

## LOS ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL EN LA EXPROPIACIÓN\* *JUDICIAL CONTROL IN TAKINGS*

Ignacio COFONE\*\*

**RESUMEN:** El requisito de utilidad pública es de gran importancia para la protección de las garantías de los individuos frente a la potestad expropiatoria del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema argentina no permitió su control judicial. En este trabajo se analiza en qué consiste la utilidad pública y a qué se debe su importancia. Luego, se muestra que la jurisprudencia de la Corte no fue uniforme en este asunto a lo largo de su historia, habiendo existido en esa tendencia un hiato y luego algunas ambivalencias. Finalmente, se intenta explicar por qué resulta más adecuado a nuestros principios constitucionales, a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y al fundamento mismo del instituto de la expropiación que la existencia de este requisito sea controlable judicialmente.

**ABSTRACT:** *The declaration of public use in takings is, in most constitutional systems, a guarantee every individual has against the power of the State to seize his or her property. The institute is of fundamental importance for the protection of (other) individual guarantees from the expropriatory power of the State. However, our Supreme Court's traditional precedents do not allow its judicial control. This paper analyzes what is public use and what is the reason for its importance. Then, it shows that the Supreme Court's criteria have varied the matter, containing in its development an important exception and several ambivalences. Finally, it explains why it is more adequate to our constitutional principles, to the rights our Constitution grants and to the very nature of the institute of takings for the declaration of public use to be subject to judicial control.*

**Palabras clave:** expropiación, utilidad pública, propiedad, control judicial, tutela judicial efectiva.

**Keywords:** *takings, public use, property rights, judicial control, due process of law, expropriation.*

\* Artículo recibido el 13 de julio de 2011 y aceptado para su publicación el 29 de marzo de 2012.

\*\* Profesor-investigador en la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina, *ignacio.cofone@gmail.com*.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 13-38.

La Ley en sí misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía.

GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La utilidad pública*. III. *Jurisprudencia en control judicial sobre la utilidad pública*. IV. *Objeciones al control judicial*. V. *Once motivos para la revisión judicial*. VI. *Consideraciones finales*.

## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema ha dicho que

el término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto de propiedad”.<sup>2</sup>

De esta forma, considera que propiedad en el plano constitucional es propiedad en sentido amplio (en el sentido de Locke) y no es equivalente al derecho de dominio del derecho civil.

Es interesante la vinculación de esta definición con los casos “Siri”,<sup>3</sup> “Kot”<sup>4</sup> y “Halabi”.<sup>5</sup> En estos casos la Corte sienta la regla de que todo derecho de fondo implica una acción para hacerlo cumplir. Por otro lado, cabe destacar que no sólo las leyes crean derechos subjetivos. Esto lo re-

<sup>1</sup> García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 80.

<sup>2</sup> CSJN, “Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” (1925), *Fallos* 145:307, voto de la mayoría.

<sup>3</sup> CSJN, “Siri” (1957), *Fallos* 239:459.

<sup>4</sup> CSJN, “Kot” (1958), *Fallos* 241:291.

<sup>5</sup> CSJN, “Halabi c. PEN” (2009), *Fallos* 332:111.

conoce la misma definición al hablar de actos administrativos; es por ello que Comadira habla del principio de juridicidad en lugar del principio de legalidad en derecho administrativo.<sup>6</sup> Rectificando la definición de “Bour-dieu” con esta regla posterior y con esa precisión puede afirmarse, entonces, que la propiedad es para la Corte todo aquello que tenga valor reconocido por el derecho que no esté comprendido o se derive del derecho a la vida y el derecho a la libertad.

Aproximándonos más al objeto de estudio del trabajo, cabe definir qué es la expropiación. Expropiar significa privar a una persona de un bien habitualmente inmueble por causa de necesidad o utilidad pública mediante justa y previa compensación.<sup>7</sup> La expropiación es la máxima limitación posible que, dentro del marco de la Constitución, el Estado puede realizar sobre la propiedad,<sup>8</sup> al punto que se encuadra no como método regulatorio sino ablatorio,<sup>9</sup> siendo una excepción expresa dentro de la Constitución Nacional, insertada por el mismo artículo 17,<sup>10</sup> a la prohibición general de desnaturalizar los derechos establecida en el artículo 28.<sup>11</sup> Es por esto que ella ha sido cuidadosamente regulada tanto en la

<sup>6</sup> *Cfr.* a modo de ejemplo, dado que el autor utiliza esta terminología de modo transversal en su obra, Comadira, J. R., *Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005; *id.*, *Derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.

<sup>7</sup> *Cfr.* Flores Dapkevicus, R. F. y Rocca, M. E., *El procedimiento expropiatorio*, Montevideo, MDEO, 2000, p. 25.

<sup>8</sup> *Cfr.* Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 153.

<sup>9</sup> El término regulatorio es utilizado aquí como abarcativo de lo que la doctrina llama métodos informativos, condicionantes y limitativos.

<sup>10</sup> Artículo 17 de la CN: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4o. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

<sup>11</sup> Es cierto, de todos modos, que desde una interpretación armónica de ambas disposiciones cabría afirmar que la expropiación no desnaturaliza el derecho de propiedad, sino que transforma su sustancia. Artículo 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Constitución de 1853 como en algunos tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron luego jerarquía constitucional.

El instituto de la expropiación está incorporado a nuestro régimen constitucional por el artículo 17 de la Constitución Nacional, que lo regula inmediatamente luego de consagrar el derecho de propiedad.

Dicho artículo establece tres requisitos sustanciales:

1. El primero de ellos es el fin de utilidad pública que debe tener la expropiación; requisito fundamental, ya que de otro modo la propiedad sería, más que un derecho, un privilegio concedido por el Estado a los ciudadanos que podría ser revocado con su simple voluntad.<sup>12</sup>

2. El segundo requisito es la expresión por ley, que se refiere al medio a través del cual deben manifestarse la declaración de utilidad pública y el objeto a expropiar. Esto es, a la vez, una garantía adicional para el propietario del bien (lo que se vincula con el instituto de la retrocesión), y una consecuencia del principio transversal de nuestra Constitución de que los temas referidos a la propiedad los debe resolver el Congreso-principio que responde a las que parecerían ser las ideas filosóficas de los constituyentes de 1853.<sup>13</sup>

3. El tercer requisito es la indemnización que debe recibir el particular. Ésta debe ser justa y previa, y engloba, al menos en principio,<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Parece haber un resabio de esta concepción en la terminología de “dominio eminente”, utilizada a veces en el mundo anglosajón (sobre todo en Canadá). En el fondo, dicha terminología parece responder a la abandonada teoría del derecho internacional proveniente de Grocio (y utilizada como fundamento por el procurador general Eduardo Costa en su dictamen en “Elortondo”) que basa (o confunde) a la soberanía estatal en (o con) el derecho original de dominio sobre todo el territorio. *Cfr.* Barberis, J. A., *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 20-42.

<sup>13</sup> Me refiero en especial a John Locke y Juan de Mariana, *cf.* Locke, J., *Second Treatise on Civil Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 y Mariana, Juan de, *Discurso sobre la moneda de Vellón*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1987.

