



La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil

Pretendo, en este breve escrito, presentar algunas contribuciones para una discusión sobre el derecho de propiedad privada inmobiliaria en el Proyecto de Código Civil. Más específicamente, voy a poner en cuestión la concepción de propiedad privada adoptada en el proyecto. Mi objetivo no es abordar los temas en una manera exhaustiva, sino describir algunos problemas en relación al modelo adoptado en el Código y su adecuación con los derechos humanos reconocidos en el marco constitucional.

Me refiero a la concepción de propiedad privada como el modelo por el cual cada sociedad define el contenido, alcance y fundamentación de los derechos de propiedad. La concepción de propiedad elegida por una sociedad no modifica el concepto de propiedad, que es invariable. Este último se refiere a la existencia de un sistema de reglas que rigen el acceso a y el control sobre los recursos materiales, que son escasos frente a las necesidades humanas, es decir, un sistema de asignación de los recursos limitados¹.

1. Tres concepciones sobre la propiedad privada

Históricamente, los cambios legales relacionados con la codificación de los derechos de propiedad individual, especialmente durante las revoluciones liberales, representaron la consolidación de determinadas relaciones sociales preexistentes o en proceso de formación. Como destaca la historiadora Rosa Congost, “el carácter abstracto –supuestamente científico– de los razonamientos de algunos jueces y gobernantes permitió convertir los intereses particulares, concretos, prácticos, de una minoría en derechos abstractos, teóricos, que podían ser garantizados por gobiernos”².

Sobre la base de la idea anterior, es posible entender por qué las primeras teorías modernas, que justificaban el derecho de propiedad en tanto se vinculase a los bienes necesarios para la subsistencia, no fueron incorporadas a los códigos civiles modernos. Para John Locke,

¹ Esa distinción es elaborada por Jeremy Waldron, en *The Right to Private Property* (1990). Oxford: Clarendon Press.

² Congost, R. (2007). *Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre la "gran obra de la propiedad"*. Barcelona: Crítica, p. 106.

por ejemplo, nadie, según el criterio de la razón, podría reservar a sí una parte de las provisiones que perjudicara a los demás. A pesar de ello, los códigos y declaraciones de derechos que hasta hoy influyen en el pensamiento jurídico predominante, como el Código Civil Francés del 1804, consolidaron una noción de propiedad sagrada y absoluta. Es una noción de propiedad que no está fundamentada en criterios de justicia, sino en consideraciones de utilidad con un carácter supuestamente científico.

Ante esta situación, es necesario hacer el ejercicio de pensar cuál debería ser la reglamentación de los derechos de propiedad bajo teorías de la justicia que se basan en derechos, o, si se prefiere, en teorías de la justicia igualitaristas³.

Muy sintéticamente, menciono que la propiedad es ambivalente para estas teorías, pues frecuentemente ocupa más de un lugar en ellas. Para Rawls, por ejemplo, la propiedad se presenta algunas veces como parte del primer principio de justicia, la igual libertad básica, y otras veces, como parte de las dos aserciones del segundo principio de justicia, el principio de la diferencia y la igualdad equitativa de oportunidades. Es decir, algunas libertades no serían parte de la lista de libertades básicas, no siendo protegidas por el primer principio, como ciertos tipos de propiedad; por ejemplo, la propiedad de los medios de producción⁴. De ello se podría concluir que, en el orden de prioridad de los principios rawlsianos de justicia, no siempre la propiedad prevalecería sobre los demás. Esto ocurrirá solamente en los casos en que se caracterice a la propiedad como una libertad básica. Restaría definir bajo qué condiciones sería la propiedad una libertad básica. El mismo Rawls proporciona una clave en el prefacio a la edición brasileña de *Una Teoría de la Justicia*, al vincular el derecho de propiedad individual a la autonomía e integridad de los ciudadanos⁵.

Esa ambivalencia se relaciona con el carácter polisémico que caracteriza la idea de propiedad. La propiedad, en algunos casos, significa la capacidad para convertirse en propietario, el derecho de un individuo a usar y disponer de sus bienes y, en otros casos, también el derecho general a ser propietario⁶.

