido en una arbitrariedad. Si la discrecionalidad administrativa permite a la

Administración la elección entre alternativas todas ellas válidas, entre indiferentes jurídicos, *el concepto jurídico indeterminado, precisado en el momento de la aplicación, conduce a una única solución válida en el caso concreto. La ley utiliza juicios de experiencia o de valor que, en su aplicación, llevan a una “unidad de solución justa” en cada caso.* (Las cursivas son nuestras)

Supra hemos hecho referencia a todos los conceptos jurídicos indeterminados que se dan en el ámbito del derecho de propiedad y zonificación. Conceptos jurídicos indeterminados imbricados estrechamente con las finalidades que dispone el ordenamiento como valiosas, para legitimar la actuación administrativa. La suscitación del concepto jurídico indeterminado constituye el supuesto de hecho que activa el ejercicio de la correspondiente competencia con vistas a la realización de tales valiosos fines. De este modo, hemos mencionado, entre otros conceptos jurídicos indeterminados, al “Interés Público”, “Bien Común”, “Interés General”, “Interés Social”, “Interés Comunitario”, “Utilidad Pública”, “Seguridad Nacional”, “Necesidad Pública”, “Bienestar General”, “Interés Nacional”, “Intereses Colectivos”, “Fin Público”,

“intereses generales”, “Fines de interés público”. Ahora bien, queda claro que tales conceptos jurídicos indeterminados no constituyen el ejercicio de competencias a través de una discrecionalidad absoluta. Discrecionalidad absoluta que debe estar ausente en todo ordenamiento que merezca ser respetable. El juez o autoridad administrativa deberá adoptar la decisión si el concepto jurídico indeterminado de acuerdo a la percepción y experiencia que él mismo tenga sobre el supuesto de hecho, la realidad social o el estado de cosas de naturaleza económica o jurídica, que, de ser el caso, materializa el concepto jurídico indeterminado. Es una cuestión de percepción o cognición. No de volición. Es el juez o la autoridad administrativa quien entre una pluralidad de posibilidades determinará si se suscita el concepto jurídico indeterminado o no. Esto es, y siguiendo a García de Enterría y TR Fernández, solo cabe una solución, por ejemplo, o se da la “utilidad pública” o no se da. No puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Proceder de otra manera sería agraviar el principio de legalidad, pues el concepto jurídico indeterminado -supuesto de hecho- no se habría configurado resultando de ello que no se valide el ejercicio de la competencia de que se trate. La

Administración pública habría actuado sin competencia. Y esto supondría una arbitrariedad manifiesta.

7.- LA ZONIFICACION

Según Acuña Vigil (2006), “La zonificación se concibe, en la práctica del planeamiento, generalmente como un esquema de subdivisión de un área urbana con propósito de regular sus usos, la densidad de población, tamaño de lotes, tipo de estructuras etc. La zonificación es uno de los diversos dispositivos legales empleados para implementar las propuestas de urbanización establecidas en un plan urbano. El plan de usos del suelo trata del uso del suelo y de la intensidad de esos usos, pero en forma generalizada, constituyendo un pre requisito para la zonificación. *De esta manera no existe zonificación que sea integral y de contenido sólido y firme que no esté basada en un plan de usos del suelo.*

La zonificación es uno de los conceptos básicos de la teoría del planeamiento urbano contemporáneo que ha surgido en nombre del interés público y con el propósito de garantizar: la salud, la seguridad, las conveniencias de los

habitantes, la economía y la recreación. (Las cursivas son nuestras)

Todos estos factores afectan la amplitud en la cual el control es necesario o factible a la luz de las realidades sociales y económicas, e incluyen las consideraciones prácticas que condicionan el uso de controles en nombre del interés público.” (Las cursivas son nuestras)

Dice Francia Acuña, (s/f: 83-84) que la zonificación urbana, al estar más enfocada en la ciudad, es una herramienta típica del urbanismo, cuyo fin es dividir a una ciudad en secciones destinadas a usos determinados, ya sean residenciales, comerciales, industriales y otros, siendo su finalidad principal, encauzar el crecimiento y desarrollo armónico y coherente de una ciudad, así como la distribución de los espacios públicos y privados y de los usos y actividades que en ellos se pueden desarrollar.

La autora refiere que, al respecto es preciso señalar que la zonificación -cuyo establecimiento en el Perú es competencia de las municipalidades provinciales- se establece a través de tres elementos:

- a) El Plan de Zonificación que es el documento gráfico mediante el cual se muestran los diferentes usos asignados al suelo;
- b) El Índice de Usos para la ubicación de actividades urbanas, esto es, las actividades y usos permitidos en cada una de las zonas señaladas en el plano de zonificación; y
- c) El Reglamento de Zonificación, a través del cual se establecen los parámetros urbanísticos y edificatorios en cada una de dichas zonas y específicamente las densidades de la población, los coeficientes de la edificación, características del lote, porcentajes de área libre y altura de edificación, entre otros.

