



Repositorio Digital Institucional
"José María Rosa"

Universidad Nacional de Lanús
Secretaría Académica
Dirección de Biblioteca y Servicios de Información Documental

Mariel Acosta Magdalena

El derecho de propiedad inmueble en Argentina desde una revisión crítica y de derechos humanos. Aportes para una reformulación

Tesis presentada para la obtención del título de Maestría en Derechos Humanos del Centro de Justicia y Derechos Humanos

Director de Tesis

Sebastián Tedeschi

<https://doi.org/10.18294/rdi.2017.173985>

El presente documento integra el Repositorio Digital Institucional "José María Rosa" de la Biblioteca "Rodolfo Puiggrós" de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa)

This document is part of the Institutional Digital Repository "José María Rosa" of the Library "Rodolfo Puiggrós" of the University National of Lanús (UNLa)

Cita sugerida

Acosta Magdalena, M. (2015). *El derecho de propiedad inmueble en Argentina desde una revisión crítica y de derechos humanos. Aportes para una reformulación* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Lanús. Recuperada de

http://www.repositoriojmr.unla.edu.ar/download/Tesis/MDDHH/Acosta_M_Derecho_2015.pdf

Condiciones de uso

www.repositoriojmr.unla.edu.ar/condicionesdeuso

www.unla.edu.ar
www.repositoriojmr.unla.edu.ar
repositoriojmr@unla.edu.ar





Universidad Nacional de Lanús
Maestría en Derechos Humanos

**El derecho de propiedad inmueble en Argentina
desde una revisión crítica y de derechos humanos.
Aportes para una reformulación.**

Tesis presentada por: Mariel Acosta Magdalena

Director: Sebastián E. Tedeschi

Codirectora: Julieta Rossi

Buenos Aires, julio de 2015

Resumen

El derecho de propiedad lejos de ser una conceptualización pacífica, se ha encontrado históricamente en un campo de disputa. El Código Civil plantea una visión hegemónica caracterizada por un enfoque en el cual el derecho de propiedad no tiene ninguna relación con las problemáticas de la sociedad (como el acceso a la tierra y a la vivienda, el medioambiente, entre otros) resultando, más bien, un instrumento neutro que regula y ordena la relación de las personas con los bienes en la sociedad.

En el presente trabajo revisaremos con las herramientas conceptuales de la teoría crítica al derecho de propiedad privada e inmueble del Código Civil. Analizaremos cómo esta regulación, que mayormente conceptualiza a un derecho de propiedad absoluto, exclusivo, perpetuo y sin límites, favorece situaciones de desigualdad que facilitan la falta de acceso a la tierra y a la vivienda de los sectores populares.

Ahora bien, lejos de esa conceptualización, existen otras formas de entender y regular la propiedad. El marco internacional de derechos humanos ha hecho un reconocimiento del derecho de propiedad que debe ser incorporado para reformular el derecho de propiedad inmueble del Código Civil y transformar las injusticias socioambientales que éste genera.

Palabras clave: derecho de propiedad, código civil, sectores populares y vulnerables, teoría crítica, derechos humanos, derecho a la tierra, derecho a la vivienda.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	3
A. LOS “NO PROPIETARIOS”	3
B. PROPÓSITO DE NUESTRO TRABAJO.....	4
C. TERMINOLOGÍA UTILIZADA.....	8
1.ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA ABORDAR LA CUESTIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD	9
1.1. LAS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO EN UN ANÁLISIS DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL	9
1.1.a. Notas comunes a las teorías críticas.....	9
1.1.b. El análisis de las funciones del derecho desde la teoría crítica	11
1.1.c. La función paradójica y el discurso de los derechos humanos	13
1.2. EL MARCO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS	15
1.2.a. El derecho de propiedad en el sistema universal y en el sistema interamericano.....	15
1.2.b. Tipos de reconocimiento de la propiedad en los instrumentos de derechos humanos, ¿derecho humano o derecho patrimonial?	20
1.3. LOS DIVERSOS USOS DEL CONCEPTO PROPIEDAD.....	23
2.EL DERECHO DE PROPIEDAD INMUEBLE DEL CÓDIGO CIVIL DESDE UNA REVISIÓN CRÍTICA.....	26
2.1. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DE PROPIEDAD DEL DERECHO TRADICIONAL.....	26
2.2. EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL EN CLAVE HISTÓRICA	29
2.3. PRINCIPALES NOTAS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL DESDE UNA REVISIÓN CRÍTICA	34
2.3.a. Absoluto, exclusivo y perpetuo: las notas principales del derecho de propiedad del Código Civil	35
2.3.b. Los (escasos) límites del dominio o derecho de propiedad	38
2.3.c. La ficción de la relación directa entre la persona y la cosa.....	41
2.3.d. Algunas de las consecuencias de las características del derecho de propiedad del Código Civil en nuestros casos de “no propietarios”	42
2.4. LA FUNCIÓN TRANSFORMADORA DEL DERECHO DE PROPIEDAD A PARTIR DEL APORTE DEL MARCO DE DERECHOS HUMANOS.....	43
3.LOS APORTES DEL MARCO DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO DE PROPIEDAD INMUEBLE DEL CÓDIGO CIVIL.....	50

3.1. CLAVES DEL MARCO DE DERECHOS HUMANOS PARA REFORMULAR EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL	50
3.1.a. El derecho de propiedad reconocido en el marco internacional	50
3.1.a.1. El reconocimiento de la propiedad en un sentido amplio.....	50
3.1.a.2. Los objetos y sujetos de las relaciones de propiedad	54
3.1.a.3. Las implicancias y consecuencias de la falta de acceso o la pérdida de la propiedad en cuanto derecho humano	62
3.2. ALCANCES DEL DERECHO DE PROPIEDAD: LÍMITES, PROTECCIÓN Y DEBERES ESPECÍFICOS QUE IMPONE LA PROPIEDAD	67
3.2.a. Limitaciones al derecho de propiedad	67
3.2.a.1. El derecho de propiedad no es absoluto	68
3.2.a.2. La función social de la propiedad como límite.....	70
3.2.a.3. La función ecológica de la propiedad con justicia social	72
3.2.a.4. La propiedad comunal indígena como limitación al derecho de propiedad privada.....	75
3.2.a.5. La prohibición de la usura o cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre como restricción o limitación de la propiedad privada	76
3.2.a.6. La soberanía de los pueblos y la libre determinación como limitación de la propiedad privada.....	77
3.2.a.7. Limitación de la propiedad por el patrimonio cultural y natural	80
3.2.b. Protección de la propiedad y deberes específicos para el Estado	81
3.2.b.1. Uso y goce efectivo de la propiedad	81
3.2.b.2. Recuperación de tierras tradicionales.....	82
3.2.b.3. La indemnización como protección de la propiedad.....	85
3.3. ANALIZANDO UN INSTITUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD CON EL APORTE DEL MARCO DE DERECHOS HUMANOS.....	89
3.3.a. Regulación actual de la prescripción	90
3.3.b. Aportes del marco internacional de derechos humanos aplicables a la usucapión...	92
CONSIDERACIONES FINALES	95
A. LOS “SÍ PROPIETARIOS”	95
B. APORTES DEL MARCO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL	97
C. MITOS DEL DISCURSO TRADICIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	100
LISTA DE ABREVIATURAS EMPLEADAS	104
BIBLIOGRAFÍA.....	105
ANEXO	117

Introducción

Democracia con hambre es utopía y farsa. La inequitativa distribución del ingreso y de los bienes, sólo es compatible con la declaración de derechos, más no con su ejercicio pleno. Al lado de la faceta de adecuada explotación económica del bien asociada tradicionalmente a la función social de la propiedad, debe ahora colocarse la idea de igualdad, en cuanto aquélla no se limita a ser condición de legitimación de la titularidad privada sino además justificación de los procesos reivindicativos y emancipatorios del mayúsculo número de los no - propietarios. (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-006/93).

a. Los “no propietarios”

Eloísa tiene alrededor de 50 años y vive desde que nació en la misma casa en una zona rural de San Pedro de Jujuy, Provincia de Jujuy. Su padre trabajaba para un Ingenio de la zona y en parte de pago por su trabajo le fue dado un terreno donde construyó su casa y realiza tradicionalmente las actividades productivas familiares. Hace un mes, le llegó una notificación judicial en la cual una persona, que decía ser titular de dominio, le solicitaba el desalojo de su vivienda. De la notificación que le hicieron surgía que su terreno había sido vendido por el Ingenio (quien nunca se había desprendido ni por escritura ni registralmente del bien) hacía 10 años a una persona de Jujuy capital, esa misma persona que ahora le solicitaba el desalojo. Eloísa sólo cuenta con un comprobante (un “papel”) en el cual el Ingenio le entregaba a su padre el terreno de su casa, y nunca ha realizado un juicio de usucapión, ya que desconocía que ese papel no era válido para acreditar su condición de propietaria de su casa.