<sup>14</sup> Digo al menos en principio porque existe una corriente que interpreta el “valor objetivo del bien” del que habla el artículo 10 de la ley de expropiaciones como incluyente de un “lucro cesante moderado”. La Corte Suprema no parece, sin embargo, reconocer esto (al menos por ahora), a diferencia de lo que sí ha hecho en otros supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita (campo donde Marienhoff y Comadira hablan del efecto expansivo de la ley de expropiación) en casos como “Sánchez Granel” (CSJN, “Sánchez Granel” (1984), *Fallos* 306:1409), “Jucalán Forestal” (CSJN, “Jucalán Forestal” (1989), *Fallos*

por disposición expresa de la ley de expropiación,<sup>15</sup> sólo al daño emergente.

Otras normas de jerarquía constitucional que lo regulan son el artículo 21.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos<sup>16</sup> (Pacto de San José de Costa Rica), que reafirma estos requisitos y agrega que la indemnización debe ser justa, y el artículo 17.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>17</sup> que prohíbe la arbitrariedad en materia de expropiación. El artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>18</sup> por su parte, no hace referencia explícita a la expropiación pero consagra el derecho de propiedad. Todo esto, que busca establecer la inviolabilidad de la propiedad de las personas, puede comprenderse desde por un principio expresado por Alberdi que dice: “la propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente dicha cuando no es inviolable por la ley y en el hecho”.<sup>19</sup> Estas normas evidencian su fundamento al ver que el instituto de expropiación, mediante la declaración de utilidad pública por ley junto con la correspondiente indemnización es, además, el único modo en el que puede justificarse el instituto dentro del referido paradigma que parecería ser el de los constituyentes de 1853; es decir, en un sentido lockeano.<sup>20</sup> Si el fin del Estado

312:2266) y “El Jacarandá” (CSJN, “El Jacarandá” (2005), *Fallos* 328:2654). *Cfr.* Comadira, J. R. *et al.*, *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 1589-1626.

<sup>15</sup> Artículo 10 de la ley 21.499: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

<sup>16</sup> Artículo 21.2 de la CIDH: “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”.

<sup>17</sup> Artículo 17.2 de la DUDH: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

<sup>18</sup> Artículo XXIII de la DADDH: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

<sup>19</sup> J. B., Alberdi, en Ribas, A., *Propiedad, fuente de libertad*, Buenos Aires, Fundación República para una Nueva Generación, 1997, p. 90.

<sup>20</sup> O al menos iusnaturalista liberal (*natural rights*) en sentido amplio. *Cfr.* García Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R., *Las fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Lexis-

es mantener la paz y el orden y proteger la propiedad privada, no puede interpretarse una cláusula constitucional en un sentido directamente violatorio de ese fin.<sup>21</sup>

## II. LA UTILIDAD PÚBLICA

La utilidad pública opera en tres niveles en la expropiación.<sup>22</sup> El primero de ellos es el recién expresado: es una garantía fundamental para la protección de la propiedad privada. El segundo, es que la utilidad pública es el fin de la expropiación como instituto genéricamente hablando. El tercer nivel es como causa de cada expropiación en concreto.<sup>23</sup> Desde ya, los tres niveles están íntimamente vinculados: si la utilidad pública es lo que fundamenta el instituto, la causa de cada expropiación en concreto no puede ser sino ella, y el particular puede impugnar aquellas expropiaciones donde ella está ausente.

La expresión “utilidad pública” es difícil de definir en abstracto;<sup>24</sup> no parece ser un término unívoco. Esto ha traído problemas, por ejemplo, en el derecho español, en el que la doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo sobre su alcance.<sup>25</sup> En el sistema jurídico argentino el artículo 1o. de la ley 21.499,<sup>26</sup> luego de decir que el fundamento de la expropiación debe ser siempre la utilidad pública, define el término, diciendo que es equivalente a bien común.

Esto, desde ya, no zanja el problema (cuestión sobre la que se volverá más tarde) ya que el bien común no es un concepto libre de discusiones o fácilmente identificable en la realidad. Sin embargo, la norma sí restringe

Nexis, 2006, pp. 25, 27, 36, 37, 227-231, 250 y 251.

<sup>21</sup> Cfr. Epstein, R. E., *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Boston, Harvard University Press, 1985, p. 16.

<sup>22</sup> Cfr. Zarini, H. J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1992, p. 436.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Cfr. Laquis, M. A., *Derechos reales*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 444 y 445; Marienhoff, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV, 1992, p. 164; y González, J. V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 99.

<sup>25</sup> Cfr. Flores Dapkevicius R. F. y Rocca, M. E., *op. cit.*, pp. 30 y 31.

<sup>26</sup> Artículo 1o. de la ley 21.499: “La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual”.

con dicha disposición el margen de discrecionalidad. Aporta, además, una solución relativamente clara para aquél que decida regirse por una interpretación originalista.

El término utilidad pública no es, entonces, equivalente a la disociación de las dos palabras que lo componen. Aún cuando es más amplio que necesidad pública —ya que en esta última se verían incluidas un número ínfimo de situaciones— es muy distinto de “utilidad del público”. Es más restringido y, como explicó la Corte en “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”,<sup>27</sup> no engloba los casos de simple enriquecimiento del Estado.<sup>28</sup>

En la doctrina, sin embargo, se han planteado distintas teorías acerca del alcance del término. Para Borda, por ejemplo, utilidad pública es todo lo conveniente para el progreso social.<sup>29</sup> Para Marienhoff, citando al procurador general Eduardo Costa, es “todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número”.<sup>30</sup> Estas interpretaciones, a mi criterio —y sin desmerecer a los dos autores—, no son válidas por el simple motivo de que no son interpretaciones sino reformulaciones. La ley 21.499 establece claramente que utilidad pública es algo distinto; es un concepto más restringido.

Por otro lado, aún en ausencia de la ley estableciéndolo explícitamente, podría afirmarse que la equivalencia entre utilidad pública y bien común puede derivarse del fundamento del instituto de expropiación y de las normas de jerarquía constitucional relacionadas con la materia.<sup>31</sup> Esto es, del principio *pro homine* establecido en el artículo 29 de la CIDH,<sup>32</sup> y

<sup>27</sup> CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo” (1888), *Fallos* 33:162.

<sup>28</sup> *Cfr.* Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 154.

<sup>29</sup> *Cfr.* Borda, G. A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 4a. ed., t. I, Buenos Aires, Perrot, 1992, p. 354.

<sup>30</sup> Marienhoff, M. S., *op. cit.*, p. 164.

<sup>31</sup> De hecho, para Escola el interés público es el fundamento de todo el derecho administrativo. *Cfr.* Escola, H. J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 2006.

<sup>32</sup> Artículo 29 de la CIDH: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se

del principio que la expropiación debe ser de aplicación restrictiva, que el mismo Marienhoff reconoce.<sup>33</sup> Por otro lado, el segundo nivel en el que la utilidad pública opera en la expropiación (como fin) también da pista de esta equivalencia. La propiedad, como todo derecho, existe porque su existencia se considera conducente al bienestar de la sociedad regida por el sistema jurídico. El fundamento subyacente de la excepción a la inviolabilidad de la propiedad (la expropiación) debe ser entonces el mismo; el entender al derecho de la propiedad en sentido teleológico.