Tomanguillo (2021:12) define normativamente a la zonificación precisando “que esta es el instrumento técnico-normativo del Plan de Desarrollo Urbano que identifica el uso del suelo urbano y divide una ciudad, o un área metropolitana en zonas o barrios de uso compatible y generalizado, a fin de promover un desarrollo urbano sostenible. Podemos ejemplificar ello señalando los siguientes tipos de zonas: zonas residenciales, destinadas al uso de vivienda, pudiendo aceptar además otros

usos compatibles; zonas industriales, destinadas a la ubicación y funcionamiento de establecimientos de producción; zonas comerciales, destinadas a la ubicación y funcionamiento de establecimientos de compra-venta de productos; entre otras. En ese sentido, la zonificación tiene naturaleza normativa, pues es una norma que regulará los usos del suelo con alcance general en la jurisdicción de la Municipalidad Provincial, mediante la aprobación de una ordenanza. Su aprobación y modificación son competencias de las Municipalidades Provinciales mediante Ordenanza Municipal, según el artículo 79° de la Ley Orgánica de Municipalidades, el cual, a su vez, establece que el Plan de Desarrollo Urbano es el instrumento que aprueba la zonificación como competencia de las municipalidades provinciales”.

Tomanguillo (2021:13) también cita a Laura Francia Acuña, manifestando que esta autora refiere que la zonificación es una de las manifestaciones de la *función social de la propiedad*, cuyo fundamento es el poder de policía. *Dicho poder permite que el Estado, a través de sus distintos órganos, delimite o restrinja determinados derechos o actividades*

de los particulares, exigiendo para su realización el cumplimiento de determinados requisitos. En el caso peruano uno de estos requisitos es el Plan de Desarrollo Urbano. Francia Acuña también afirma que la zonificación constriñe las facultades de la propiedad del suelo, alcanzando a su mismo núcleo sobre la libertad o facultad de uso y va producir con ello una limitación del ius edificandi. (Las cursivas son nuestras)

También Tomanguillo (2021:16) cita a Quiquia, cuando señala que: “El tratamiento normativo que ha recibido la zonificación urbana en nuestro país parece tener el mismo objetivo que en la legislación comparada: *limitar los usos que los propietarios puedan darle a su propiedad privada* con el objetivo de conciliar, en la mayor medida de lo posible, los intereses colectivos de las propiedades contiguas, con el fin de evitar usos incompatibles entre ellas, que puedan vulnerar los derechos de los ciudadanos” .(Las cursivas son nuestras)

En lo que respecta al Derecho positivo patrio el artículo 195 de la Carta de 1993 prevé que, “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con

las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: (...) 6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial. (...)"

Con relación a este artículo constitucional Tomanguillo (2021:14) precisa que de dicha norma también se desprende que es facultad de los gobiernos locales el desarrollo urbano sostenible de sus localidades. *Conforme a ello, la zonificación constituye una limitación legítima y constitucional al ejercicio del derecho de propiedad predial basada en el bien común; es decir, las normas de zonificación establecen límites válidos, amparados en la constitución, cuyo objetivo es el desarrollo urbano sostenible de las ciudades y las áreas metropolitanas. Teniendo en consideración ello, nos debemos remitir a la normativa sobre zonificación urbana en el Perú.*

Otra norma que merece ser citada es la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (LEY N° 31313), cuyo artículo primero preceptúa que es objeto de la misma establecer los principios, lineamientos, instrumentos y normas que regulan el acondicionamiento territorial, la planificación

urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, a efectos de lograr un desarrollo urbano sostenible, *entendido como la optimización del aprovechamiento del suelo en armonía con el bien común y el interés general*, la implementación de mecanismos que impulsen la gestión del riesgo de desastres y la reducción de vulnerabilidad, la habilitación y la ocupación racional del suelo; así como el desarrollo equitativo y accesible y la reducción de la desigualdad urbana y territorial, y la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas u originarios.(Las cursivas son nuestras)

El artículo 2 de la misma Ley prescribe que es su finalidad, orientar el desarrollo de ciudades y centros poblados para ser sostenibles, accesibles, inclusivos, competitivos, justos, diversos y generadores de oportunidades para toda la ciudadanía, promoviendo la integración y el crecimiento ordenado, procurando la creación de un hábitat seguro y saludable con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

El artículo 36 de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible define la zonificación del siguiente modo:

36.1. La zonificación es un componente de los procesos de planificación urbana que contiene el conjunto de normas y parámetros urbanísticos y edificatorios para la regulación del uso y ocupación del suelo en el ámbito de actuación o intervención del instrumento de planificación urbana de la jurisdicción. Estos se elaboran en función a los objetivos de desarrollo, de la capacidad de soporte del suelo y las normas establecidas en el propio plan. Ordena y regula la localización de actividades con fines sociales y económicos, como vivienda, recreación, actividades culturales, protección y equipamiento; así como, la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones.