³ He desarrollado el tema en "La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de la justicia con base en derechos a la protección internacional", tesis de maestría no publicada.

⁴ Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. (M. D. González, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

⁵ Rawls, J. (2002). *Uma Teoria da Justiça*. (A. Pissetta, & L. M. Esteves, Trads.) Sao Paulo: Martins Fontes, p. XIX.

⁶ El carácter polisémico del derecho de propiedad ha sido la razón principal por la cual ese derecho no ha sido incorporado a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles Políticos, lo que determina un vacío en el ámbito internacional en la regulación de su alcance y contenido, bien como las obligaciones estatales a su respecto. Los instrumentos internacionales de derechos humanos representan esos diferentes significados. Por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos Humanos, por ejemplo, reconoce el derecho a acceder a la propiedad como un medio para la satisfacción de necesidades, mientras en la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce el derecho a la propiedad (como capacidad general de convertirse en propietario) y el derecho a no ser privado arbitrariamente de su propiedad.

Para resolver ese problema, proponemos la distinción entre dos tipos de propiedad. El primero se refiere al derecho que se vincula con la dignidad humana y la subsistencia. En este caso, la propiedad será una libertad básica (Rawls), un derecho fundamental (Ferrajoli)⁷ o un derecho general (Waldron)⁸. A este tipo de propiedad la podríamos llamar *propiedad-dignidad*. El segundo tipo se refiere a la propiedad como un derecho patrimonial o un derecho especial. Lo que podríamos nombrar *propiedad-patrimonio*, que tendrá un nivel de protección menor y en caso de controversia no prevalece sobre los derechos humanos.

Esa distinción permite superar las consideraciones de índole utilitarista o consecuencialista que muy frecuentemente orientan la doctrina sobre la propiedad. Esas consideraciones han logrado justificar dos ideas diametralmente opuestas: por un lado, la posibilidad de acumulación infinita de propiedad para lograr la más alta productividad económica, y por el otro, límites a la propiedad individual para lograr la satisfacción del bienestar colectivo.

Por lo tanto, podríamos mencionar genéricamente tres concepciones sobre la propiedad: (a) la concepción moderna de propiedad sagrada y absoluta, (b) una concepción utilitarista de propiedad como un medio para obtener la satisfacción de otros objetivos, y (c) la concepción de los derechos de propiedad bajo una perspectiva de derechos humanos. En este último abordaje, solamente los derechos de propiedad vinculados a la dignidad estarían protegidos especialmente como derechos humanos. En cambio, la propiedad-patrimonio estaría sometida a los límites legales relativos al cumplimiento de su función social. Se trata, por lo tanto, de resignificar la noción de función social de la propiedad, que ya no puede ser interpretada como una primacía de lo colectivo sobre lo individual, sino como un imperativo de derechos humanos.

2. ¿Cuál es la concepción en la Constitución?

Pues bien, la concepción de propiedad privada en la Constitución Nacional es más compatible con la tercera idea sobre la propiedad (concepción ‘c’). Es cierto que la actual Constitución, reconoce el derecho de todo habitante de “usar y disponer de su propiedad” (art. 14) y la “inviolabilidad” de la propiedad (art. 17), lo que estaría más próximo a una primera concepción de propiedad ilimitada y absoluta (concepción ‘a’). No obstante, la incorporación al marco constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), por la reforma de 1994, marca una opción nítida por la concepción con base en derechos humanos. Ello porque el Pacto, en su art. 21, prevé

⁷ Ferrajoli distingue entre el derecho fundamental de propiedad (universales, indisponibles e inalienables; derivados de las leyes) y el derecho patrimonial de propiedad (singulares y excluyentes; disponibles, negociables e inalienables; derivados de actos jurídicos). Ferrajoli, L. (2007). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (tercera ed.). (A. de Cabo, & G. Pisarello, Edits.) Madrid: Trotta.