Finalmente, es relevante señalar que la utilidad pública no puede estar solamente declarada por la ley sino que debe estar suficientemente explicada.<sup>34</sup> Es decir, la ley expropiatoria no puede simplemente afirmar que es de utilidad pública expropiar un bien, sino que debe mencionar la causa expropiante en concreto,<sup>35</sup> esto es, el destino específico que se le dará y cómo se relaciona éste con el bien común. Es por ello que la expropiación no puede tener fines recaudatorios.<sup>36</sup> Esto no quiere decir otra cosa que, aunque la expropiación es una facultad exclusiva del Poder Legislativo, ésta debe estar siempre fundamentada de algún modo, y no puede ser arbitraria o irrazonable. Que una competencia sea exclusiva no significa que sea absoluta o ilimitada, pues esto significaría permitir el abuso de la potestad estatal.<sup>37</sup> Este precepto, por otro lado, se deriva claramente del artículo 28 de la Constitución Nacional: por ser la ley expropiatoria una ley que regula el ejercicio del derecho de propiedad, ésta debe ser razonable. Es por esto que la ley 21.499 establece en su artículo 35 que cuando

derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

<sup>33</sup> Cfr. Marienhoff, M. S., *op. cit.*, p. 120.

<sup>34</sup> Cfr. Ekmekdjian, M. A., *Manual de la Constitución argentina*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, p. 149. Esto puede vincularse (y en este aspecto se ve la analogía que se planteará más adelante entre declaración de utilidad pública y acto discrecional de la administración) con el requisito de la motivación propio de los actos administrativos, entendidos como garantía del administrado de acuerdo al debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional.

<sup>35</sup> Cfr. Marienhoff, M. S., *op. cit.*, p. 180.

<sup>36</sup> Para ello debería cumplir con todos los principios del derecho tributario, lo que parece ser imposible. Ello sucede especialmente en lo que se refiere al principio de igualdad ante las cargas públicas, que resulta directamente contradictorio con la especificidad de las expropiaciones.

<sup>37</sup> Cfr. Marienhoff, M. S., *op. cit.*, p. 185.

se le da al bien expropiado un destino distinto del expresado en la ley expropiatoria, o no se le da ningún destino por dos años, procede la acción de retrocesión.<sup>38</sup>

### III. JURISPRUDENCIA EN CONTROL JUDICIAL SOBRE LA UTILIDAD PÚBLICA

Es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que, como sostenía Kent, el criterio de utilidad pública (es decir, su valoración en cada caso concreto) debe confiarse, al menos el principio, a la legislatura.<sup>39</sup> Lo que no es motivo de acuerdo es la problemática acerca de si dicha decisión es revisable o no por las cortes de justicia.

En el paradigmático caso “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”<sup>40</sup> se dictó una ley expropiatoria a fin de construir la Avenida de Mayo que disponía la expropiación de la totalidad de los terrenos que abarcaban la zona destinada al proyecto. La señora Elortondo impugnó la norma sosteniendo que la zona afectada al proyecto cubría solamente treinta metros hacia adentro de su terreno partiendo desde el límite, por lo que no se justificaba expropiarlo en su totalidad. Dado que el proyecto podía realizarse sin inconvenientes expropiando solamente esos primeros treinta metros, alegaba Elortondo, el fundamento de utilidad pública existía sólo para ellos, y la expropiación del resto del terreno resultaba inconstitucional.

La Corte Suprema dio lugar a lo solicitado por la señora Elortondo, y al hacerlo, permitió por primera vez el control judicial sobre la utilidad pública en la expropiación, basándose en la interacción entre el artículo 17 y el artículo 28 de la Constitución Nacional. En el fallo, la mayoría afirmó que es inconstitucional, por limitar innecesariamente el derecho de propiedad y ser por lo tanto irrazonable, la expropiación de una propie-

<sup>38</sup> Artículo 35 de la ley 21.299: “Procede la acción de retrocesión cuando al bien expropiado se le diere un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diere destino alguno en un lapso de dos años computado desde que la expropiación quedó perfeccionada en la forma prevista en el artículo 29”.

<sup>39</sup> *Cfr.* Laquis, M. A., *op. cit.*, p. 473; y González, J. V., *op. cit.*, p. 99.

<sup>40</sup> CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo...”, *op. cit.*

dad en su totalidad cuando se puede cumplir con el fin de utilidad pública expropiando sólo una parte de ella.<sup>41</sup>

La Corte afirmó que

la atribución congresional para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales, de los que el congreso no puede apartarse; que es elemental la atribución y el deber de los jueces de examinar las leyes en los casos que se traen a su decisión para averiguar si guardan o no conformidad con la Constitución Nacional, y de abstenerse de aplicarlas si se hallan en oposición con ella; que, por ende, aunque no hay una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, lo cual exige que se acuerde siempre la mayor deferencia al juicio del congreso, cuando éste excede claramente los límites de su atribución constitucional, los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad, agredido y tomado fuera de las formas autorizadas por la Constitución.<sup>42</sup>

Este criterio restrictivo no ha sido sin embargo mantenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema.<sup>43</sup> Ha habido, en su lugar, vaivenes, de acuerdo a la distinta concepción de los miembros de cada Corte del derecho de propiedad, no permitiendo el control judicial sobre la declaración de utilidad pública, o permitiéndolo sólo cuando media arbitrariedad manifiesta.<sup>44</sup>

En efecto, la Corte abandonó el criterio sentado en “Elortondo” cincuenta años después en el fallo “Escalante de Bosch”,<sup>45</sup> en el que afirma que el control judicial sobre la declaración de utilidad pública se encuentra permitido sólo en aquellos casos en los que media arbitrariedad manifiesta. Esta doctrina se mantendría luego en la mayoría de sus fallos, re-

<sup>41</sup> Es llamativo el uso por parte de la Corte de los términos “necesario” e “indispensable”, que están en abierta contradicción con el artículo 7o. de la actual ley de expropiación, y lo tornarían inconstitucional si la Corte Suprema actual adoptara no sólo el *holding* sino también este *obiter dictum* del caso.

<sup>42</sup> Bidart Campos, G. J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 102.

<sup>43</sup> *Cfr.* Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 153; y Ekmekdjian, M. A., *op. cit.*, p. 149.

<sup>44</sup> *Cfr.* Maiorano, J. L., *La expropiación*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pp. 30 y 31.

<sup>45</sup> CSJN, “Escalante de Bosch y otros c. Municipalidad de Buenos Aires” (1941), *Fallos* 191:294.

chazando gran parte de los pedidos de inconstitucionalidad en casos de expropiaciones, aunque variando el criterio para considerar el alcance de dicha arbitrariedad manifiesta.

En este sentido, puede verse que el mencionado criterio sido mantenido en varios fallos que tratan el tema del control sobre la utilidad pública desde “Escalante de Bosch” en adelante. Por ejemplo, en los casos “Provincia de Tucumán c. Unión Cañeros Azucarera Monteros S. A.”,<sup>46</sup> “Provincia de Jujuy c. Ledesma Sugar Estates and Refining Company Limited S. A.”,<sup>47</sup> “Nación c. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S. A.”,<sup>48</sup> “Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c. Sánchez y otros”,<sup>49</sup> “Fisco Nacional c. Ferrario”,<sup>50</sup> “Nación c. Las Palmas del Chaco Austral S. A.”,<sup>51</sup> “Semprini y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”,<sup>52</sup> “León c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”,<sup>53</sup> “López c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”,<sup>54</sup> “Cía. Azucarera Tucumana S. A. c. Estado Nacional”<sup>55</sup> y “Celulosa Puerto Piray S. A. c. Provincia de Misiones y otro”.<sup>56</sup>

Una excepción a esta tendencia, que podría ser un síntoma de una nueva corriente que retoma la doctrina de “Elortondo”, es el fallo “O’Connor”, dictado en 2009 por la Suprema Corte de la Provincia de

<sup>46</sup> CSJN, “Provincia de Tucumán c. Unión Cañeros Azucarera Monteros S. A.” (1946), *Fallos* 204: 310.