La familia Flores vive hace cincuenta años en un barrio popular de bajos ingresos que da a la ribera de un río de la Provincia de Buenos Aires. Los padres de la familia viven ahí desde que nacieron, y también lo han hecho los abuelos de la familia. Si bien en muchas situaciones de la historia, los gobernantes les prometieron la regularización dominial de su barrio, ello nunca se ha concretado. Luego de instalada la familia Flores y constituido el barrio, hace aproximadamente unos cincuenta años se instaló en un predio de su mismo barrio una industria curtidora. Luego de ello y progresivamente su barrio se empezó a transformar en una gran zona de curtiembres y de fábricas que utilizaban el río como depósito de desechos, todo lo que generó que el río se convirtiese en el más contaminado del país, y la zona como una de las de mayor riesgo ambiental. Debido a todo ello, a través de una causa judicial que procura el saneamiento de la cuenca del río y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, se dispuso la relocalización de todas las familias ribereñas, incluida la familia Flores. Sin embargo, las viviendas que les ofrecen por la relocalización, se encuentran lejos de su centro de vida e igualmente cerca del río. La familia Flores no está dispuesta a dejar la casa que tanto esfuerzo les llevó construir, y desconfía del verdadero motivo de de las relocalizaciones, ya que existen rumores de especulación inmobiliaria. Temen que, por no contar con títulos formales de propiedad, no puedan defender su vivienda.

La comunidad de Los Toldos se encuentra ubicada en la Provincia de Salta. Dicho pueblo limita con Bolivia, y solía pertenecer a aquel país antes del tratado definitivo de límites entre ambos Estados. Incluso, en la actualidad, la única vía de acceso al pueblo, también es por Bolivia a través de un puente internacional. La mayoría de los habitantes de Los Toldos tienen títulos bolivianos, que por razones de distancia y de falta de acceso a los Registros de Salta no han llegado a inscribir en Argentina (en el tratado de límites se estipulaba que Argentina iba a registrar los títulos bolivianos en el plazo de un año). El problema de la mayoría de los pobladores de Los Toldos surgió cuando una empresa que se dedica a la explotación forestal adquirió por escritura los terrenos (aproximadamente 192.000 has. que equivalen a 17 veces el tamaño de la Ciudad de Buenos Aires y que incluyen áreas naturales de yungas) donde está asentado el pueblo, e incluso el predio donde está construido el edificio de la propia Municipalidad de Los Toldos. Por deudas que mantuvo la empresa forestal (en las que hipotecó esos terrenos) ahora pretenden la subasta y venta en remate de todo el pueblo de Los Toldos. Los habitantes de los Toldos, en su mayoría campesinos, que viven ahí desde antes que ese pueblo perteneciera siquiera a Argentina, ven vulnerado su derecho a la vivienda, a la tierra, lo que implica su medio de vida y su sostén económico, por una empresa que adquirió formalmente las tierras pero que nunca ejerció la posesión de las mismas.

b. Propósito de nuestro trabajo

Los casos que acabamos de reseñar son sólo una muestra de una serie de situaciones en las que se encuentran gran parte de los sectores populares en Argentina, en relación con la propiedad de su tierra o vivienda. Desde los espacios de trabajo y de investigación, en los que hemos transitado en los últimos diez años, hemos podido llegar bien de cerca a estos casos, los cuales nos han despertado serios interrogantes (que ya hoy son una hipótesis de trabajo) respecto de la función que cumple el derecho de propiedad inmueble del Código Civil en nuestro país.

En efecto, muy al margen de toda la problemática habitacional y de los casos expuestos, nos encontramos con el derecho de propiedad muy bien resguardado y perpetuado en el Código Civil. En general, los manuales y tratados de derecho civil y de derechos reales presentan casi exclusivamente al derecho de propiedad, a partir de las definiciones del Código Civil, desde una formulación acrítica respecto de un simple conjunto de normas jurídicas, cuya función sería la de regular la relación del hombre con los bienes en una sociedad, previniendo así el nacimiento de conflictos que en torno a ellos se pudieran generar. En dichos textos, no se vincula a la propiedad con aspectos o problemas tales como la conservación del medio ambiente, el acceso y la distribución de la riqueza o los procesos de rápida urbanización (Alviar y Villegas: 2012).

Además se presenta al derecho de propiedad como un subsistema hermético y autosuficiente, por lo que, suele existir una cierta distancia entre los estudios y análisis del sistema de derechos reales (especialidad jurídica que trata todos los temas vinculados con el régimen de bienes y las relaciones de propiedad) y sus implicancias para el reconocimiento de

los derechos fundamentales. En general, en la doctrina de derechos reales nada se dice respecto a la existencia e incorporación de los instrumentos de derechos humanos a nuestro orden constitucional y de las relaciones que pueden existir entre estos ordenamientos.

Estas consideraciones respecto del derecho de propiedad son sostenidas por un grupo de teóricos del derecho, a los que llamaremos “tradicionales”, quienes enrolados dentro de los estudios de derecho civil, y específicamente de derechos reales, pretenden caracterizar a la regulación de la propiedad como “neutra”. Esta posición doctrinal resulta hegemónica en el campo de derechos reales.

Muy por el contrario, la postura que sostendremos en el presente trabajo entiende que el concepto de propiedad se encuentra en un campo de disputa y tensión que lejos está de ser pacífico.

De esta manera, nos proponemos realizar una revisión crítica del derecho de propiedad inmueble receptado en el Código Civil Argentino (CC) promulgado en 1869 con sus respectivas reformas (el que estará vigente hasta julio de 2015) y en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹ (Nuevo CCyCN). Entendemos que en ambos textos civiles existe una línea de continuidad, por lo que, nuestro trabajo los criticará en un sentido casi idéntico por las similitudes que presentan².

Es dable destacar que al comenzar el presente trabajo, no se encontraba sancionado el Nuevo CCyCN, por lo cual habíamos utilizado el texto del Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Proyecto de CCyCN)³ para efectuar nuestro análisis. Con la finalización del proceso de reforma y la aprobación del Nuevo CCyCN, y siendo que no existían modificaciones esenciales entre ambos textos⁴, en lo que refiere al

¹ Véase el Nuevo CCyCN. Ley 26.994. <http://www.infojus.gob.ar/se-promulg-ley-reforma-unificacin-codigo-civil-comercial-nacin-se-promulg-ley-reforma-unificacin-codigo-civil-comercial-nacin-nv9120-2014-10-01/123456789-0abc-d02-19ti-lpssedadevon> . Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

El Nuevo CCyCN entrará en vigencia a partir del 1º agosto de 2015 a través de la modificación realizada por la Ley 27.077.

² En este sentido sólo realizaremos una salvedad en relación con el Nuevo CCyCN ya que en su parte general (arts. 1º y 2º) se refiere expresamente a los tratados de derechos humanos como fuente de interpretación del Nuevo CCyCN. Ampliaremos respecto de este tema en el punto 2.4. del presente trabajo.

³ Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012. Véase Proyecto de CCyCN disponible en <http://ccykn.congreso.gob.ar/>

⁴ Salvo en lo que refiere a propiedad comunitaria indígena, que sí resultaba tratada en el Proyecto de CCyCN, pero que finalmente no fue incluida en el Nuevo CCyCN como derecho real (art. 1887).

derecho de propiedad, decidimos utilizar directamente el Nuevo CCyCN como el texto con el cual trabajar y sobre el cual realizar nuestras críticas.

Por su parte, la revisión que emprenderemos será realizada desde las teorías críticas del derecho, por lo cual nuestro análisis situará en perspectiva histórica al derecho de propiedad, dando cuenta de las articulaciones que éste tiene con la ideología y con el poder, desenmascarando la pretendida asepsia de la propiedad y planteando la disputa conceptual. Utilizaremos los casos expuestos al principio para ilustrar cómo es que opera la concepción de propiedad que criticamos.

La hipótesis que manejamos en el presente trabajo plantea que el derecho de propiedad inmueble tiene fuertes implicancias en el goce de los derechos humanos y, más específicamente, en la satisfacción del acceso a la tierra y a la vivienda adecuada de los sectores populares en la Argentina. De esta forma, más allá de la falta (o no) de políticas de vivienda adecuada, la legislación del derecho de propiedad genera consecuencias en el acceso a la vivienda digna que terminan siendo, en muchas ocasiones, un obstáculo para el desarrollo de políticas públicas (Fernandes, 2003:65).

Los efectos que pueden tener la regulación, el contenido y los límites del derecho de propiedad sobre inmuebles, son muchos y en ciertas situaciones pueden propiciar la vulneración del derecho a la vivienda adecuada, especialmente de los sectores populares. No son muchos los trabajos que se acercan al análisis de la relación entre derecho de propiedad y el derecho a la vivienda adecuada, y es justamente por ello que queremos anclar nuestro trabajo en esta dimensión de análisis.

En virtud de ello y considerando que nos encontramos frente a un concepto jurídico de gran controversia, entendemos que existe la posibilidad de plantear otras formas de conceptualizar e interpretar la propiedad (lejos de la concepción tradicional liberal), a través de reformulaciones que favorezcan la resolución de ciertas problemáticas relacionadas con la vivienda y el acceso a la tierra.

El trabajo tiene una pertinencia temporal que radica en la reciente reforma del Código Civil. Sólo nos anclaremos en el análisis de los textos (CC y Nuevo CCyCN) sin realizar estudios acerca de la jurisprudencia o la política pública, por resultar éstas cuestiones que requerirían un mayor análisis que resultaría demasiado extenso para el presente trabajo.

A fin de realizar nuestra propuesta, indagaremos en el marco internacional de derechos humanos, para dar cuenta de ciertos matices diferentes que éste plantea a la regulación local del derecho de propiedad, los que pueden ser utilizados en clave de aportes a fin de ensayar una

reformulación que favorezca más a la justicia social, ambiental y distributiva. Máxime cuando el Nuevo CCyCN hace referencia explícita a dichos instrumentos internacionales como fuentes de interpretación (arts. 1º y 2º). Si bien, como veremos en el trabajo, los instrumentos y documentos internacionales de derechos humanos no contienen una definición concordante y uniforme del derecho de propiedad (en este campo también existen disputas en relación con la conceptualización del derecho de referencia), lo cierto es que, en este ámbito se han formulado más interpretaciones sobre su alcance y contenido de lo que a veces se considera.

Así, en el primer capítulo, partiremos de la presentación del marco teórico conceptual que utilizaremos a lo largo de todo el trabajo. Por un lado, en lo que refiere al desarrollo iusfilosófico de las teorías críticas del derecho: el concepto de discurso jurídico; la existencia de mitos y ficciones del derecho; el análisis funcional del derecho con la ideología, el poder y la historia; y la función paradójica del derecho y su relación con el discurso de derechos humanos. Por el otro, desarrollaremos sucintamente, ya que será abordado en el tercer capítulo, el contenido del derecho de propiedad reconocido en la esfera internacional de derechos humanos.

En el segundo capítulo, realizaremos un análisis del derecho de propiedad y de la función que éste cumple en nuestra sociedad. Frente al tradicional análisis funcional que asocia al derecho de propiedad con la circulación de bienes y con la resolución de conflictos, pretendemos oponer un análisis de las funciones de este derecho que articule con las dimensiones históricas, ideológicas y de poder, desentrañando cómo en esta sociedad, con una determinada composición social, se da una particular regulación de la propiedad. A su vez, analizaremos las características normativas del derecho de propiedad del Código Civil y las consecuencias que las mismas tienen en nuestros casos de “no propietarios” presentados al comienzo del trabajo.

El objetivo del capítulo es que, a través del análisis de la normativa (con un determinado componente ideológico, histórico y de poder), veamos cómo las concepciones presentes en la regulación facilitan el despojo, la distribución inequitativa de la tierra y la concentración. Es decir, cómo las características de la concepción actual del derecho de propiedad del Código Civil generan e implican una obstrucción para el goce de los derechos humanos entre los que se encuentran principalmente el acceso a la tierra y a la vivienda adecuada. Al final del capítulo nos preguntaremos si el derecho de propiedad sólo cumple con esta función conservadora o si, con la incorporación del marco de derechos humanos, podría cumplir otra función que resulte más acorde a los principios de justicia social.

En el tercer capítulo, presentaremos ciertos instrumentos y documentos del derecho internacional de los derechos humanos, en los que se desarrollan límites, protecciones y deberes que impone al Estado el derecho de propiedad. Analizaremos los aportes que realizan en

relación al derecho de propiedad, agrupándolos en claves para una reformulación del derecho local de propiedad. Esta presentación de la esfera internacional no tiene pretensiones de exhaustividad, tratándose de una simple aproximación acorde a los fines del presente trabajo. Finalmente, analizaremos un instituto del derecho de propiedad al que pasaremos por el tamiz del marco de derechos humanos antes visto.

Frente a la regulación y tratamiento del derecho de propiedad del Código Civil, pondremos la existencia de otros discursos jurídicos, como el del marco internacional de derechos humanos. Éste brinda herramientas para plantear una revisión, una reformulación a la regulación local, que resulte más compatible con el reconocimiento de los derechos humanos, y en especial con el derecho de acceder a la tierra y a la vivienda adecuada por parte de los sectores populares. Estos aportes y planteos deben ser utilizados por: los intelectuales que teorizan y producen sentidos jurídicos; por los abogados y defensores que pelean, codo a codo, con quienes sufren las injusticias de no tener vivienda, tierra o territorio; y los operadores judiciales, jueces principalmente, para que al momento de interpretar situaciones que conllevan conflictos de propiedad, hagan uso del todo el sistema de fuentes vigente (y no sólo al Código Civil) reformulando y transformando el derecho de propiedad de una manera acorde al marco constitucional que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos.

Al finalizar el trabajo, presentaremos cómo nuestros casos de “no propietarios” pueden transformarse en casos de “sí propietarios” con la incorporación del marco internacional de derechos humanos, el que favorece la resolución de las problemáticas de acceso a la tierra y a la vivienda de los sectores populares de una manera respetuosa de sus derechos fundamentales.

La regulación de la propiedad resulta fundamental en una sociedad democrática, en cuanto fija -en pocas palabras- gran parte de la regulación de la distribución de la riqueza de un país (los inmuebles y la tierra más propiamente dicho), lo que a su vez, resulta ser un indicador de la satisfacción de los derechos fundamentales, en base a la equidad y a la igualdad de oportunidades con que se realice dicha distribución. Entendemos que en nuestro tiempo la regulación civil del derecho de propiedad resulta un elemento clave para la distribución de bienes en la sociedad, lo que hace pública una cuestión tradicionalmente privatizada (Tedeschi, 2009).

c. Terminología utilizada (Ver Anexo)

1. Elementos conceptuales para abordar la cuestión del derecho de propiedad

En este primer capítulo presentaremos aquellos elementos conceptuales que utilizaremos para abordar la regulación del derecho de propiedad del Código Civil, desde un enfoque teórico-metodológico.