⁸ Para Waldron, los derechos generales son aquellos cuyos titulares son todos los seres humanos, independientemente de una especial relación o transacción, y se acercan a la definición de derechos humanos universales. En cambio, los derechos especiales se originan de relaciones específicas y son relativos únicamente a los que de ellas participan (Waldron, 1990, pág. 106 y ss.).

el sometimiento del derecho de uso y goce de los bienes al interés social por determinación legal. En este sentido, los derechos de propiedad también implican deberes fundamentales, en el marco de una perspectiva de derechos humanos.

Más que ello, el derecho de propiedad debe leerse en combinación los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la vivienda y al trabajo. Asimismo, la incorporación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Constitución supone la atención a las Observaciones Generales del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano encargado de monitorear la implementación del Pacto.

Es de especial interés, por ejemplo, la Observación General n. 4 del mencionado Comité, en la cual se reconoce la seguridad jurídica de la tenencia como uno de los elementos que componen el derecho a la vivienda adecuada. El Comité aclara que ese elemento puede ser satisfecho de diferentes formas que son más amplias que la propiedad privada. En ese sentido, la protección constitucional de los derechos sociales, como la vivienda y el trabajo, es más amplia que el derecho de propiedad privada y su realización es independiente de ese último.

En ese sentido, hoy el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y su inviolabilidad debe ser interpretado conjuntamente con la noción de función social del Pacto de San José, como con los demás derechos humanos incorporados a la Constitución. En este sentido, es importante reflexionar sobre los efectos de esa perspectiva en la normativa infraconstitucional, especialmente el Código Civil.

3. ¿Cuál es la concepción en el Código?

A pesar de los cambios en el marco constitucional, el actual Código Civil sigue teniendo una perspectiva más cercana a la concepción 'a' sobre el derecho de propiedad. Ello puede ser observado nítidamente en disposiciones que aseguran la exclusividad y la perpetuidad al dominio perfecto⁹. Esa concepción fue atenuada en la reforma del 1968 por la incorporación del ejercicio regular de derecho como un límite al uso y goce de la

⁹ Art. 2.507. El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.

Art. 2.508. El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.

propiedad. Es decir, con la posibilidad de restricción de las facultades del propietario en razón del abuso del derecho¹⁰.

El proyecto de reforma del Código Civil actualmente en discusión en el Congreso Nacional es poco innovador en relación al Código Civil anterior y, en algunos aspectos, podría ser regresivo. Asimismo, el proyecto de reforma no incorpora algunos elementos básicos del marco constitucional, como vamos a explicar.

El proyecto mantiene el núcleo conceptual del dominio caracterizado por la perpetuidad y la exclusividad¹¹, y lo hace de una manera más tajante, pues no hace una distinción clara entre el dominio perfecto y el imperfecto en relación a esos atributos. Para el actual Código, la enunciación de esos atributos tiene la finalidad principal de distinguir el dominio perfecto del imperfecto, antes que caracterizar la propiedad privada de una manera totalizadora. En el proyecto, en cambio, esas características se presentan en una forma más dogmática. Esto se puede constatar en las afirmaciones “el dominio es perpetuo” y el “dominio es exclusivo”, que no encuentran eco en el actual Código.

Además, es importante tener en cuenta que la idea de exclusividad y perpetuidad se contradice con normas del propio proyecto en discusión. Por ejemplo, el derecho de superficie, presente en el mismo¹², supone una concepción de propiedad que admita más de un titular, es decir, en que las facultades de usar, gozar y disponer se repartan entre diferentes titulares. Esto es más cercano a lo que sería una idea de propiedad como “bundle of rights”¹³. Esa idea sobre la propiedad es incompatible con la exclusividad. En ese

¹⁰ Art. 2.513. Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

Art. 2.514. El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.

(Artículos sustituidos por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968, con vigencia a partir del 1° de julio de 1968.)

¹¹ ARTÍCULO 1942.- Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

ARTÍCULO 1943. - Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.