36.2. Tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al suelo. Se concreta en planos de zonificación u otros medios de representación gráfica, en los parámetros urbanísticos y edificatorios para cada sector y en el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas.

Por su parte el artículo 37 de la misma Ley dispone que:

“La zonificación no puede modificarse salvo en el marco de la actualización de los Planes de Desarrollo Urbano conforme a la periodicidad y procedimientos que se establecen en el Reglamento de esta Ley. La periodicidad de actualización deberá ser como mínimo de una vez al año, siempre considerando el análisis integral del ámbito de los Planes de Desarrollo Urbano.

Las Municipalidades Provinciales pueden aprobar de manera excepcional cambios de zonificación específicos o asignar zonificación con el objetivo de promover el desarrollo concreto y formal de proyectos de interés social y comunitario en el ámbito de su jurisdicción, siempre que cumplan con el criterio de análisis integral que aprueba el reglamento de la presente ley.” (Las cursivas son nuestras)

Sobre los cambios de zonificación Tomanguillo (2021:28) enseña que el cambio de zonificación supone una limitación de la propiedad privada pues cuando el Estado, mediante las ordenanzas municipales, determina que un predio, sea comercial o residencial, no podrá ser usado para el fin que el propietario tenía en

mente, o cuando por un cambio de zonificación, se vuelve incompatible una determinada actividad en un espacio físico, se afecta al derecho de propiedad de los propietarios posteriores, pues si bien la ordenanza no tendrá un efecto retroactivo, los futuros propietarios que adquieran un bien en determinada zona tendrán que adecuar los usos o destinos económicos que desee darse al predio.

El artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades refiere que, dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende: 1. Organización del espacio físico - Uso del suelo 1.1. Zonificación.

Según el artículo 79 de la misma ley orgánica, Las municipalidades, *en materia de organización del espacio físico y uso del suelo*, ejercen las siguientes funciones: 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de

conservación ambiental. Áreas de Conservación Municipal) 1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.

El artículo 79, numeral 3, cardinal 3.6.4 de la mencionada Ley Orgánica, establece que las municipalidades distritales en materia de organización del espacio físico y uso de suelo, tiene como función específica exclusiva, entre otras, normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, así como realizar la fiscalización de la apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación (...).

De lo citado, entendemos que la zonificación no es más que la especificación o concretización de manera normativa de lo dispuesto por los planes de desarrollo urbano.

Por último, el artículo 6° de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones establece que, “ninguna obra de habilitación urbana o de edificación podrá construirse sin sujetarse a las normas

urbanísticas establecidas en los planes de desarrollo urbano y/o acondicionamiento territorial y/o planeamiento integral. *Las normas urbanísticas constituyen documentos de interés público, cuya finalidad es la promoción del desarrollo ordenado de las ciudades.* Las municipalidades dispondrán su difusión a través de su publicación en lugares y medios accesibles a la colectividad; (...). (Las cursivas son nuestras)

8.-COMPETENCIA

El artículo 8 de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible llama poderosamente nuestra atención. Tal artículo preceptúa, bajo el título de “Prelación Normativa” que:

“8.1. En caso de existir discrepancias entre la presente Ley y alguna otra norma que se expida sobre procedimientos técnicos y administrativos regulados en esta, dicha discrepancia se resuelve considerando las siguientes normas: 1. La presente Ley y otras normas de carácter nacional con rango de ley. 2. Los reglamentos de la presente Ley. 3. Otras normas de carácter nacional emitidas por las Entidades Públicas de los diferentes sectores del Gobierno Nacional. 4. Las normas emitidas por las Municipalidades Provinciales, aun cuando tengan régimen

especial. 5. Las normas emitidas por las Municipalidades Distritales. 8.2. En la interpretación de las normas antes mencionadas se utilizan los principios de especialidad, de jerarquía, de temporalidad, de unidad y los demás que resulten aplicables.