En principio presentaremos algunos conceptos nodales que introducen las teorías críticas del derecho. Resulta ser éste el posicionamiento iusfilosófico que adoptamos respecto del derecho de propiedad, y que nos servirá para efectuar críticas respecto de su función actual en nuestra sociedad.

Por otro lado, haremos mención al marco internacional de derechos humanos vigente que hace referencia al derecho de propiedad. Este marco será utilizado en los siguientes capítulos para efectuar contrastes con nuestra actual regulación, a la vez que propuestas de modificación. Para finalizar, expondremos el entendimiento que le daremos al concepto propiedad en el presente trabajo.

1.1. Las teorías críticas del derecho en un análisis del derecho de propiedad del Código Civil

1.1.a. Notas comunes a las teorías críticas

Las transformaciones sociales, culturales, económicas y políticas, a la vez que las crisis y consecuencias de la sociedad burguesa capitalista, generan repercusiones en la forma tradicional de pensar el derecho, es decir “en las teorías tradicionales del derecho que van de Ihering a Kelsen, pasando por Weber y han puesto en evidencia aquellos temas omitidos por el pensamiento jurídico” (Ruiz, 2009:10). Así es posible ubicar la aparición de la crítica jurídica como “un movimiento teórico de nuevo tipo en el campo del derecho, entre los finales de los sesenta y principios de los setenta” (Cárcova, 2009:22), que se presenta generando críticas a los grandes paradigmas teóricos vigentes, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, en sus distintas versiones respectivamente.

Las teorías críticas del derecho no se reducen a una sola y única teoría sino que “comprenden múltiples tendencias, corrientes o formulaciones críticas que surgen de matrices ideológicas y científicas distintas, y reflejan las condiciones sociopolíticas que predominan en

cada uno de sus países de origen” (Wolkmer, 2003:45). Sin embargo, comparten ciertas notas que pasaremos a explicar. Cabe aclarar que principalmente mencionaremos notas correspondientes a las corrientes críticas de América Latina.

En primer lugar, “producen una ruptura de carácter epistemológico, ya que abandonan un modelo explicativo, presente tanto en el naturalismo como en el positivismo, y lo sustituyen por un modelo dialéctico-comprensivo” (Ruiz, 2009:11).

En segundo lugar, sostienen la idea de que el derecho, en tanto ciencia, interviene en la producción de su objeto y lo construye, participando de las funciones sociales que le atribuye y fundamentando las ficciones que lo estructuran. Además para las filosofías críticas, no son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino que es ésta la que constituye a los sujetos, determinándolos a través de complejos procesos de socialización

El derecho, para las teorías críticas es entendido como un discurso social, y como tal es ideológico, en tanto dota de sentido a las conductas de los hombres, a la vez que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir las hegemonías sociales. Así, la estructura del discurso jurídico, encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza de neutral.

El discurso jurídico reconoce, para las teorías críticas, distintos niveles. El primero de ellos,

(...) está constituido por el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones, es decir, por aquellos a los que el mismo discurso autoriza a decir ciertas (...) normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias (...) Este nivel del discurso será autosuficiente en su producción y en su reproducción (...). El segundo nivel del discurso jurídico estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones, en definitiva por el producto de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por el producto de la práctica profesional de abogados, escribanos (...) y toda la amplia ristra de los instrumentadores del primer nivel del discurso (...) Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico, será de efecto prácticamente especular respecto a los anteriores. El lugar del discurso jurídico donde se almacenarán las creencias producidas por las ficciones, las imagerías de seguridad, construidas por los mitos (...) Este es el nivel del discurso jurídico donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer puntualmente el contenido de los otros dos niveles. (Entelman, 1991: 307-309)

En cuanto a la articulación entre derecho y poder, cabe señalar que, para la teoría crítica el discurso del derecho es el discurso del poder, ya que “el derecho legitima al poder en el Estado, y en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de

quienes son sus detentadores reconocidos” (Ruiz, 2009:11). Por todo esto es que, no hay pureza posible en la teoría acerca del discurso del derecho, la pregonada neutralidad resulta ser una fantasía, una ficción. La concepción de poder que toma la teoría crítica tiene una gran influencia de Foucault (Foucault, 1979), en especial en cuanto a la consideración de que el poder no es un instrumento que unos poseen y otros carecen, si no que se trata de una relación, una situación estratégica en el seno de una sociedad determinada.

Otra de las ficciones del derecho, para la teoría crítica, es la apariencia de autosuficiente y autoregulado en su producción. Así, el derecho crea la impresión de que su origen y su organización sólo requieren de la razón para ser aprehendidos y que su modo de creación y aplicación depende exclusivamente de su forma. De esta manera, las teorías tradicionales que enfatizan en los aspectos formales, identifican al derecho con la ley, con la norma.

Frente a este concepto reduccionista, que presenta al derecho como pura norma, los críticos oponen una concepción que caracteriza al derecho como una práctica social discursiva y específica (porque produce sentidos propios y diferentes a los demás discursos) que expresa históricamente, los conflictos y tensiones de los grupos sociales y de los individuos que actúan en una formación social determinada.

1.1.b. El análisis de las funciones del derecho desde la teoría crítica

Habiendo realizado una muy breve introducción de las teorías críticas, a continuación presentaremos aquellos elementos conceptuales que desde esta corriente iusfilosófica resultan relevantes para realizar un análisis de las funciones del derecho, y específicamente del derecho de propiedad inmueble.

En esta línea comenzaremos diciendo que, aquellas teorías que sólo consideran al derecho como un conjunto de normas se encontrarán justificadas a no considerar los componentes históricos para realizar un análisis funcional. Sin embargo para las teorías críticas, la variable histórica concierne a la propia definición del fenómeno, por lo que en esta perspectiva las funciones del derecho sólo pueden identificarse acertadamente, en la medida en que se especifique la formación social de que se trate. Ello supone a la vez, “recusar la utilidad de identificar notas generales y abstractas referidas a las funciones que el derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura” (Cárcova, 1991:213). De esta manera la teoría crítica incorpora al análisis de las funciones del derecho, el componente histórico.

En efecto, pretender que la función del derecho resulte inalterable, más allá del tiempo y el espacio, coincide con el afán de perennidad que conlleva el derecho positivo. Este afán

resulta de un entendimiento que no contempla el desajuste de la ley escrita por el transcurso del tiempo. En este sentido, Novoa Monreal (1986), perteneciente al pensamiento jurídico crítico de Chile⁵, dice que:

El estancamiento del Derecho no es una nota intrínseca a este. Más bien se liga con la forma en que se manifiesta históricamente el Derecho positivo en los países de legislación escrita. El legislador impone sus preceptos a futuro, para que ellos sean cumplidos de modo permanente. Señala en ellos supuestos y consecuencias normativas generalmente muy detalladas. Todo esto tiene explicaciones históricas, ideológicas y teleológicas. (p. 33)

Si la vida social fuese inmutable, nada habría que objetar. Sin embargo, toda sociedad cambia y con ello la disociación entra la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio. La “brecha entre el Derecho y la realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente, debido a la rigidez de aquel, lo que resulta totalmente opuesto a la movilidad cada vez mayor de la sociedad” (Novoa Monreal, 1986:37).

Además de incorporar la dimensión histórica para realizar un análisis funcional del derecho, la teoría crítica también introduce la dimensión ideológica y de poder, que antes mencionábamos.

En cuanto a la dimensión de poder, “a través del discurso del derecho, se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituyen a los sujetos, se consagra, se sacraliza y se reconduce el poder” (Cárcova, 1991:216). Un ejemplo de esto, es la función que el derecho despliega en cuanto a la distribución de los bienes. Cárcova (1991), citando a Raz, dice que:

Cuando una disposición de reforma agraria es creada o cuando se vuelve obligatorio el reparto de utilidades de las empresas entre los trabajadores o cuando una disposición jurídica prescribe una forma obligatoria de distribuir la propiedad inmueble de las personas fallecidas, claramente, provee a la redistribución de bienes. (p. 216)

Así, todo proceso de redistribución de bienes tiene un fundamento político, importa acuerdos o concesiones o implica el triunfo de algún criterio reivindicativo, es decir que resulta ser el reflejo de ciertas situaciones de poder.

