

# RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROPIEDAD

Luis R. Sáenz Dávalos<sup>1</sup>

## RESUMEN

El derecho fundamental de propiedad se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución Política del Perú. La propiedad es, pues y por elemental constatación, un derecho con reconocimiento constitucional, pero con desarrollo tanto en el ámbito constitucional como en el propiamente legal. Nuestra jurisprudencia constitucional ha definido a la propiedad como el poder jurídico que permite a cualquier persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, la cual admite la posibilidad de muy variados tratamientos a partir de los tipos o modalidades de bienes que esta pueda llegar a involucrar. La regla general que establece la Constitución en torno de la propiedad es la de su inviolabilidad y está claro que, aunque cualquier persona puede ser titular del derecho de propiedad, ello no significa utilizarla para propósitos incompatibles con el interés de todos, dado que de presentarse ello quedaría relativizada, cuando no desvirtuada, su propia fisonomía.

**Palabras clave:** Propiedad, tutelada, reivindicación.

## ABSTRACT

The fundamental right to property is recognized mainly in articles 2, subsection 16, and 70 of the Political Constitution of the State. Property is, therefore, and by elementary confirmation, a right with constitutional recognition, but with a development as much in the constitutional scope as in the properly legal one. Our constitutional jurisprudence has defined property as the juristic power that allows any person to use, enjoy, dispose and claim a good, which admits the possibility of varied treatments as for the types or modalities of goods that this may involve. The general rule that the Constitution establishes around property is its inviolability and it's clear that, even though any

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

person can be the titular of a property right, this does not mean it can be used for purposes that are incompatible with the common interest. If that were the case, its own physiognomy would be left relativized, if not distorted.

**Keywords:** Property, tutored, claim.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de las presentes líneas es bastante breve a la par que elemental y se orienta a la explicación del régimen que caracteriza a nuestro derecho fundamental de propiedad en el marco de lo expresamente reconocido por nuestra Constitución Política.

No pretende, como es obvio, una explicación detallada del tema, pues este cometido requeriría necesariamente de mayor espacio y, sobre todo, del soporte bibliográfico indispensable. Sin embargo, su contenido, creemos, de alguna manera puede contribuir a ordenar algunas ideas de aproximación a uno de los más importantes atributos que proclama nuestra norma fundamental, sea que se le contextualice desde el ámbito propiamente positivo, sea que se le enfoque desde el específicamente jurisprudencial. Para su elaboración, vale la pena precisar, se han tomado algunos referentes conceptuales utilizados en las sesiones que en su momento se nos encomendó para el curso de Derecho Constitucional Económico que se viene impartiendo por la Universidad Continental.

Sin otro alcance que el indicado y para que pueda servir al público interesado, podemos ingresar inmediatamente en materia.

## 1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROPIEDAD COMO ATRIBUTO DE CONFIGURACIÓN TANTO CONSTITUCIONAL COMO LEGAL. IMPLICANCIA PARA FINES DE TUTELA O PROTECCIÓN

En sus grandes aspectos, el derecho fundamental de propiedad se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución Política. Otros dispositivos que también abarcan su tratamiento son el 71, el 72 y el 73.

Conviene advertir, sin embargo, que no todos los aspectos de la propiedad son abordados directamente por la Constitución, sino que también los encontramos ampliamente diseminados en el ámbito de la ley ordinaria. Ocurre, por ejemplo, con el Código Civil, que regula una considerable o muy diversa cantidad de temas concernientes con la propiedad y sus variados elementos.

En este sentido, puede decirse que la propiedad es, pues y por elemental constatación, un derecho con reconocimiento constitucional, pero con desarrollo tanto en el ámbito constitucional como en el propiamente legal.

Esta reflexión es esencial e inevitablemente práctica a los efectos de determinar si la pro-

piedad como derecho será tutelada o defendida a través de los procesos constitucionales en caso de un eventual desconocimiento o en cambio lo será mediante los procesos judiciales específicamente ordinarios

Aunque los aspectos directamente regulados por la Constitución si pueden ser objeto de tutela o protección especial preferentemente por vía del amparo constitucional, en el caso de los aspectos de la propiedad regulados específicamente por la ley, la cosa es en cierta forma distinta. Solo algunos de ellos lo pueden ser en vía constitucional, mientras que otros, en cambio, lo serán a través de los procesos judiciales estrictamente ordinarios.