Tal parece que el legislador olvidó olímpicamente lo que se entiende por descentralización territorial. Las Regiones y Municipalidades detentan autonomía política y administrativa. Ambas instancias dan ordenanzas dentro su acervo de competencias. Ordenanzas con valor o rango de Ley según la propia Constitución. Lo fundamental es lo siguiente:

Mas allá del frontal agravio a la estructura normativa tal como la diseña la Constitución, lo realmente grave es que el artículo materia de estudio, despoja abiertamente a las Municipalidades, sobre todo a las provinciales, de la competencia que la Constitución expresamente les otorga. Esto es, borra de un plumazo la competencia de las Municipalidades reconocida en el artículo 195 de la Carta de 1993 el mismo que prevé que, “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de

su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: (...) 6. *Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.* (...)” (Las cursivas son nuestras)

Y tal es la conciencia y voluntad como indebidamente procede el legislador que en la estructura normativa (*ad hoc*) que él mismo diseña “olvida” incardinar a la Constitución como cabeza visible de la aludida “estructura”. La competencia materia de esta antinomia es sencillamente dejada de lado. Y lo más grave es que hablamos de la Constitución. El legislador adolecería de negacionismo. *No existe otra explicación.*

Finalmente, el legislador también olvida aludir a la competencia como criterio de incardinación normativa para casos de antinomia.

Reflexiones Finales. -

Se ha transitado pues un largo camino. Un largo camino casi dos veces secular que para fines del presente trabajo iniciamos con el Código Napoleón, y siempre refiriéndonos al derecho de propiedad. Razones más sociológicas que

jurídicas gatillan que el derecho de propiedad de ser “sagrado” pase a convertirse, como dice el autor citado, en una “libertad condicionada en su ejercicio por el interés social”. Esto es, existía un derecho de propiedad “sagrado” que no podía ser perturbado en su ejercicio por el poder administrativo o de policía, si se quiere, dado el poder que entonces detentaba la burguesía. La burguesía, la nueva clase dominante. Y estas razones sociológicas, entre las que se refieren a la migración masiva y desordenada a las ciudades, amenazó con hacer colapsar el derecho a la ciudad tanto de residentes como de invasores. Producto de esta gran migración, se levantan viviendas vulnerables, sin servicios públicos básicos y arquitectura deficiente y precaria. Pero hay más. El Derecho, ante este estado de cosas, no podía ni debía permanecer de brazos cruzados. Había un interés en juego. No cualquier interés. Nos referimos al interés público y a todas sus variantes. Esto suponía hacer prevalecer este interés que se confrontaba con otros intereses o derechos de menor trascendencia. Ese interés público tiene que ser la causa y finalidad de la actuación de la Administración pública, lo cual se traduce en el ejercicio de competencias otorgadas por el ordenamiento a las cuales este acoge para tal

efecto, por considerarlas valiosas. Competencias que en algunos casos supondrán privilegios. Después de todo, privilegio no es sino la capacidad de profanar lo privado.

REFERENCIAS

Acosta Gallo, P. “Interés general”. En: Eonomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N°. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 173-182.: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4698>

Acuña Vigil, Percy. (2006: “La Zonificación y el Uso del Suelo”. Disponible en: <https://www.ipdu.pe/documentos/articulos/zonificacionyusodesuelo.pdf>

De la Morena, L. (enero-abril 1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio» y «medida» de control jurídico. Revista de Administración Pública, (85).

De la Morena, L. (enero-diciembre 1983). Derecho administrativo e interés público. Condiciones básicas. Revista de Administración Pública, (100-102), pp. 847-880.

Desojo; Emanuel. (2021) “Breve genealogía del derecho de Propiedad”. En: Palabras del Derecho. Disponible en:

<https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3175/Breve-genealogia-del-derecho-de-Propiedad>

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Madrid: Civitas.

Francia Acuña, Laura. (s/f) “¿Y si se establecen más restricciones, esta vez a través de los índices de uso?” En *Advocatus* 33. Disponible en: [file:///D:/Users/Downloads/4419-Texto%20del%20art%C3%ADculo-16818-1-10-20190802%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/Downloads/4419-Texto%20del%20art%C3%ADculo-16818-1-10-20190802%20(2).pdf)

Tomanguillo Vásquez, Joanna Cristina (2021) “Zonificación Urbana y Derecho de Propiedad: posibles soluciones al conflicto entre el procedimiento de cambio de zonificación y su vulneración al derecho de propiedad en Lima Metropolitana”. Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Bachillera en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Trazegnies Granda, F. de. (1978). La transformación del derecho de propiedad. *Derecho PUCP*, (33), 75-104. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197801.004>

Valencia Agudelo, Germán Darío (2012) “El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano” En: Diálogos de Derecho y Política. No. - 11, Año 4, Setiembre -Diciembre 2012.

DL 1595