En cuanto al elemento ideológico, para la teoría crítica, el derecho,

(...) es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, que es también comportamientos, símbolos, conocimientos (...) Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras. Esta

⁵ Eduardo Novoa Monreal fue profesor de teoría general del derecho y de derecho penal en la Universidad de Chile, presidente del Instituto de Ciencias Penales Chilenas y asesor jurídico del gobierno de Salvador Allende entre 1970 y 1973.

compleja operación social que premia o castiga, otorga personería y deslinda lo lícito de lo ilícito, dista de ser neutral (...) Es un discurso ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de las hegemonías sociales. (Cárcova, 1991:214)

Esta función que despliega el derecho, en cuanto a ocultar el sentido, reproducir mecanismos y consagrar situaciones de poder, lo veremos -en el capítulo siguiente- de manera patente en el derecho de propiedad.

En efecto, a pesar del rol fundamental que despliega (y desplegó) el derecho de propiedad, muchos juristas tradicionales intentan ocultar, y adjudicarle el carácter de neutral, tanto a la forma en la que está regulado como a los problemas que éste puede llegar a presentar. Pero como recién hemos señalado, el discurso del derecho nada tiene de neutral, sino que se dice lo que se dice, para ocultar lo que se quiere ocultar. El mito de la neutralidad oculta la funcionalidad que un determinado régimen de propiedad cumple para una determinada organización del poder, “las ficciones y los mitos del discurso jurídico no están sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social” (Cárcova, 2009:31).

1.1.c. La función paradójica y el discurso de los derechos humanos

Para finalizar este breve pantallazo respecto de la teoría crítica, veremos que para esta teoría el discurso jurídico tiene una “función paradójica”, ya que al tiempo que legitima las relaciones de poder, también sirve para su transformación. Esta paradoja se explica justamente incorporando al análisis funcional la ideología y el poder. Como mencionábamos recién, el derecho es ideológico en tanto oculta el sentido de las relaciones estructurales, y cumple así, un rol formalizador y reproductor. Sin embargo, esa no es la única función que cumple, ya que como discurso ideológico elude pero también alude, y ello le da la posibilidad de desplegar también un rol en la remoción y transformación. En efecto, al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo el espacio para la confrontación, “cuando promete igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad” (Cárcova, 2009: 34).

Por otro lado, la teoría crítica, entiende -como ya hemos referido- al poder en los términos teóricos de Foucault es decir, como una relación, como una situación estratégica,

(...) donde hay poder, hay resistencia y no hay poder sin dominador, pero tampoco poder sin dominado y esta relación es cambiante, dialéctica, histórica. El papel del derecho depende de la correlación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, y por lo tanto, de cambio social. (Cárcova, 2009:35)

El discurso de los derechos humanos, puede proporcionar un ejemplo de la función paradójica del derecho.

Los derechos humanos están en clave de derechos subjetivos. El derecho subjetivo es una estrategia lingüística que ha sido utilizada en un tiempo histórico determinado (que podemos situar como finales de la Edad Media en el mundo europeo) para ejercer el poder por parte de la burguesía capitalista, clase social que comenzaba a emerger. Como afirma Kelsen (1969, citado en Correas, 2007) sólo el derecho de la sociedad capitalista está escrito en clave de derechos subjetivos. Así, juristas y filósofos “se ocuparon de organizar el mito de la naturaleza humana y sus derechos inalienables” (Correas, 2007:30), lo que finalizó con la burguesía alzándose en el poder, y llevando su código por toda Europa y de allí a América Latina. Así, “la estrategia lingüística que imponía los intereses de la clase burguesa se expandían bajo la simpática forma de los derechos del hombre” (Correas, 2007:30).

En efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos, resultan elocuentes de dicha estrategia lingüística. Se acepta el mito de la naturaleza humana, la idea de la anterioridad de los derechos respecto del “derecho” o norma, y la solidaridad entre la ideología de la soberanía y la propiedad privada. El objetivo es claro, “la defensa de los intereses de la nueva clase dominante. El medio, una estrategia lingüística preparada por largo tiempo en la pluma de los juristas” (Correas, 2007:31).

Ahora bien, los derechos humanos en retórica de derechos subjetivos, también tienen una función paradójica, como antes afirmábamos.

La burguesía no puede constituirse como clase si al mismo tiempo no crea la clase obrera. O sea, una clase que tiene intereses contradictorios: mientras más libertad y propiedad tenga la burguesía, menos tendrá el proletariado de lo mismo. La contradicción es insalvable (...) Pero la clase obrera existe precisamente en el espacio político creado por la clase dominante. Y este espacio, es decir, el estado moderno, se caracteriza por el discurso de los derechos, que llama “humanos”, cuando en realidad son solamente burgueses. A los derechos del hombre burgués les falta mucho para ser humanos, es decir, universales. Les falta nada menos que los derechos de la mayoría de los hombres. Y poco tardó la clase obrera en apoderarse del discurso de los derechos humanos. Así como los enunciaba la burguesía, sospechosamente no aparecían los derechos de todos a formar parte de los instrumentos políticos, como el gobierno y el parlamento (...) Enseguida, la aspiración a no ser explotados: derecho a una jornada de trabajo “humana” (...) Todas éstas, aspiraciones proletarias que la burguesía ni había soñado fueran para otros. Las aspiraciones de la clase obrera, éstas sí que *universales*, se convirtieron en derechos humanos por la simple razón de que los derechos son la forma discursiva de nuestra existencia en la sociedad burguesa. (Correas, 2007:32)

Esta historicidad de los derechos humanos es la que nos da cuenta de cómo estos derechos estuvieron por mucho tiempo al servicio de la burguesía, pero que también estuvieron y pueden estarlo, de manera subversiva y transformadora, en manos de la clase obrera, de los explotados del sistema económico, de los sectores populares.

De la misma manera, las declaraciones de derechos y garantías consagradas luego de la segunda guerra mundial, pudieron ser miradas en dicho tiempo con cierto escepticismo, como declaraciones que prometían lo que precisamente no otorgaban.

Como expresa Santos, los derechos humanos hasta mucho después de la segunda guerra mundial, y especialmente durante la guerra fría, han estado al servicio de intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos, permitiendo inauditas atrocidades. Sin embargo, con la crisis del socialismo, es como si dichas fuerzas se volcaran hacia los derechos humanos, para reconstruir el lenguaje emancipatorio, llenando el vacío dejado por la política socialista (Santos, Boaventura de S.: 1997). En nuestro país, se ve claro cómo el discurso de los derechos humanos, ha servido de mecanismo de defensa y resistencia social, en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia. Así, “en momentos de graves crisis, en que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia y de resistencia a la opresión” (Cárcova, 2009:35).

En nuestro caso, el discurso de los derechos humanos, debe ser utilizado para plantear contrastes y transformaciones frente al derecho de propiedad del Código Civil privatista y excluyente, como veremos en el próximo capítulo. Ello por cuanto, la función paradójica le permite al discurso jurídico resolver los contrastes y de esta forma entender cómo el mismo derecho (el derecho de propiedad en nuestro caso) que genera situaciones de desigualdad en el acceso a los bienes, puede a su vez, aportar a la justicia social y distributiva.

1.2. El marco internacional de derechos humanos

1.2.a. El derecho de propiedad en el sistema universal y en el sistema interamericano

En el presente punto, presentaremos resumida y preliminarmente, ya que luego será ampliado en el tercer capítulo, el desarrollo del derecho de propiedad en el marco internacional de derechos humanos, el que incluye tanto su protección jurídica como sus límites y restricciones.