Para ser más precisos, podemos afirmar que los aspectos de la propiedad regulados por la ley que sí pueden ser objeto de protección o tutela por vía de proceso constitucional son todos aquellos cuyas bases se encuentran directamente sustentadas en la Constitución, como sucede con la potestad de uso, disfrute, disposición y reivindicación de la misma y siempre que por supuesto haya necesidad de tutela urgente y no exista controversia sobre la titularidad de la propiedad.

En cambio, los aspectos de la propiedad regulados por la ley que no tengan relevancia constitucional, como ocurre con la posesión, o puedan resultar materia de controversia compleja o no requieran de tutela urgente, solo podrán ser reclamados y por supuesto protegidos a través de los procesos judiciales típicamente ordinarios (cfr. Expediente 3773-2004-AA/TC. Caso: Lorenzo Cruz Camillo)<sup>2</sup>.

## 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROPIEDAD

Según lo perfilado desde muy temprano por nuestra jurisprudencia constitucional, se ha definido a la propiedad como el poder jurídico que permite a cualquier persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (cfr. Expediente 0008-2003-AI/TC. Caso: Más de cinco mil ciudadanos)<sup>3</sup>.

Naturalmente y si bien esta definición pareciera sustentarse en una fuerte influencia de las concepciones manejadas desde el derecho privado, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, también por vía de su jurisprudencia, se ha encargado de puntualizar que la propiedad puede responder a diversos estatutos jurídicos debido a los diversos tipos de bienes que puedan existir (los urbanos y los rurales, los muebles y los inmuebles, los materiales e inmateriales, los públicos y los privados, etcétera).

Es decir y muy al margen de que pueda hablarse de una propiedad como concepto general, la misma admite la posibilidad de muy variados tratamientos a partir de los tipos o modalidades de bienes que esta pueda llegar a involucrar.

## 3. REGLA GENERAL Y LÍMITES

La regla general que establece la Constitución en torno de la propiedad es la de su inviolabilidad (no en vano se dice que la propiedad es inviolable). Ello no obstante esta garantía no significa que la propiedad carezca de límites o, lo que es lo mismo, de restricciones.

2 Ejecutoria publicada el 2 de junio de 2005.

3 Ejecutoria publicada el 12 de noviembre de 2003.

La norma fundamental al respecto es bastante gráfica al establecer diversos tipos de límites. Un primer grupo de los mismos puede ser considerado como de alcance relativo. Un segundo grupo o, más en concreto, una variante de límite en particular podría, a su vez, ser calificada como de alcance absoluto.

### a. Los límites relativos sobre el derecho fundamental de propiedad

Si se trata de verificar cuando nos encontramos ante límites constitucionales de alcance relativo, debemos analizar dos supuestos en específico.

#### El bien común

La referencia al bien común como una típica restricción que recae sobre ejercicio del derecho de propiedad se vincula con una idea muy arraigada entre nosotros, según la cual este atributo no puede ser utilizado para fines egoístas, sino de manera compatible con el interés de todos los que integramos el cuerpo social.

La filosofía de una propiedad privada exenta de unos fines o utilidades que sean opuestos al bienestar de todos los individuos parece edificarse sobre el sólido pensamiento desarrollado por John Locke, autor del célebre *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689).

En lenguaje rigurosamente jurídico y más contemporáneo, lo dicho quiere significar que, si el sistema jurídico reconoce derechos para un universo de destinatarios, es inevitable que el uso de la propiedad debe armonizarse con los derechos de todos los individuos. Así, la propiedad no podrá ejercerse, por ejemplo, en desmedro o perjuicio de otras propiedades, de la libertad en cualquiera de sus modalidades, de la tranquilidad, de la paz

o de la enorme cantidad de derechos que reconoce la Constitución.

Por supuesto, valdría la pena contrastar si esta perspectiva con la que en principio todos podemos estar de acuerdo se condice con ciertas prácticas muy arraigadas entre nosotros, como las de reconocer el uso y disfrute de ciertas propiedades privadas para restringir o relativizar el acceso a derechos que se presumen son de todos. El emblemático caso de las viviendas adyacentes a la playa y adonde el disfrute del mar solo es facultad de unos pocos (los propietarios) con clara exclusión de otros (el resto de ciudadanos) puede de alguna manera ser objeto de análisis al respecto.

No hay que olvidar, asimismo, que con el reconocimiento universal de diversos derechos fundamentales, aparecen también los llamados bienes jurídicos de relevancia o, lo que es lo mismo, valores colectivos o de interés para todas las personas. La propiedad desde esta perspectiva tampoco podría ser utilizada en contra de esos otros bienes colectivos, como sin duda lo son el orden público, la seguridad ciudadana, la defensa nacional, entre otros.