<sup>47</sup> CSJN, “Provincia de Jujuy c. Ledesma Sugar Estates and Refining Company Limited S. A.” (1947), *Fallos* 209:362.

<sup>48</sup> CSJN, “Nación c. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S. A.” (1947), *Fallos* 209:632.

<sup>49</sup> CSJN, “Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c. Sánchez y otros” (1948), *Fallos* 210:1153.

<sup>50</sup> CSJN, “Fisco Nacional c. Ferrario” (1961), *Fallos* 251:246, en especial considerando 7.

<sup>51</sup> CSJN, “Nación c. Las Palmas del Chaco Austral S. A.” (1975), *Fallos* 291:507, en especial considerando 17.

<sup>52</sup> CSJN, “Semprini y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (1987), *Fallos* 310:2717.

<sup>53</sup> CSJN, “León c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (1988), *Fallos* 311:119.

<sup>54</sup> CSJN, “López c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (1989), *Fallos* 312:204.

<sup>55</sup> CSJN, “Cía. Azucarera Tucumana S. A. c. Estado Nacional” (1989), *Fallos* 312:1725, en especial considerando 9.

<sup>56</sup> CSJN, “Celulosa Puerto Piray S. A. c. Provincia de Misiones y otro” (1994), *Fallos* 317:221.

Buenos Aires. La Corte provincial afirma, en el caso, que si bien la decisión sobre la utilidad pública corresponde al Poder Legislativo, y el Poder Judicial no puede reemplazar el criterio de éste con el suyo, esto no obsta el análisis de su adecuación constitucional.<sup>57</sup> Es decir, que corresponde a los jueces evaluar si la ley expropiatoria

ha sido expedida en modo regular, con observancia de los fines a los que debe adecuarse la atribución desplegada, pues de no ser así procederá la declaración de inconstitucionalidad; lo que no implica imponer al Poder Legislativo constricciones indebidas, ni desconocer el lógico respeto que sus opciones políticas merecen... No se trata sino de aplicar, en la medida de lo posible, la supremacía constitucional.<sup>58</sup>

Para continuar con la tesis de este trabajo, es necesario analizar objeciones que se han formulado contra el control judicial sobre la declaración de utilidad pública.

#### IV. OBJECIONES AL CONTROL JUDICIAL

##### 1. *Las cuestiones políticas no justiciables: su falta de pertinencia en el debate*

En contra de la idea aquí propuesta, y como fundamento de la negativa a controlar la declaración de utilidad pública en la expropiación, se esgrime a veces el argumento de que la declaración de utilidad pública, al ser una facultad privativa del Congreso, es una cuestión política y, como tal, no debe ser revisada por los tribunales. Más allá de los méritos o desméritos que a esta teoría le puedan corresponder,<sup>59</sup> entiendo que la

<sup>57</sup> *Cfr.* SCBA, “O’Connor, Alberto M. y otros. Inconstitucionalidad ley 11.959” (2009), LL 2009-C-186. Véase en especial el voto del juez Soria, al que se adhieren los jueces Negri, Pettigiani y Kogan, punto 1 apartado A.

<sup>58</sup> *Ibidem*, punto 1 apartado B.

<sup>59</sup> Esta distinción entre cuestiones justiciables y cuestiones no justiciables, bastante común en la jurisprudencia de nuestra Corte es, como me ha señalado oportunamente Pilar Zambrano, muy similar a (y posiblemente con raíces filosóficas en) la distinción realizada por Dworkin entre cuestiones de política y cuestiones de principios. Esta distinción parece haber sido abandonada por el autor. *Cfr.* Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2006. Ello podría deberse a que si bien la distinción puede resultar a veces metodológicamente útil, en la realidad política y derecho se entremezclan:

negativa a controlar la declaración de utilidad pública no puede ser un subtipo de las cuestiones políticas no justiciables porque es anterior a ellas en tiempo.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables fue esbozada por primera vez en Estados Unidos con “*Marbury vs. Madison*”<sup>60</sup> pero tuvo su desarrollo recién en 1962 con el caso “*Baker vs. Carr*”,<sup>61</sup> que estableció sus cinco requisitos. De hecho, el único caso desde este en el que la Suprema Corte estadounidense hizo uso de esta doctrina fue el caso “*Gilligan vs. Morgan*”.<sup>62</sup> Nuestra Corte la incorporó en 1893 con el caso “*Cullen c. Llerena*”<sup>63</sup> e hizo desde entonces uso reiterado de ella, en especial en momentos en los que por consideraciones ajenas a lo jurídico se prefería evitar el control sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

El no control sobre la declaración de utilidad pública, por otro lado, tuvo su origen en 1867 con los casos del Ferrocarril Central Argentino (FCA) “*Procurador Fiscal de Santa Fe c. Hué*”<sup>64</sup> y “*Procurador Fiscal de Santa Fe c. Señorans y Rosas*”<sup>65</sup> a los que el juez Zavalía refiere en “*Elortondo*”. Esto es, casi 30 años antes de que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables surgiera en nuestro país.<sup>66</sup>

los principios jurídicos se insertan inevitablemente en la actividad política, que necesariamente involucra a los derechos subjetivos. Con el abandono de esta teoría en la filosofía del derecho podría plantearse el abandono de su teoría espejo (distinción entre cuestiones justiciables y no justiciables) en el ámbito judicial. *Cfr.* Dworkin, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review* 88, 1975, p. 1057; e *id.*, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, cap. 4.

<sup>60</sup> USSC, “*Marbury vs. Madison*” (1803), 5 U.S. 1, 137.

<sup>61</sup> USSC, “*Baker vs. Carr*” (1962), 369 U.S. 186, 217.

<sup>62</sup> *Cfr.* Tribe, L., *American Constitutional Law*, 2a. ed., New York, The Foundation Press, 1988 y USSC, “*Gilligan vs. Morgan*” (1973), 413 U.S. 1.

<sup>63</sup> CSJN, “*Cullen c. Llerena*” (1893), *Fallos* 53:420.

<sup>64</sup> CSJN, “*Procurador Fiscal de Santa Fe c. Hué*” (1867), *Fallos* 4: 311.

<sup>65</sup> CSJN, “*Procurador Fiscal de Santa Fe c. Señorans y Rosas*” (1868), *Fallos* 6:67.

<sup>66</sup> En efecto, la vinculación entre el no control sobre las declaraciones de utilidad pública y las cuestiones políticas no justiciables podría haberse originado en un fallo posterior a los llamados fallos del FCA y a Elortondo que puede originar una confusión de nombres: el fallo “*Ferrocarril Central Argentino*” (CSJN, “*Ferrocarril Central Argentino*” (1897), *Fallos* 68:227). Este fallo surgió cuatro años después de que la Corte incorporara como doctrina propia la de las cuestiones políticas no justiciables, y trata la temática de aquellos fallos que dieron pie a la doctrina del no control sobre las declaraciones de utilidad pública.