¹² ARTÍCULO 2114.- Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales

¹³ La idea de propiedad como *bundle of rights* se refiere a las diversas relaciones de poderes y deberes entre las personas, que regulan la utilización de una cosa. Esa idea fue incorporada al movimiento realista norteamericano con el objetivo de deconstruir la concepción de propiedad natural y absoluta. Con ello, se permitiría fundamentar la redistribución de la propiedad, ya que esta sería solamente *a variable collection of interests established by social convention* (Merril y Smith, 2001 pág. 365). Por otro lado, esta misma concepción también fue incorporada por el movimiento *Law and Economics*, por considerarla compatible

sentido, se podría decir que en el proyecto no se hace una elección clara sobre una única concepción coherente, si no que más bien se incorporan diferentes ideas sobre la propiedad.

Incluso se podría decir que en alguna medida el proyecto es regresivo, pues no incluye el ejercicio regular de derecho como un límite al ejercicio del derecho de propiedad. El código anterior preveía esas disposiciones de manera específica en relación al tema de la propiedad, como mencionamos más arriba. El nuevo proyecto solamente trata el tema de manera genérica, en la prohibición general de abuso de derecho constante en el artículo 10. Esa omisión podría llevar a interpretaciones equivocadas en el sentido de que esas figuras no incidirían más en el ejercicio del derecho de propiedad.

Asimismo, el proyecto no presenta las formas de extinción del derecho de propiedad, omitiendo por ejemplo referencia a la expropiación, establecida constitucionalmente, o el abandono o vacancia, para los casos en que el dominio no es adquirido por otro titular. El reconocimiento de esos modos de pérdida de la propiedad sería importante para garantizar un destino social a los inmuebles ociosos, permitiendo así que se amplíen las posibilidades del acceso a la vivienda adecuada.

Otra cuestión que llama la atención es la falta de preocupación en el proyecto por los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la vivienda.

En primer lugar, no se reconocen efectos jurídicos para la posesión informal. Este un tema de gran relevancia, ya que el marco jurídico relativo a los derechos de propiedad posee efectos perversos sobre la realidad y puede profundizar las desigualdades socioeconómicas¹⁴. Muy frecuentemente, la falta de reconocimiento jurídico de situaciones de posesión en asentamientos informales impide el ejercicio de muchos otros derechos, como el acceso a servicios de agua, saneamiento, electricidad, entre otros. No reconocer al menos algunos efectos de la posesión informal es avanzar muy poco en la protección de los derechos humanos en el nivel infraconstitucional. El silencio en relación a la situación jurídica de los asentamientos informales contrasta con el tratamiento dado por el proyecto a

con la más alta complejidad de las relaciones del mercado, haciendo posible que sobre un mismo objeto incidan diversos derechos reales con diversos titulares al mismo tiempo

¹⁴ Aclaro que la sociología urbana identifica una estrecha relación entre la informalidad urbana y el régimen relativo al derecho de propiedad. La exclusión socioespacial se vincula, en parte, a la existencia de marcos legales que permiten usos abusivos del derecho de propiedad y, a la vez, dificultan el acceso al suelo en forma legal a segmentos de la sociedad. Como consecuencia, importantes grupos de personas son expulsas a tierras no aptas para el hábitat humano, sin servicios e infraestructura o con riesgos ambientales. Además, la protección absoluta que los ordenamientos jurídicos depositan en el derecho de propiedad se asocia a una falta de reconocimiento de las formas de posesión no previstas legalmente, que se suelen considerar “informales” o “ilegales”, las cuales implican la falta de acceso a diversos otros derechos fundamentales (Fernandes, E. (2007). La ley y la producción de la ilegalidad urbana. In: Smolka, M.O. y Mullahy, L. (eds.). Perspectivas Urbanas: Temas críticos en políticas de suelo en América Latina. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy).

los barrios cerrados o privados y clubes de campo, que son regulados en el Título VII del Libro IV, "conjuntos inmobiliarios", en 40 artículos.