Es frecuente, sin embargo, observar cómo propiedades que en principio pueden direccionarse para fines de recreación o entretenimiento son, al mismo tiempo, instrumentos donde el desorden, las amenazas contra la salud o incluso hasta la propia delincuencia terminan siendo el signo distintivo. Se nos viene a la mente el caso de aquellas discotecas que distan mucho de organizarse como elementales y legítimos centros de diversión o esparcimiento.

Está claro pues que, aunque cualquier persona puede ser titular del derecho de propiedad, ello no significa utilizarla para propósitos incompatibles con el interés de todos, dado que de

ello presentarse quedaría relativizada cuando no desvirtuada su propia fisonomía.

### Los límites que disponga la ley

La segunda variante de limitación relativa supone una directa remisión al ámbito legal al condicionar el ejercicio de la propiedad dentro de los parámetros por ella establecidos.

Como es fácil suponer, en este segundo espacio y muy a pesar de que la base autoritativa sea la Constitución, la determinación concreta del referente limitativo estará marcada por lo que la legislación ordinaria establezca, lo que se traduce en que será esta última la que definirá el adecuado ejercicio de la propiedad de una manera compatible con la totalidad del sistema jurídico, habilitando con ello una serie de figuras que, aunque en diseño aparecerán como esencialmente reglamentarias, resultarán vitales para asumir una adecuada o legítima detentación de la misma. Ocurre, por ejemplo, con figuras como la inscripción registral de la propiedad, que permite respaldarla e incluso garantizarla o también con la pérdida de dominio que buscará asegurar su adquisición de manera plenamente lícita.

Naturalmente debe quedar en claro que, aunque esta segunda vertiente de limitación invita a una gran capacidad de intervención por parte del legislador ordinario, ello tampoco supone ni mucho menos debe interpretarse como este último pueda relativizar a su gusto y antojo los horizontes de la propiedad, al extremo que introduzca fórmulas que la desnaturalicen o la vuelvan absolutamente impracticable. En tal supuesto y a la luz de cada caso, deberá determinarse la base razonable en la limitación incorporada legalmente, supuesto en el que cobrará especial gravitación el control constitucional.

### b. Los límites absolutos sobre el derecho fundamental de propiedad. La expropiación

En rigor, existe un solo límite absoluto sobre el derecho de propiedad y es el que representa la llamada expropiación.

Se ha discutido mucho en relación a si considerar a la expropiación como un auténtico límite. Algunos autores consideran que no, pues, en tanto la expropiación supone la privación de la propiedad por parte del Estado, se trataría de un sacrificio de un derecho y no precisamente de una limitación.

Discrepo de esta postura, pues en el sistema jurídico y, en particular, en el esquema constitucional existen diversos casos de limitaciones absolutas que implican auténticos sacrificios de un derecho fundamental. Ocurre con la pena de muerte, con la legítima defensa, o incluso con la interrupción voluntaria del embarazo por razones terapéuticas como hipótesis restrictivas frente al derecho a la vida. Que se sepa, son también límites y en alcances totalmente absolutos.

Entonces, más que trenzarnos en un debate sobre si los límites a un derecho pueden ser relativos o absolutos, lo que debe interesarnos es la base razonable de un supuesto de limitación.

Y aquí sí es interesante detenernos brevemente sobre el tratamiento de la expropiación, pues, aunque la misma presupone por sus efectos la privación absoluta de la propiedad por parte del Estado, tampoco se trata de una figura que pueda entenderse como indeterminada, sino que la misma se encuentra sujeta a determinados condicionamientos.

Dicho de modo distinto, y aun cuando la potestad expropiatoria que ostenta el Estado sea plenamente reconocible, la misma a su vez se encontrará limitada, estaríamos hablando que el

límite absoluto al derecho a la propiedad representado por la expropiación se encontraría, a su vez, sujeto a determinadas limitaciones. Es decir, existirían límites a la facultad de limitación.

En este contexto y según el mandato constitucional, la facultad o potestad expropiatoria tendría en rigor tres límites absolutamente indispensables a los efectos de validarse como compatible con la Constitución.

### **Solo procedería por razones de seguridad nacional o necesidad públicas**

Lo dicho en principio significaría que no sería cualquier razón o circunstancia la que legitime al Estado el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino solo motivos plenamente justificados y respaldados en bienes jurídicos de absoluta relevancia y que en concreto serían dos: la seguridad nacional y la necesidad públicas.