Esta decisión de no controlar la declaración de utilidad pública en las expropiaciones no pudo ser, entonces, un subtipo de las cuestiones políticas no justiciables, porque es anterior a ellas. La postura responde a la temprana etapa en la que se encontraba la Argentina en ese momento en el paulatino avance del control por parte del Poder Judicial sobre el actuar de los otros poderes, evolución que parece marcar el desarrollo del derecho administrativo.<sup>67</sup> Evolución que va desde la no existencia de control,<sup>68</sup> instancia anterior a “*Marbury vs. Madison*”, al control pleno, instancia hacia la cual entre óbices y desmadres aún nos dirigimos.<sup>69</sup>

Finalmente, es interesante señalar que la impertinencia de la teoría de las cuestiones políticas no justiciables como óbice a la referida revisión se deduce del mismo voto del juez Zavalía, al decir éste que la cuestión debatida es “extraña a la política, en que las pasiones y los intereses de partido no han entrado para nada”.<sup>70</sup>

## 2. *Los fallos del Ferrocarril Central Argentino y la disidencia de Zavalía en “Elortondo”*

Las verdaderas objeciones al control judicial de la declaración de utilidad pública en la expropiación se encuentran expuestas de modo más claro y ordenado en los mencionados fallos “Procurador Fiscal de Santa Fe c. Hué”<sup>71</sup> y “Procurador Fiscal de Santa Fe c. Señorans y Rosas”<sup>72</sup> y en la disidencia de Zavalía en el caso “Elortondo” (pudiendo quizás incluirse el fallo posterior “Ferrocarril Central Argentino”, de la misma temática que los anteriores).

<sup>67</sup> Cfr. Coviello, P. J., “Sentencias para recordar: Industria Maderera Lanín”, EDA 2006-89.

<sup>68</sup> Situación que García de Enterría caracteriza con la existencia de “reductos de la vieja inmunidad regia (*the king can do no wrong, lex animata in terra*, etcétera) respecto de los tribunales, que había infundadamente heredado la moderna administración, [y que] pueden y deben ser eliminados”, García de Enterría, E., *op. cit.*, p. 107.

<sup>69</sup> La razón de la clasificación entre cuestiones justiciables y no justiciables posiblemente podría encontrarse en considerarla un corto circuito en dicha evolución, destinado a ser superado.

<sup>70</sup> CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo...”, *cit.*, disidencia del juez Zavalía.

<sup>71</sup> CSJN, “Procurador Fiscal de Santa Fe c. Hué...”, *cit.*

<sup>72</sup> CSJN, “Procurador Fiscal de Santa Fe c. Señorans y Rosas...”, *cit.*

Los fallos del FCA tuvieron un supuesto de hecho muy similar al de “Elortondo”. En ellos, se cuestionó la constitucionalidad de una norma expropiatoria que abarcaba no sólo el territorio necesario para construir el ferrocarril sino también una legua hacia cada lado del camino por el cual recorrería la vía, afirmando que la utilidad pública de la obra no alcanzaba estas tierras. La Corte Suprema, por su parte, rechazó el pedido de inconstitucionalidad afirmando que la declaración de utilidad pública es una potestad exclusiva del Congreso y que ella por lo tanto no resultaba revisable judicialmente.<sup>73</sup>

Respecto de la disidencia de Zavalía, los argumentos estructurales del juez son tres. El primero de ellos hace uso de la presunción de legitimidad de las leyes, afirmando que este principio se ve reforzado en caso de leyes del Congreso de utilidad común, imposibilitando así el control judicial. El segundo, afirma que no hay en la Constitución Nacional ninguna disposición que defina a la utilidad pública, y que por lo tanto no corresponde a los jueces controlarla. El tercero sostiene que hay muchos actos del Congreso que no son revisables por el Poder Judicial (en concreto, enumera “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Nación, legislar sobre aduanas, imponer contribuciones directas, declarar la guerra o hacer la paz”),<sup>74</sup> y que si se controla a la declaración de utilidad pública se deberían controlar todos ellos, situación que considera insostenible.

### 3. Reflexiones sobre los argumentos vertidos

Respecto del argumento de la Corte en los fallos del FCA, cabe reafirmar que la exclusividad no implica arbitrariedad. No existe ningún vínculo necesario entre ambos conceptos. Afirmar que una potestad puede ser arbitraria con el solo fundamento de que es exclusiva parecería partir de una confusión conceptual grave, al menos si no se aportan razones que expliquen el motivo por el cual en un determinado supuesto sería válida la equivalencia.

<sup>73</sup> Las palabras de la Corte fueron “discreción exclusiva”, lo que resulta interesante para el paralelismo que se plantea luego entre la declaración de utilidad pública y los actos discrecionales de la Administración.

<sup>74</sup> CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo...”, *cit.*, voto del juez Zavalía.

Contra el primer motivo esgrimido por Zavalía, cabe recordar que la presunción de legitimidad de las leyes y de los actos administrativos no es absoluta (es una presunción *iuris tantum*), lo que resulta de la misma existencia del control constitucional. Ella existe porque se considera que el orden en la sociedad no sería posible si los ciudadanos no obedecieran normalmente al derecho, y se dirige no a los jueces sino a ellos (premisa que se entiende fácilmente desde de la *télesis* explicada). En este sentido, la presunción de constitucionalidad de las leyes y la presunción de legitimidad de los actos administrativos no presentan óbice para el control judicial periódico. Incluso, la Corte ha reconocido que en casos en los que exista ilegitimidad manifiesta de un acto administrativo, los particulares pueden incumplirlo directamente a su propia cuenta y riesgo.<sup>75</sup> Los jueces, por lo tanto, pueden controlar si una norma es constitucional o no a pesar de dicha presunción, como es ampliamente aceptado desde “*Marbury vs. Madison*”.<sup>76</sup>

Contra el segundo motivo cabe decir que la presencia de un concepto jurídico indeterminado no es (ni es normalmente considerado como) un motivo para eliminar el control judicial. Los jueces lidian con conceptos jurídicos indeterminados de modo diario (buen padre de familia, buen hombre de negocios, etcétera). De otro modo, la actividad de este órgano sería imposible. Por otro lado, si bien no hay en la Constitución nada que defina a la utilidad pública, sí lo hay en la ley de expropiación, y que por otro lado dicha conceptualización se deriva, como fue explicado, de los fundamentos mismos del instituto. Es decir, utilidad pública está definida en el sentido aludido dos veces. El mismo organismo que luego la declara la ha definido en dicho sentido, e incluso si esta definición estuviese ausente ello no sería óbice para establecer la equivalencia.

Contra el tercer motivo cabe afirmar dos cosas. Primero, que la inconveniencia de la revisión plena (si bien resulta comprensible en el contexto histórico) debe ser fundamentada, dado que no es evidente su inconveniencia. Segundo, que la diferencia fundamental entre la declaración de utilidad pública en la expropiación y los otros institutos que el juez tiene

<sup>75</sup> Cfr. CSJN, “Barraco Aguirre c. Universidad Nacional de Córdoba” (1980), *Fallos* 302:1503 (en su difundida interpretación *a contrario sensu*).

<sup>76</sup> Esto más allá de la incidencia de la doctrina estadounidense de las libertades preferidas, que se incorporó luego y no obsta la presunción de constitucionalidad de la mayoría de las normas.

en mente y que enumera (salvo excepciones), es que la primera involucra directamente derechos subjetivos mientras que los restantes no. En el caso de que uno de los institutos enumerados comprometa derechos subjetivos, también debería ser revisado.<sup>77</sup>

Vistas las razones que pueden encontrarse en contra de la revisión judicial de la utilidad pública, cabe evaluar algunas razones a favor.