Cuando hablamos del derecho de propiedad en la esfera internacional hay que señalar que en este ámbito, tampoco resulta ser un concepto pacífico sino que se encuentra en gran

disputa. En efecto, la definición de este derecho -en el sistema universal- tuvo que ser lo suficientemente amplia, como para adaptarse a distintos sistemas económicos. Esto se debe principalmente a que la regulación de la propiedad fija, esencialmente, el tipo de sistema económico vigente.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que entre los distintos instrumentos podemos encontrar un piso en común respecto del contenido del derecho de propiedad, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, art. 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, art. 21); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH, art. XXIII). A su vez, también se realizan aproximaciones a la propiedad en otros instrumentos como, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 12); el Convenio OIT 169 para pueblos indígenas y tribales y el derecho de propiedad comunal; la Declaración de Principios aprobada en la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural de 1979 y 2006; la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969; Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (AG 41/128, 1986); la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (especialmente art. 14 y 16 h.); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento del derecho a la tierra (especialmente arts. 25 a 30) (2007). Finalmente, también es dable tener en cuenta ciertos documentos en los cuales se interpreta el derecho de propiedad como, el Informe del Experto independiente sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva (1994), y más indirectamente las Observaciones Generales N° 4 y 7 del Comité DESC de la ONU; los Informes de los Relatores Especiales sobre vivienda adecuada⁶; los Principios “Pinheiro” sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas de la ONU (2005). A continuación haremos algunas referencias generales al tratamiento del derecho de propiedad en este marco internacional.

En el sistema universal, si bien no se avanzó mucho en la profundización del derecho de propiedad, e incluso no fue incluido dentro de ninguno de los pactos vinculantes⁷ (PIDCP y

⁶ Para el caso de Argentina, es importante señalar el último Informe realizado en base a la Misión a la Argentina de la Relatora Especial sobre vivienda adecuada de fecha 13 al 21 de Abril de 2011. El Informe final es de fecha 21 de diciembre de 2011 (A/HRC/19/53/add.1). También es de destacar el reciente Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik (A/HRC/25/54, publicado el 30/12/13), que se centra principalmente en abordar la cuestión de la actual crisis provocada por la inseguridad de la tenencia.

⁷ Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas disfrutaba de amplio respaldo internacional, hubo una división entre los estados-nación del mundo con respecto al Pacto para implementar la Declaración. Muchas naciones desarrolladas, lideradas por Estados Unidos, pretendían un documento de “derechos negativos”, análogo a la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, que garantizara los derechos sin interferencia alguna del gobierno. Por su parte, los estados en vías de desarrollo estaban más interesados en los derechos sociales positivos que requieren que el gobierno

PIDESC), lo cierto es que la DUDH en su art. 17⁸ realizó cambios fundamentales en el entendimiento de este derecho en relación con la Declaración Francesa de 1789.

La primera diferencia en cuanto a la tradicional conceptualización de la propiedad es, la utilización de la preposición “a” en lugar de la preposición “de”. La utilización de las respectivas preposiciones marca una diferencia en la forma de protección del derecho. La Declaración de 1789 trataba de brindar garantías para aquellos que ya resultaban ser poseedores, y de ahí que garantizaba el derecho de propiedad⁹, al igual que la enmienda V de 1791 de la Constitución de los Estados Unidos¹⁰.

Mientras tanto la DUDH tiende a asegurar “a” todas las personas el acceso al uso y aprovechamiento de los bienes del mundo, apoyándolos en su derecho de contar con un patrimonio propio. Así, “no aprueba un sistema de distribución de riqueza ya existente, sino que pareciera propiciar un cambio en la forma de distribución en la cual todos tengan la posibilidad de participar del goce de bienes” (Novoa Monreal, 1987:100).

Otro punto importante de la DUDH es que no sólo reconoce la propiedad individual sino también la propiedad colectiva, dejando de lado el régimen jurídico liberal-individualista y de propiedad privada, como única forma concebible de propiedad. Asimismo, cabe señalar que la DUDH sólo exige que la privación de la propiedad no resulte “arbitraria”, sin acudir a la expropiación clásica.

En el año 1990, se pensó en seguir avanzando a nivel universal en el desarrollo del contenido del derecho, y de esta manera surge el Informe del Experto independiente sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva (1994) (en adelante Informe Experto Propiedad, 1994), el que resultó a través de un pedido realizado por la AG de las Naciones Unidas (resolución 45/98 de 14 de diciembre de 1990) a la Comisión de Derechos

activamente provea a sus ciudadanos de determinados derechos o bienes. Finalmente surgieron dos documentos de derechos humanos distintos. De hecho, en un esfuerzo por asegurarse un respaldo amplio, la ONU específicamente eludió, en ambos pactos globales, el controvertido tema de la propiedad (Anckersen y Ruppert, 2006:108-109) (traducción libre).

⁸ DUDH, art. 17: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789: “Los representantes del pueblo [...] considerando que el [...] desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos, [...] han resuelto exponer [...] los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre [...] los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos [...] esos derechos son, la libertad la propiedad, la seguridad y las resistencia a la opresión [...] el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación [...] la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija claramente y con la condición de una indemnización justa y previa”.

¹⁰ Enmienda V de 1791 de la Constitución de los Estados Unidos: “No se violará el derecho del pueblo a [...] sus [...] pertenencias (enmienda IV) ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad”.

Humanos, para que “al abordar la cuestión de la realización en todos los países de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, examinara la manera y la medida en que el respeto a la propiedad individual y colectiva contribuía a desarrollar la libertad y la iniciativa de la persona, como medio de fomentar, fortalecer y realizar el ejercicio de otros derechos humanos y libertades fundamentales”.

En términos generales, el informe, resulta ser un documento de relevancia por la extensión de su análisis y por las fuentes utilizadas, las que fueron proporcionadas por la mayoría de los Estados Partes. Si bien el Informe de referencia tiene buenas conclusiones, lo cierto es que no generó un espacio (tampoco parece haber sido la intención) para que se elaborara algún instrumento que diera mayor contenido al derecho “de” y “a” la propiedad. Además, dado el momento histórico en el cual fue realizado, tiene una fuerte mirada neoliberal la cual es afirmada en las numerosas referencias que se realizan respecto de las insuficiencias de las repúblicas socialistas soviéticas y en cómo éstas estaban positivamente mutando hacia el sistema liberal y capitalista de mercado, a la vez que en el apoyo de la privatización de servicios públicos (véase Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 210) y de la iniciativa individual (véase Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 177).

En los últimos años, el Consejo de Derechos Humanos encomendó la realización de un estudio sobre la promoción de los derechos de los campesinos (A/HRC/19/75, 2012) (en adelante Estudio campesinos). Dicho informe que contó con la participación de organizaciones campesinas¹¹, incluyó un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de otras Personas que trabajan en las zonas rurales¹², el que resulta de relevancia para la regulación de la propiedad, ya que reconoce el derecho a la tierra y al territorio expresando que los campesinos tienen “derecho a poseer tierras, a título individual o colectivo, para su vivienda y sus cultivos” (art. 4). Reconoce, también, la función social y los límites que ésta impone a la propiedad: “Los campesinos tienen derecho a beneficiarse de la reforma agraria. No se deben permitir los latifundios. La tierra debe cumplir con su función social. Se deben aplicar límites de propiedad en la tenencia de la tierra cuando sea necesario con el fin de asegurar un acceso equitativo a las tierras” (art. 4).

Luego del Estudio campesinos, el Consejo de Derechos Humanos decidió dar inicio a un proceso de discusión de un nuevo instrumento jurídico para los derechos de los campesinos a

¹¹ Especialmente de Vía Campesina. Véase: <http://viacampesina.net/downloads/PDF/SP-3.pdf>
<http://viacampesina.org/es/index.php/temas-principales-mainmenu-27/derechos-humanos-mainmenu-40/1804-se-celebra-en-la-onu-el-primer-grupo-intergubernamental-de-trabajo-sobre-los-derechos-de-campesinas-y-campesinos>

¹² A/HRC/WG.15/1/2, 20 de junio de 2013, versión en español.

través de un grupo de trabajo intergubernamental (A/HRC/WG.15/1/2, 2013), sobre la base del Proyecto de Declaración. En la actualidad se han realizado las primeras reuniones de este grupo del que han participado organizaciones campesinas¹³.