La seguridad nacional, a la que por lo demás se refieren los artículos 163 y siguientes de la norma constitucional, facultaría por supuesto una decisión expropiatoria siempre que aquella quede absolutamente acreditada sobre la base de lo que resulta vital para el mantenimiento y preservación de nuestra unidad como Estado.

Igual sucedería con el referente necesidad pública que no es como lo creen algunos un cheque en blanco, sino una idea inspirada a la par que inexorablemente vinculada con las funciones prioritarias que por mandato constitucional cumple el Estado, lo que por lo demás exige y hay que aclararlo un cotejo con lo que le está permitido hacer y lo que en cambio le está prohibido o absolutamente vedado, como podría ser el supuesto de apoderarse a título exclusivo de la actividad empresarial o de pretender monopolizar el rol informativo.

### **Solo podría prosperar previa aprobación por vía de ley**

El segundo criterio limitativo se relaciona con la aprobación anticipada de una ley, entendiendo por esta no cualquier instrumento normativo, sino aquel directamente emanado de la voluntad popular representada en el Congreso de la República. Esto último, por cierto, descarta que una medida de este tipo pueda ser tomada vía legislación delegada o a través de fórmulas normativas que no representen lo que una ley, formal y materialmente constituye.

No se trata, en consecuencia, de entender por el concepto ley, a cualquier manifestación normativa, pues tratándose, como en efecto se trata, de una limitación radical a un derecho, toda interpretación debe entenderse en términos estrictos y no así con alcances amplios. Esto supone descartar que, a través de decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas, normas regionales de carácter general, por poner algunos ejemplos, pueda habilitarse una expropiación. O solo lo hace el Parlamento mediante una ley o no existe forma alguna de autorizar la expropiación, como en su momento lo demostró el recordado caso de la estatización de la banca y los seguros promovida ex profeso a mediados de 1987 y donde el Poder Ejecutivo no pudo lograr su propósito, al no contar con el visto bueno del Congreso de la República, a lo que, cabe añadir, el decidido y firme protagonismo que sobre esta misma discusión tuvo en su día el Poder Judicial.

### **Solo sería viable previo pago en efectivo a título de indemnización justipreciada**

El tercer criterio que debe tomarse obligatoriamente en cuenta al momento de ejercer la potestad expropiatoria es el que nos señala que antes o por anticipado a cualquier ejecución

expropiatoria debe individualizarse un pago, el mismo que por cierto no es simplemente un elemento referencial, sino el directo equivalente a lo que representa un justiprecio.

Precisar esto es sumamente importante, pues alguien podría creer que cuando el Estado decide expropiar es porque tiene la plena libertad de hacerlo y, en función a ello, la facultad de determinar el referente cuantitativo que se le antoje por conveniente. No es así, la Constitución impone un justiprecio y este último no es otra cosa que una valoración o tasación rigurosamente equivalente a lo que constituye el bien objeto de la expropiación, con el agregado que este es otorgado como una auténtica indemnización por el perjuicio generado.

Tan cierta es la premisa de que el justiprecio equivale a una auténtica reparación que la Constitución permite o legitima un eventual cuestionamiento judicial al entender que el afectado puede por alguna razón considerar que lo que se le quiere pagar no responde al valor real del bien objeto de la expropiación. Similar temperamento, por lo demás, lo encontramos en el artículo 21, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo texto refiere una indemnización justa con todas las connotaciones que implica o representa este vocablo.

Por lo demás, la norma fundamental establece categóricamente que el pago que se realiza es necesariamente en efectivo, lo que descarta de plano la validez de ciertos pagos que alguna vez se realizaron en épocas no precisamente constitucionales, y donde se echaba mano de instrumentos simbólicos como bonos o títulos de futuro cumplimiento o ejecución<sup>4</sup>.

4 Basta recordar al respecto la historia de los bonos que utilizó el Estado como forma de compensación en la tan debatida expropiación con fines de reforma agraria. Un inventario del tema lo podemos encontrar en Seoane,

Cualquier pretensión del Estado por eludir un pago en líquido equivale, y como no podía ser de otra manera, a una decisión carente de sustento constitucional.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CUESTIONAMIENTO EN SEDE CONSTITUCIONAL DE LA DECISIÓN EXPROPIATORIA

Aun cuando la Constitución prevé que quien por alguna razón es objeto de una expropiación puede cuestionar el monto de lo que se le va a pagar a título de justiprecio, de esa afirmación no se sigue que el ejercicio de la potestad expropiatoria no pueda ser llevado al ámbito del debate al interior de un proceso constitucional.