## V. ONCE MOTIVOS PARA LA REVISIÓN JUDICIAL

Como es claro a esta altura, considero que la doctrina sentada en el caso “Elortondo” y recordada en “O’Connor”, es correcta y debería seguirse. Esto deriva simultáneamente de motivos sistemáticos que en su mayoría afectan transversalmente a varios sistemas jurídicos y que exigen la conclusión planteada por una cuestión de coherencia, y de de ciertas normas del orden jurídico argentino que así lo indican directamente.

### 1. *Normas aplicables*

En el sistema jurídico argentino, como se mencionó, la interpretación de “Elortondo” y “O’Connor” se encuentra de algún modo contenida en tres normas (dos nacionales y una internacional) a las que se les ha dado en el debate una importancia inferior a la debida.

La primera norma de la que se deriva esto es la principal norma que rige el instituto estudiado: la ley de expropiación. Ella indica que cada expropiación debe estar suficientemente fundamentada, ya que expropiar es una potestad exclusiva pero no arbitraria del Congreso. Si se requiere que haya un fundamento, se está afirmando que la declaración de utilidad pública no es una mera decisión de mérito, oportunidad y conveniencia,<sup>78</sup> y esto se hace con el objetivo de dar una garantía al particular contra la arbitrariedad. Si se afirma que la declaración de utilidad pública y su

<sup>77</sup> En este sentido cabría volver a la mencionada distinción que realiza Dworkin. Bajo este criterio, dado que la declaración de utilidad pública claramente involucra derechos subjetivos, porque afecta directamente el derecho de propiedad de alguna persona, la declaración de utilidad pública es necesariamente una cuestión de principios jurídicos, y no de política. Esto sucede a pesar de que (al igual que la mayoría de las cuestiones de principios jurídicos) esté inmerso en el procedimiento legislativo que es, por esencia, político.

<sup>78</sup> Suponiendo que éstas no requieran fundamento, lo que ya es por sí discutible.

fundamento no son siempre revisables se está vaciando de contenido el requisito de fundamentación y se está olvidando lo que él expresa, y consecuentemente se está abriendo la puerta a esa arbitrariedad que se intenta evitar. Una buena interpretación de la ley de expropiación, por lo tanto, debe incluir el control judicial sobre la utilidad pública.

La segunda norma relevante es el artículo 43 de la Constitución,<sup>79</sup> del cual se deducen los dos principios que pueden considerarse absolutos en derecho administrativo: que no hay nada al margen de la juridicidad (legalidad), y que todo acto que afecte los derechos de los particulares es susceptible de control judicial. No permitir el control judicial de la declaración de utilidad pública violaría el primer principio por poner esta declaración al margen de la juridicidad (se ve claro aquí el fundamento de llamar a este principio de juridicidad y no de legalidad, ya que lo que está violando este principio es el no controlar una ley) y violaría el segundo principio porque la expropiación es un acto que afecta sustancialmente el derecho de propiedad del particular (como se vio al explicar que es un método ablatorio). Estos principios, por otro lado, además de estar impresos en dicha norma, están presentes en el origen mismo del control de constitucionalidad, al referirse el caso “*Marbury vs. Madison*” a “todas las causas que versaren sobre puntos rigidos por la Constitución,

<sup>79</sup> Artículo 43 de la CN: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio”.

por las leyes de los Estados Unidos, y por los tratados que fueren hechos bajo su autoridad”.<sup>80</sup>

La tercera norma relevante, el Pacto de San José de Costa Rica, es probablemente la más importante para el tema tratado. A pesar de ser, quizá, la menos accesible, es la más explícita, ya que atribuye directamente a los jueces nacionales la facultad de controlar. El Pacto de San José de Costa Rica, en su Anexo, contiene una reserva por parte de Argentina que establece que no se considerará revisable por parte de la Corte Interamericana de Justicia todo aquello “que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni los que éstos entiendan por indemnización justa”.<sup>81</sup> La reserva, que es derecho positivo vigente de jerarquía constitucional para Argentina (dado que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional indica que los pactos tendrán dicha jerarquía “en las condiciones de su vigencia”,<sup>82</sup> y el tratado rige para la Argentina con todas sus reservas), claramente indica que los tribunales locales pue-

<sup>80</sup> USSC, “*Marbury vs. Madison...*”, *cit.*, opinión de la Corte, citando la *Judiciary Act* de 1789.

<sup>81</sup> *Cfr.* Anexo del PSJCR según ratificado por la Argentina (conteniendo una reserva y dos aclaraciones interpretativas); o Instrumento de Ratificación del PSJCR de la República Argentina, recibido en la Secretaría General de la OEA el 5 de septiembre de 1984 y notificado de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La reserva refiere al artículo 21 del tratado.

<sup>82</sup> Artículo 75.22 de la CN: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

den (y deben) determinar las causas de utilidad pública (e interés social) además de la indemnización justa.

Estas tres normas, en síntesis, muestran cómo el sistema constitucional argentino les atribuye a los jueces la facultad de analizar y controlar la pertinencia de las declaraciones de utilidad pública en las expropiaciones. Esto, además, es avalado por distintos motivos también jurídicos que, si bien no remiten a ninguna norma en concreto, exigen la misma conclusión por razones de coherencia interna. Ellos parecerían indicar que dicha revisión sería apropiada aún ante la ausencia de las citadas normas.

## 2. *Motivos sistemáticos*

El primero de los motivos aludidos es que la utilidad pública, más allá de ser una construcción es algo cuya existencia es pasible de ser verificada, y no una mera manifestación de preferencias como sucede con las cuestiones políticas; lo que hace el legislador es reconocerla y anunciarla para realizar la expropiación, no crearla. La declaración de utilidad pública es, como su nombre lo indica, no más que una declaración; la pronunciación al respecto por el Congreso es declarativa, no constitutiva de de la utilidad pública, y por eso se justifica que los jueces controlen dicho reconocimiento.<sup>83</sup> Esto se ve claramente al recordar que utilidad pública significa bien común, aquel objetivo al que se dirigen los tres poderes del Estado de modo directo o indirecto, cuyo actuar no puede determinarlo.

El segundo es que la Corte ha afirmado que, en principio, el Estado no puede ser tenido por responsable cuando ejerce razonablemente sus poderes propios.<sup>84</sup> Ahora, no hay forma de determinar cuándo el Estado ejerce sus poderes propios de modo razonable si no se admite el control de razonabilidad sobre el ejercicio de dichos poderes. Por ello la Corte Suprema, al afirmar esto, está admitiendo de modo implícito que todo ejercicio de los poderes propios del Estado es pasible de dichos controles.

Lo mismo sucede con aquellos casos en los que media arbitrariedad manifiesta. Resulta imposible saber en cuáles casos media arbitrariedad manifiesta si no se controlan todos los casos. Lo adecuado (y lo posible) es

<sup>83</sup> Cfr. Marienhoff, M. S., *op. cit.*, pp. 197-202.