También es de destacar, a nivel universal, las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional¹⁴ (FAO) adoptadas por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial en mayo de 2012, las que constituyen el primer instrumento internacional que aborda la cuestión de la tierra y los bosques desde el punto de vista de los derechos humanos de los grupos rurales no indígenas con el objetivo de lograr la seguridad alimentaria. Así, entre sus principios generales se encuentran los de: dar reconocimiento y respetar a todos los titulares legítimos y sus derechos de tenencia y adoptar medidas razonables para identificar, registrar y respetar a los titulares y sus derechos (3.1.1.); promover y facilitar el goce de los derechos legítimos de tenencia (3.1.2); prevenir las disputas relacionadas con la tenencia de la tierra, los conflictos violentos y la corrupción (3.1.5), entre otros.

A nivel regional, la CADH (de 1969 y ratificada por Argentina en 1984), recepta el derecho de propiedad en su art. 21¹⁵, reconociendo de manera implícita la función social de la propiedad¹⁶ (“la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”), y prohibiendo la “explotación del hombre por el hombre”.

El art. 21 presenta algunas diferencias en relación con el art. 17 de la DUDH, comenzando por no reconocer expresamente la propiedad colectiva. Además el art. 21 exige el pago de una “indemnización justa” en caso de privación de la propiedad. Sin embargo, cabe destacar que el sistema regional ha avanzado jurisprudencialmente en relación con el contenido del derecho de propiedad, principalmente en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas en relación al territorio y a los recursos naturales. En efecto, nos encontramos con varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los que serán

¹³ La primera sesión tuvo lugar del 15 al 19 de julio de 2013. La segunda sesión tuvo lugar del 2 al 6 de febrero de 2015. La tercera sesión tendrá lugar del 9 al 13 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RuralAreas/Pages/2ndSession.aspx> y en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Meetings.aspx>

¹⁴ Véase en: <http://www.fao.org/docrep/016/i2801s/i2801s.pdf>

¹⁵ CADH, art. 21: “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. 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. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

¹⁶ La posibilidad de “subordinar el uso y goce de los bienes al interés social” resulta asimilable a las facultades que otorgaría la función social de la propiedad. Además, como veremos en el punto 3.2.a.2., la propia Corte IDH ha reconocido la función social de la propiedad (Caso Chiriboga, 2008).

analizados en el tercer capítulo, por brindar precisiones en torno al desarrollo del contenido, los límites, la protección y los deberes específicos que impone la propiedad.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) en su art. XXIII¹⁷ brinda un importante aporte en cuanto establece que la propiedad privada que se reconoce es aquella “correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”, es decir que, la protección que le dan los derechos humanos a la propiedad consiste en la protección de aquellos bienes que se vinculan con elementos necesarios para la vida digna.

Por último cabe resaltar que, los tres instrumentos internacionales que acabamos de mencionar tienen rango constitucional y están expresamente mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN). Así, por la forma en la que han sido incorporados a la constitución, forman parte de los principios de la propia constitución resultando obligatorios para todo el orden jurídico interno.

La presentación que realizamos en este primer capítulo respecto del derecho de propiedad en el ámbito internacional será luego desarrollada en el tercer capítulo.

1.2.b. Tipos de reconocimiento de la propiedad en los instrumentos de derechos humanos, ¿derecho humano o derecho patrimonial?

Haciendo una integración del marco internacional expuesto, nos encontramos con diversos reconocimientos de la propiedad en cuanto derecho humano.

En primer lugar, existe el reconocimiento como derecho de acceder “a” la propiedad (DUDH, art. 17), que por ejemplo y en términos de la DADH (art. XXIII), podría ser el derecho de acceder a aquellos bienes esenciales para la vida digna.

En segundo lugar, existe el reconocimiento del derecho “de” propiedad. Es decir, la protección jurídica de aquellos bienes que ya se encuentran en posesión de las personas (como el derecho “al uso y goce de sus bienes” en términos del art. 21 de la CADH) y respecto de los cuales “no pueden ser privados arbitrariamente” (DUDH -art 17- y CADH -art 21, pto. 2-).

Ahora bien, a partir de este doble reconocimiento de la propiedad como derecho humano, se nos abren varios interrogantes.

¹⁷ DADH, art. XXIII: “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”.

Primero, ¿cuál es el contenido de esa propiedad a la que todos tenemos derecho a acceder. La DADH da sólo una aproximación a nivel regional. En este sentido, ¿cuáles son las necesidades que debe satisfacer? Este derecho de acceder a la propiedad, ¿varía en base a los bienes de que se trate y a los sujetos o grupos? Segundo, ¿todos los bienes tienen la misma protección? ¿Cualquier bien puede ser privado o limitado, si ello cumpliera con los términos de garantía que dan estos instrumentos internacionales? O es que ¿existen ciertas situaciones en las cuales los derechos de propiedad, especialmente la propiedad inmueble, pueden y deben ser limitados “de manera razonable y no arbitraria” para no obstaculizar el goce de otros derechos humanos? Y a la vez, ¿será que existen ciertos bienes que no pueden ser privados o limitados por la repercusión que ellos tienen para el respeto de los derechos humanos más fundamentales? Todo ello nos lleva también a preguntarnos si todos los bienes, objeto de la propiedad, son iguales y si todos merecen la misma protección, sin importar la función que cumplen para quienes los poseen.

Podemos observar a través de estas preguntas, que existen ciertas imprecisiones alrededor del concepto de “propiedad” y su consagración en cuanto derecho humano.

En efecto, Ferrajoli (2001) sostiene que hubo una confusión en el sentido que se le dio a la “propiedad” como derecho fundamental, la que comparte la categoría de derecho fundamental, con la vida y la libertad. Dicha confusión surge de la mezcla de estar en una misma categoría figuras entre sí heterogéneas como el derecho de libertad de un lado y el derecho de propiedad del otro. Según Ferrajoli, en su base hay un equívoco que se debe al carácter polisémico de la noción de “derecho de propiedad” con el que se entiende, tanto en Locke como en Marshall, al mismo tiempo el derecho a ser propietario y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Sin embargo, estas dos figuras “propiedad” y “libertad”, o más en general “derechos patrimoniales” y “derechos fundamentales”, guardan diferencias entre sí, entre las cuales las más importantes consisten en el carácter indisponible, inalienable, personalísimo que tienen los derechos fundamentales, características de las cuales carecen los derechos patrimoniales por ser por naturaleza disponibles y negociables. Para Ferrajoli (2001) el derecho de acceder a la propiedad, en tanto es ejercicio del derecho de libertad, resulta ser un derecho fundamental. Sin embargo, el derecho de propiedad, en tanto resulta ser un derecho patrimonial, no tiene categoría de derecho humano.

Nuestra postura difiere en un sentido de la de Ferrajoli. Coincidimos con el jurista italiano que la noción propiedad tiene un carácter polisémico que genera confusiones (el derecho “a” la propiedad y el derecho “de” propiedad). Ahora bien, para analizar si la propiedad merece el reconocimiento en cuanto derecho humano, resulta preciso incorporar al sujeto y al valor o función que determinado bien cumple para ese sujeto o grupo. La

consagración de la propiedad como derecho fundamental depende más de la característica polivalente o polifuncional que tiene la misma (es decir la función o valor que determinado tipo de bien cumple para un determinado sujeto con el que se encuentra vinculado en una relación de propiedad) que de su característica polisémica (“de” propiedad o “a” la propiedad).

Existen distintos sujetos o grupos que se relacionan con distintos tipos de bienes, generando que la propiedad cumpla múltiples funciones y valores. Sólo para ejemplificar podríamos decir que, no es lo mismo una propiedad inmueble que se encuentra en un lugar de veraneo y que cumple una función de esparcimiento o recreación, que una propiedad que cumple la función de única vivienda para una familia. Así, la noción de propiedad tiene una multiplicidad de funciones y valoraciones¹⁸.