En efecto, aunque algunas posturas doctrinales suelen afirmar que la potestad expropiatoria no puede ser cuestionada, sino única y exclusivamente el monto dinerario a pagar, ello no es rigurosamente así y es bastante sencillo demostrarlo.

En la medida que es la propia Constitución la que establece pautas objetivas a seguir en el procedimiento expropiatorio y lo hace directamente, la inobservancia de cualquiera de las mismas acarrea automáticamente la posibilidad de un cuestionamiento. Y evidentemente no podría ser de otra manera, pues estamos hablando de las exigencias mínimas que impone la norma fundamental en lo que representa una limitación a un derecho fundamental como lo es la propiedad. Cualquier intento de apartarse de aquellas justificaría, como he indicado, un legítimo reclamo en sede constitucional.

Mario (2011). *La deuda secreta del Perú. Los bonos de la reforma agraria*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Ello ocurriría, por ejemplo, si el Estado decide expropiar utilizando motivos diferentes a la seguridad nacional o a la necesidad pública, o pretendiera cobijarse en los mismos cuando la naturaleza de las cosas evidenciara razones completamente diferentes a las invocadas.

Es lo que ocurriría también si, pese a invocarse como móvil de la expropiación la seguridad nacional o la necesidad pública, se aprobara la expropiación a través de un instrumento normativo distinto a la ley o, peor aún, si se sustentará la misma sin la existencia de una ley.

También estaríamos en la posibilidad de cuestionar en sede constitucional el ejercicio de la potestad expropiatoria, si se pretende eludir la obligación del pago por anticipado o si este último, a pesar de adoptarse, lo fuera de una forma distinta respecto de lo que representa una cancelación efectiva.

Sobre estos temas existe abundante jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional que valdría la pena analizar en su oportunidad (cfr., entre otros, Expediente 0031-2004-AI/TC o Caso: Máximo Yauri Salazar y más de 5.000 ciudadanos<sup>5</sup>; Expediente 0009-2004-AI/TC o Caso: Colegio de Abogados de Ica<sup>6</sup>; Expediente 0002-2009-PI/TC o Caso: Cuarenta Congresistas de la República<sup>7</sup>; Expediente 3569-2010-PA/TC o Caso: Agrícola Cerro Prieto S. A. C.<sup>8</sup>; Expediente 2883-2016-PA/TC o Caso: Sociedad Agrícola San Agustín S. A.<sup>9</sup>).

## 5. UN CASO ANTOLÓGICO DE CUESTIONAMIENTO A LA ACTITUD DEL ESTADO FRENTE AL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

No todos los casos que involucran cuestionamientos al procedimiento expropiatorio suelen ser tan directos. Algunos resultan realmente llamativos, sobre todo por los conceptos que suele manejar el Estado respecto de determinados aspectos elementales.

Sucedió hace algún tiempo con un reclamo en el que una empresa que había sido objeto de una expropiación por parte del Estado terminó siendo sorprendida por el mismo, utilizándose una curiosa interpretación respecto de las facultades de intervención tributaria.

Se trata del Expediente 0319-2013-PA/TC sobre proceso de amparo promovido por la Sociedad Agrícola San Agustín S. A., que hace muchos años había sido objeto de una expropiación en terrenos de su propiedad con miras a que el Estado pueda utilizar los mismos para ampliar el campo del aeropuerto internacional Jorge Chávez.

Sin duda que, si de lo que se trata es de extender las instalaciones del aeropuerto y en particular su circuito de pistas de aterrizaje, está claro que la expropiación en principio podría considerarse como compatible con las razones de necesidad pública a las que se refiere la vigente Constitución, y a las que por supuesto se referían también anteriores normas fundamentales.

El debate suscitado no fue entonces porque el Estado optara por expropiar y ni siquiera, en este caso, por el monto que se decidió en su oportunidad pagar a título de justiprecio, sino básicamente porque resultó que, una vez que dicho monto fue aprobado y cancelado, el propio Estado actuando a través de la Superinten-

5 Ejecutoria publicada el 12 de enero de 2005.

6 Ejecutoria publicada el 1 de marzo de 2005.

7 Ejecutoria publicada el 8 de febrero de 2010.

8 Ejecutoria publicada el 18 de mayo de 2011.

9 Ejecutoria publicada el 23 de setiembre de 2020.

dencia Nacional de Administración Tributaria procedió a aplicar sobre el mismo el artículo 5 del texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, bajo la consideración de que el monto dinerario que estaba recibiendo la empresa expropiada equivalía a «una renta».