<sup>84</sup> Cfr. Aberastury, P., “Responsabilidad del Estado por actividad normativa”, en Comadira, J. R., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 127.

afirmar que son controlables todos los casos, y que sólo son pasibles de ser declarados inconstitucionales aquellos en los que media arbitrariedad. “El hecho de que el ámbito de revisión judicial de la determinación legislativa de la utilidad pública se haya estrechado dramáticamente a causa de la ampliación progresiva del concepto de utilidad pública, no implica que no haya de existir en absoluto tal revisión. Lo único que ha de significar es que muchas más expropiaciones van a superar el *test*, pero la labor judicial debe todavía existir para las expropiaciones que, pese a ello, continúan ignorándolo”.<sup>85</sup>

El tercer motivo es que la Corte ha afirmado ya en los casos “Siri” y “Kot” (abundantemente citados en su jurisprudencia) y ha recordado recientemente en el caso “Halabi” que siempre que existe un derecho subjetivo por parte de un individuo, existe en nuestro régimen constitucional una vía para hacer efectivo ese derecho.<sup>86</sup> Entonces, ante el interés jurídicamente protegido de los individuos de que haya utilidad pública para la expropiación, se debe permitir que ello sea revisable judicialmente, so pena de dejar desamparados derechos y anular este axioma del derecho constitucional.

El cuarto es que la potestad expropiatoria es, como su nombre lo indica, una potestad; es decir, un derecho-deber que se ejerce para satisfacer una necesidad exógena al sujeto que lo detenta. El Poder Legislativo expropia para satisfacer el bien común, que es algo externo al órgano e incluso al Estado. No lo hace ejerciendo un derecho propio para satisfacer necesidades individuales como lo haría un particular. Por ello, resulta más adecuado que dicho acto sea controlable. Primero, porque se está bajo un deber del Poder Legislativo, que debe ser cumplido de modo satisfactorio. Segundo, porque a un tribunal le resultaría dificultoso analizar la razonabilidad de una decisión económica individual, pero esto no sucede con la expropiación porque la necesidad bajo la cual se mide la razonabilidad es (al menos según asume nuestro sistema normativo) externa y objetiva.

<sup>85</sup> Schwartz, B., *A Commentary on the Constitution of the United States*, Nueva Jersey, Rothman & Co., 1977, pte. II, p. 255.

<sup>86</sup> No se hace uso aquí del término derecho subjetivo como se hace uso muchas veces en derecho administrativo, en oposición a interés legítimo e interés simple sino, de acuerdo con la postura de Comadira y con la actual tendencia de la Cámara Contencioso-administrativa, en el sentido más amplio de interés jurídicamente protegido. *Cfr.* Comadira, J. R. *et al.*, *Curso de derecho...*, *cit.*, t. 1, pp. 121-123.

El quinto motivo es que es posible tratar a la declaración de utilidad pública o como un acto discrecional o como un concepto jurídico indeterminado. Esta analogía se evidencia, al ver que la declaración de utilidad pública resulta sustancialmente distinta a un acto institucional y a un acto parcialmente regido por el derecho privado, dado que involucra derechos subjetivos y ha sido de algún modo aceptada por la Corte en los casos “Insúa”,<sup>87</sup> “Paz”,<sup>88</sup> “Bozzano”<sup>89</sup> y “Cook”,<sup>90</sup> al hacer uso del principio de razonabilidad como delimitador de lo cubierto por el mérito, la oportunidad y la conveniencia.

Los actos discrecionales, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de los paradigmáticos casos “Maderera Lanín”<sup>91</sup> y “Arenzón”<sup>92</sup> (y luego “Almirón”,<sup>93</sup> “Fadlala de Ferreyra”<sup>94</sup> y “Solá”),<sup>95</sup> son controlables no sólo en sus aspectos reglados (dado que ningún acto es completamente discrecional) sino también en su núcleo de discrecionalidad por el principio de razonabilidad. Es decir, la Corte no juzga estos actos en cuanto a su mérito, oportunidad y conveniencia, pero sí los anulará, aún cuando cumplan con sus elementos reglados, si la decisión discrecional es irrazonable.

Si no se considera pertinente la analogía con los actos discrecionales, se tendría que considerar al bien común como un concepto jurídico inde-

<sup>87</sup> CSJN, “Insúa” (2004), *Fallos* 327:3597.

<sup>88</sup> CSJN, “Paz” (1995), *Fallos* 324:2248.

<sup>89</sup> CSJN, “Bozzano” (1995), *Fallos* 318:1256.

<sup>90</sup> CSJN, “Cook” (1990), *Fallos* 313:410.

<sup>91</sup> CSJN, “Industria Maderera Lanín S. R. L.” (1977), *Fallos* 298:223. Es en realidad con este fallo y no con “Arenzón” (que lo cita), como suele considerarse, que la Corte comenzó con su doctrina del control de razonabilidad de los actos discrecionales. Así, dice el fallo en el considerando 10 “que la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”.

<sup>92</sup> CSJN, “Arenzón c. Gobierno Nacional” (1984), *Fallos* 306:400.

<sup>93</sup> CSJN, “Almirón” (1983), *Fallos* 305:1489.

<sup>94</sup> CSJN, “Fadlala de Ferreyra” (1984), *Fallos* 306:126.

<sup>95</sup> CSJN, “Solá” (1997), *Fallos* 320:2509.

terminado, como hace Cassagne,<sup>96</sup> con lo que la declaración de utilidad pública pasaría a ser un acto reglado, en cuyo caso la revisión judicial tendría mayor amplitud. Es decir, se concluiría que el bien común es un concepto abierto, que parece asemejarse a una actividad discrecional pero en realidad es determinable a través de los precedentes. De este modo, el bien común sería objetivable por parte las Cortes a través del trato que le da al concepto nuestro sistema normativo a en la ley de expropiaciones.

En cualquier caso, la categoría que se elija para la declaración de utilidad pública es una que permite el control judicial sobre ella.

El sexto es que la Corte Suprema ha declarado en reiteradas oportunidades que le “incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso... y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”,<sup>97</sup> dejando a salvo, por supuesto, el mérito, la oportunidad y la conveniencia.<sup>98</sup> Como consecuencia de esto, ha analizado en diversas oportunidades la razonabilidad de las normas.<sup>99</sup> Entonces, si corresponde a la Corte analizar la razonabilidad de las normas, ¿hay realmente alguna diferencia fundamental entre hacerlo sobre una norma que limita el derecho de propiedad, como es una norma expropiatoria, y hacerlo sobre una norma que limita cualquier otro derecho?

El séptimo es que no permitir el control judicial en este asunto, más que fortalecer la división de poderes, la debilita.<sup>100</sup> Esto se debe a que se le estaría quitando facultades al Poder Judicial para que ejerza un rol que le

<sup>96</sup> Cfr. Cassagne, J. C., *Derecho administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 469.

<sup>97</sup> CSJN, “Cine Callao” (1960), *Fallos* 247:121, voto de la mayoría.

<sup>98</sup> CSJN, “Cook” (1990), *Fallos* 313:410.

<sup>99</sup> Por ejemplo, en “Hileret y Rodríguez c. Provincia de Tucumán” (CSJN, “Hileret y Rodríguez c. Provincia de Tucumán” (1903), *Fallos* 98:20); “Ercolano c. Lanteri de Rainshaw” (CSJN, “Ercolano c. Lanteri de Rainshaw” (1922), *Fallos* 136:161); “Horta c. Harguindegui” (CSJN, “Horta c. Harguindegui” (1922), *Fallos* 137:47); “Mango c. Traba” (CSJN, “Mango c. Traba” (1925), *Fallos* 144:219); “Avico c. de la Pesa” (CSJN, “Avico c. de la Pesa” (1934), *Fallos* 172:29); “Inchauspe y Hnos. c. Junta Nacional de Carnes” (CSJN, “Inchauspe y Hnos. c. Junta Nacional de Carnes” (1944), *Fallos* 199:483); “Cine Callao” (CSJN, “Cine Callao” (1960), *Fallos* 247:121); “Maderera Lanín” (CSJN, “Industria Maderera Lanín S. R. L...”, *cit.*) y “Arenzón” (CSJN, “Arenzón c. Gobierno Nacional...”, *cit.*), entre otros.