En segundo lugar, el Código presenta pocas soluciones para la situación de informalidad en la tenencia del suelo. Las formas de prescripción previstas en el actual Código no contemplan la diferencia entre la posesión para fines de vivienda o trabajo y la posesión común. Ello implica que los plazos para adquirir el dominio son iguales para un individuo o familia que adquiere un inmueble por prescripción adquisitiva para una segunda vivienda y el que lo adquiere como vivienda única. La posesión para fines de vivienda, a la cual podríamos llamar como "posesión calificada", es especialmente protegida por el marco constitucional argentino, por medio de la incorporación en el 1994 del derecho a la vivienda reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Código debería reflejar esa garantía constitucional, presentando instrumentos eficaces y expeditos para la protección de la vivienda.

Finalmente, quisiera señalar que, por más que el principio de la función social de la propiedad esté regulado constitucionalmente, es importante que el Código también lo explicité para evitar cualquier interpretación que anule su incidencia en el derecho civil. De igual manera, algunas consecuencias relativas a la función social; por ejemplo, el problema de las obligaciones del propietario, podrían ser mejor desarrolladas. En la actual redacción del proyecto, las obligaciones existentes se basan en el medio ambiente y en las normas de vecindad, pero no se incorporan otras obligaciones, como la obligación de dar uso al bien¹⁵.

4. Conclusiones: adaptando el Código al derecho de propiedad constitucional

Para concluir, quisiera presentar algunas sugerencias puntuales para que la concepción de propiedad privada en el Código Civil se acerque a la concepción constitucional. De manera muy objetiva, mis sugerencias son:

- Revisión de las normas sobre exclusividad y perpetuidad del dominio, construyendo una concepción coherente sobre el derecho de propiedad a lo largo del Código y en relación a la Constitución;
- Delimitación de las obligaciones de los propietarios y reconocimiento explícito de la función social de la propiedad;
- Inclusión de normas que reconozcan los efectos jurídicos de la posesión informal en relación a la satisfacción de derechos humanos, impidiendo la distinción entre el dominio y la posesión informal en esos casos;
- Previsión de mecanismos más ágiles y efectivos para la consolidación del dominio en casos de asentamientos informales, como la prescripción adquisitiva

¹⁵ Un ejemplo de legislación que detalla los deberes del propietario es la Ley n. 18.308 de Uruguay, la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible. En su artículo 37, prevé que los propietarios de inmuebles tienen los siguientes deberes generales de, entre otros: deber de usar, deber de conservar, deber de proteger el medio ambiente y la diversidad, deber de proteger el patrimonio cultural, deber de cuidar, deber de rehabilitar y restituir.

para fines de vivienda en plazos cortos, de forma individual y colectiva, similar a la adoptada en algunos países como Uruguay, Colombia y Brasil;

- Regulación de los modos de extinción del dominio, incluyendo el caso de abandono o vacancia de los bienes. Entre los casos de pérdida de la propiedad por abandono, se podría definir una hipótesis de ocupación de área extensa, por un determinado periodo de tiempo, por un gran número de personas que hayan realizado obras y servicios de interés social y económico, con el pago de una indemnización, de manera similar a lo previsto por el Código Civil de Brasil en los párrafos 4º y 5º del artículo 1275.

Por último, señalo que la reglamentación de la propiedad en el Código Civil no es el único indicador sobre la concepción adoptada por la comunidad jurídica. Para poder comprender el desarrollo de los derechos de propiedad en la historia, es necesario utilizar una perspectiva diferente de la frecuente mirada lineal y estatista, que enfatizaría más en las rupturas que en los procesos y utilizaría como fuente solamente las normas estatales, sin considerar las relaciones sociales de hecho existentes en torno de la propiedad. Para conocer la realidad de los derechos de propiedad, en cada momento y en cada espacio, debemos seguir la recomendación de la historiadora Rosa Congost. Esta autora sugiere algunas preguntas claves: ¿qué derechos se ejercían?, ¿qué derechos eran contestados?, ¿qué derechos eran reivindicados? y, en los tres casos, ¿por quién? (Congost, 2007, pág. 57). Por lo tanto, es necesario también llevar en consideración la efectiva interpretación que los jueces, administración pública y otros actores asignan a la propiedad, y saber en qué medida se considera la concepción constitucional como un parámetro para interpretar las normas civiles.