Es decir, el Estado interpretaba que el *quantum* económico reembolsado por una expropiación por parte de la empresa era pasible de afectación tributaria, porque, en la práctica, suponía una suerte de ganancia o beneficio económico, con lo cual quedaba claro que, desde su punto de vista, el monto de dinero que se recibe cuando estamos frente a una expropiación equivalía al mismo referente que se presenta en una típica operación de compraventa y no así a una auténtica reparación generada como consecuencia de un perjuicio.

Ante esta circunstancia y como ya se adelantó, se planteó una demanda constitucional, que, tras ser denegada por el Poder Judicial, originó uno de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que llegaría a la conclusión que los supuestos que caracterizan al procedimiento expropiatorio no son de ninguna forma iguales a los de otro tipo de actividad económica, pues no responden a circunstancias de beneficio sobre el expropiado, sino de abierta restricción por parte del Estado, lo que origina a que estemos ante una medida de perjuicio, con independencia de la legitimidad constitucional en el ejercicio de esta potestad. En tales circunstancias y por lo que respecta a la actuación de la administración tributaria, esta resultaba absolutamente grotesca por su clara oposición a los mandatos constitucionales<sup>10</sup>.

10 Un inventario completo de este interesantísimo caso fue editado por Miranda & Amado Abogados. *Inconstitucionalidad del impuesto a la renta en las expropiaciones. Historia de un proceso de amparo*. Sin fecha de publicación.

## 6. IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA PROPIEDAD. EL CASO DE LOS EXTRANJEROS

Uno de los temas en los que también la Constitución ha optado por efectuar puntualizaciones directas tiene que ver con la máxima de tratamiento igualitario en la propiedad, sea que esta pertenezca a personas naturales o jurídicas o sea que estas personas sean nacionales o extranjeras.

La Constitución, en su artículo 71, opta por enfatizar que este régimen es igual, aunque acepta que el mismo puede tener una excepción muy particular referida a la adquisición o tenencia de propiedad dentro de los 50 kilómetros de zonas de frontera.

En tal sentido, se señala que, en las zonas comprendidas en áreas aledañas a zona de fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer por título alguno, «minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad» bajo advertencia de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido.

Probablemente este tratamiento especial responda a las consabidas razones de seguridad nacional que en otro momento hemos comentado, por lo que en principio no nos parece arbitrario, sino que responde a razones plenamente objetivas.

Lo curioso del caso es que, a pesar de que existe este límite, luego la propia Constitución se encarga de decir que el mismo podría dejarse de lado siempre que existan razones de necesidad pública expresamente declaradas por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros y conforme a ley, con lo cual, y por

paradoja, nos encontraríamos ante un típico supuesto de oposición aparente entre dos bienes jurídicos de relevancia fundamental: por un lado, la seguridad nacional y, por el otro, la necesidad pública.

A ello se agrega un tema formal, consistente en que, de optarse por una exceptuación como la indicada (es decir, un consentimiento a que se permita la adquisición dentro de los 50 kilómetros de frontera por parte de extranjeros), tal decisión deberá ser aprobada por decreto supremo refrendado por todo el Consejo de Ministros y dentro del marco de lo establecido por una ley.

## 7. LA LLAMADA PROPIEDAD COMUNAL

Tema sui géneris que merece dejarse establecido, así sea de modo breve tiene que ver con la llamada propiedad comunal y que, en el caso del modelo constitucional peruano (artículos 88 y 89) y de conformidad con lo desarrollado por la jurisprudencia internacional, se en-

cuentra fuertemente arraigado a concepciones distintas de la propiedad tradicional, donde la idea de territorio (distinta de tierra o patrimonio), costumbres ancestrales e identidad cultural explica el régimen jurídico que le es aplicable (cfr. Ley de Comunidades Campesinas 24656, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas 26505, pero por sobre todo Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo).

Sobre lo señalado, bastará con aceptar que el concepto de propiedad que aquí se ha expuesto, obviamente, no es exactamente igual al que corresponde a la llamada propiedad comunal, siendo esta última atípica en su desarrollo y alcances como nuestra propia casuística lo ha puesto bien de manifiesto (cfr. al respecto Expediente 2765-2014-PA/TC. Caso: Carmen Zelada Requelme y otros)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Ejecutoria publicada el 11 de setiembre de 2017.