<sup>100</sup> Cfr. Cassagne, J. C., “Expropiación: Revisión judicial de la declaración de utilidad pública. Arbitrariedad de la ley que la dispuso”, LL 2009-C-186.

es indiscutiblemente propio:<sup>101</sup> asegurar que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, al hacer uso de sus atribuciones normales, no violen disposiciones de la Constitución Nacional. Esto, además de debilitar la división de poderes (o como consecuencia de ello) crearía inseguridad jurídica, al dejar desprotegidos a particulares frente a posibles arbitrariedades.

El último motivo es que, en el fondo, cualquier tipo de revisión del acto expropiatorio, tanto por parte del Poder Legislativo como por parte del Poder Ejecutivo, es una revisión sobre la declaración de utilidad pública. No es posible, como intentan algunos autores,<sup>102</sup> una revisión del llamado contenido político de la declaración de utilidad pública y una no revisión de la declaración de utilidad pública. Al revisarse el alcance de la expropiación (ya sea para analizar la razonabilidad del acto legislativo en sí, o para determinar si la concreción de la expropiación por parte del Poder Ejecutivo se encontraba cubierta por el paraguas de la declaración legislativa) se está inexorablemente revisando el alcance de la utilidad pública. Es decir, se está afirmando que (Poder Legislativo) existía utilidad pública para expropiar (por ejemplo) cierto terreno y que no existía para expropiar cierto otro, o que (Poder Ejecutivo) la declaración por parte del Poder Legislativo cubría determinada cosa y no otra. Esto se relaciona con el triple fundamento de la utilidad pública explicado precedentemente, vinculando a ambos el requisito de explicar cómo se manifiesta la utilidad pública en el caso concreto. El deber del Poder Legislativo de explicar el modo en el que se cristaliza la utilidad pública incluye el explicar qué acciones se encuentran amparadas por el paraguas de dicha cristalización.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La Suprema Corte estadounidense, interpretando la *takings clause* (fuente directa de nuestra disposición al respecto en el artículo 17)<sup>103</sup> no cuestiona si debe controlar o no la existencia de utilidad pública. Al ser la utilidad

<sup>101</sup> No se afirma esto de *lege ferenda*, dado que es amplio el debate al respecto, en especial desde la perspectiva de la objeción contramayoritaria, sino de *lege lata*, en virtud de los artículos 43 y 116 de la Constitución Nacional.

<sup>102</sup> *Cfr.*, a modo de ejemplo, Badeni, G., *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 486-488.

<sup>103</sup> La enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos dice “nor shall private property be taken for public use without just compensation”.

pública un requisito en la cláusula, es controlada junto con el resto,<sup>104</sup> y los debates respecto de la expropiación son otros, como si la propiedad debe permanecer o no en dominio del Estado.<sup>105</sup> Esto no significa, como bien entiende la Suprema Corte, que ella no debería tener *self-restraint*. Significa que debería tenerlo de modo ordenado y delimitado por su rol institucional; es decir, que no debería tenerlo a costa de dejar a los ciudadanos desamparados ante posibles actos de arbitrariedad de la administración.

Lo mismo sucede con el Consejo de Estado francés, que en el paradigmático “Arrêt Ville Nouvelle Est”<sup>106</sup> revisó la declaración de utilidad pública del ministro de Equipamiento y Vivienda en el marco de una expropiación para realizar una renovación urbana. Lo que es más, lo hizo en base a un análisis costo-beneficio en el que consideró si los inconvenientes generados por la expropiación excedían el interés social que el proyecto representaba. Un año después, en el “Arrêt Société Civile Saint-Marie de l’Assomption”,<sup>107</sup> anuló con los mismos argumentos un proyecto de construcción de carretera para proteger zonas verdes y un hospital psiquiátrico. No se trata, en estos casos, de un conflicto entre un interés público y un interés privado, sino del conflicto entre un interés público y otro interés público relevante, que define la existencia o no de utilidad pública, posición que el Consejo de Estado mantuvo en su jurisprudencia subsiguiente.

En este sentido, es de fundamental importancia para analizar el instituto de la expropiación y discutir la posibilidad de su revisión judicial, recordar que es un instituto de excepción.<sup>108</sup> La regla es que la propiedad se transmite con el consentimiento del propietario, y la excepción es que su propiedad le sea tomada por el Estado. Esto no implica asumir una posición política, sino que se deduce del artículo 17 de la Constitución Nacional que, al decir que la propiedad es inviolable, y acto seguido regular la expropiación, muestra que lo primero es la regla y lo segundo la excepción. El fundamento de la decisión de los constituyentes es claro: se deriva

<sup>104</sup> Debe señalarse, de todos modos, que utiliza para ello el *rational basis review*.

<sup>105</sup> Cfr. Kelly, D. B., “The Public Use Requirement in Eminent Domain Law: A Rationale Based on Secret Purchases and Private Influence”, *Paper 27*, American Law & Economics Association Annual Meetings, 2006.

<sup>106</sup> CE, “Ministre de l’équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé”, rec. 409, concl. Braibant (28/05/1971).

<sup>107</sup> CE, rec. 657, concl. Morisot, 20/10/1972.

<sup>108</sup> Cfr. Marienhoff, M. S., *Tratado de...*, *cit.*, p. 129.

de reconocer a la propiedad como derecho humano en los términos de los pactos internacionales, con las consecuencias que eso implica.

La referida diferencia entre una ley que limita el derecho de propiedad y una ley que limita cualquier otro derecho parece ser inexistente y, si la Corte busca coherencia interna más allá de las presiones políticas, debe ser garante de la Constitución (y de los derechos en ella plasmados, en especial cuando explicita que son inviolables) en todo caso, controlando la razonabilidad de las leyes expropiatorias como lo hace con cualquier otra. Esto, sumado a las anteriores consideraciones, nos brinda una conclusión clara: la expropiación sólo es constitucionalmente válida si está orientada al bien común. Por lo tanto, la calificación de utilidad pública (es decir, de bien común), es siempre susceptible de ser revisada judicialmente, y puede ser descalificada cuando es arbitraria.

Una decisión distinta era comprensible en la época previa a “Elor-tondo” por la reticencia de la Corte de entonces para controlar distintas disposiciones. Era entendible, incluso, en los tiempos inmediatamente siguientes. Pero la jurisprudencia de la Corte ha avanzado mucho desde entonces en materia de revisión judicial.

La Corte Suprema hoy se pronuncia sobre disposiciones que antes se consideraban programáticas, otorga legitimación a entidades a las que (incluso luego de la reforma de 1994) se les denegaba, y controla el núcleo de discrecionalidad de los actos discrecionales. El no control de la utilidad pública en este contexto, en especial luego de la reforma de 1994 con la incorporación de los artículos 43 y 75 inciso 22, y junto con la simultánea pretensión de control sobre las declaraciones manifiestamente arbitrarias, provoca una contradicción en la doctrina tradicional de la Corte que aguarda ser saneada. La expropiación es hoy un peso muerto que viene arrastrando el carruaje de la revisión judicial y que la Corte en algún momento tendrá que asumir. Será interesante ver qué tiene para decir la nueva Corte Suprema al respecto.