De esta manera, a fin de concluir si la propiedad resulta ser o no un derecho humano, resulta fundamental precisar en el carácter polivalente o polifuncional tanto del derecho “de” como del derecho “a” la propiedad.

En efecto, el derecho “de” propiedad debe gozar de protección jurídica en cuanto derecho humano, cuando se relaciona con la protección de los elementos necesarios para una vida digna, como puede ser la vivienda, la salud, el medio ambiente, entre otros. En este sentido el derecho de propiedad tiene una dimensión en cuanto derecho fundamental por la función que cumple.

Ahora bien, cuando la propiedad no se relaciona con la función de la satisfacción de bienes necesarios para la vida digna, el derecho “de” propiedad de que se trate, puede (y en muchos casos debe) ser limitado o restringido, teniendo en miras el interés público o social y por sobre todo la prevalencia de los derechos humanos. Desde nuestra postura, el derecho sobre estos bienes es efectivamente un derecho patrimonial en los términos de Ferrajoli, y no debería tener una protección en cuanto derecho humano.

¹⁸ Los significados de las palabras nunca son neutros, ya que siempre implican una clasificación del mundo y una forma de conocerlo. Clasificar implica separar, dividir, establecer jerarquías, órdenes y, con ello, valoraciones. Por lo tanto, responden siempre a determinados intereses sociales. El signo lingüístico siempre es, entonces, ideológico. En toda comunidad lingüística se desarrollan, sostienen y transmiten discursos dominantes que establecen "un eje de referencias y valora(n) la representación de esas referencias -o, si se prefiere, constituye(n) un eje de referencias valoradas" (Raiter, A. & Zullo, 2012: 26). Estos discursos dominantes, que recibimos desde nuestro nacimiento y vamos forjando a lo largo de nuestra vida, nos delimitan las representaciones sociales de nuestra comunidad acerca de la propiedad, la política, la masculinidad, la feminidad, etc. A su vez, estos discursos están en constante tensión y combate con otros discursos o representaciones acerca de los mismos elementos. En este sentido, Voloshinov (2009:47) define al signo como "la arena de la lucha de clases"; dentro de cada palabra se define una lucha continua de representaciones y valoraciones sociales que pugnan por imponerse. Siguiendo esta representación del lenguaje, en adelante utilizaremos el concepto "polivalente" para referirnos a la multiplicidad de valoraciones sociales que están en pugna dentro del concepto "propiedad".

Lo mismo sucede con el derecho “a” la propiedad. Éste tiene reconocimiento como derecho fundamental cuando se trata de proteger el acceso a los bienes fundamentales para la vida digna (acceder a la única vivienda familiar, acceder a la tierra para las actividades agrícolas campesinas, acceder a los alimentos necesarios, etc.). Sin embargo, si se refiere al acceso a la propiedad respecto de bienes que no resultan fundamentales (acceder a grandes lotes de tierras para especulación inmobiliaria) ese ejercicio del derecho de acceder a la propiedad no debiera tener carácter de derecho fundamental, conservando sí su protección como derecho patrimonial.

Este entendimiento que acabamos de presentar respecto del derecho de propiedad y su reconocimiento en cuanto derecho fundamental, teniendo en cuenta la función o valor que el bien tiene para un grupo o sujeto (polivalencia y polifunción), no resulta mayoritario en el marco internacional. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce en la mayoría de sus fallos que todos los bienes tienen la protección del art. 21 de la CADH, sin importar la función o valor que cumplen¹⁹. Sin embargo, otra corriente jurisprudencial de ese mismo Tribunal, realiza una diferenciación respecto de la protección de la propiedad en base a la finalidad que la propiedad cumple para un grupo determinado²⁰.

1.3. Los diversos usos del concepto propiedad

Habiéndonos ya aproximado al reconocimiento de la propiedad en el marco internacional de derechos humanos, resulta necesario realizar algunas aclaraciones respecto de las muchas formas existentes de llamar a la propiedad o al derecho de propiedad, y explicitar cual será nuestro entendimiento.

En primer lugar diremos que la propiedad no alude a un único concepto en los distintos instrumentos y regulaciones en las que se encuentra tanto local como internacional. Nos encontramos con una noción de la propiedad, entendida como bien o como cosa²¹, la que puede ser material²² (inmueble o mueble), pero que también podría ser inmaterial²³ (propiedad intelectual o intereses).

¹⁹ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein (2001), párr. 122 y Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 103, entre otros.

²⁰ Corte IDH, Caso Masacres de Ituango (2006), párr. 182 y Caso Masacres de El Mozote (2012), párr. 180. Ello será profundizado en el punto 3.1.a.2.

²¹ El CC define a las cosas en su art. 2.311, como aquellos objetos materiales susceptibles de tener un valor. En el Nuevo CCyCN nos encontramos con la definición de bienes en el Título III, arts. 225 y ss.

²² CC, art. 2.313: “Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo”.

Definición de Inmuebles en el Nuevo CCyCN, art. 225: “Inmuebles por su naturaleza. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el

En otras ocasiones nos encontramos con que propiedad se utiliza para referirse al derecho sobre una cosa o bien, ya sea que se tiene (el derecho “de” propiedad), o bien, que se tiene el derecho de ejercer y acceder (el derecho “a” la propiedad). En el sistema interamericano es llamado como el derecho de “usar y gozar de los bienes”.

El derecho “de” propiedad es asimilado en nuestro Código Civil con el dominio²⁴, ya que dicho texto legal no hace mención al derecho de propiedad²⁵. Por su parte, el derecho “a” la propiedad, resulta ser el derecho que tienen todas las personas de acceder a los bienes, puesto que los bienes son indispensables para la vida humana. En este sentido es que la DADH vincula al derecho a la propiedad con las necesidades esenciales de una vida decorosa.

Finalmente, el derecho sobre una cosa o bien, presenta a su vez una tipología definida en base a quienes son sus titulares, y así nos encontramos con la propiedad privada e individual, colectiva, cooperativa, estatal, etc.

suelo sin el hecho del hombre.” Art. 226 “Inmuebles por accesión. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”.

Definición de muebles en el Nuevo CCyCN, art. 227: “Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.”

²³ CC, art. 2312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman “bienes”.

²⁴ CC, art. 2506: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Nuevo CCyCN, art. 1941: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Los derechos reales, son todos aquellos derechos que se ejercen sobre un objeto “en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia” (Nuevo CCyCN, art. 1882), como pueden ser: el dominio, el condominio, el usufructo, la hipoteca, etc.

²⁵ Vélez Sarsfield, autor del CC, ha utilizado en el mismo sentido los conceptos de dominio y propiedad (ver SALVAT, 1962:23). Sin embargo, la CSJN le dio un sentido al vocablo propiedad que tiene una mayor extensión que el termino dominio el cual solo reserva para el derecho real así denominado (véase “Bourdie c/ Municipalidad de Capital s/ devolución de impuestos, 16/12/1925, Fallo 145-307).

Podríamos sintetizar todo lo expuesto en el siguiente cuadro:

PROPIEDAD	A. Entendida como BIEN o como COSA	MATERIAL	MUEBLES		
			INMUEBLES		
	INMATERIAL				
	B. Entendida como el DERECHO sobre una cosa (ya sea que se tiene o que se tiene derecho a acceder)	DERECHO DE PROPIEDAD	DOMINIO (Mueble o Inmueble)	DERECHO A USAR Y GOZAR DE LOS BIENES	PRIVADA E INDIVIDUAL COLECTIVA COOPERATIVA ESTATAL
DERECHO A LA PROPIEDAD					

Ahora bien, toda esta situación que se presenta alrededor de la palabra “propiedad” no resulta casual o neutral, y ello lo podemos entender a partir de los conceptos que presentamos de las teorías críticas y especialmente respecto del análisis del discurso jurídico, el que intenta adjudicarle un carácter neutral tanto a la forma en la que el derecho está regulado, como a los problemas que éste presenta.

A los fines de este trabajo entenderemos como “propiedad” de manera indistinta a todo aquello que se engloba en el punto B del cuadro anterior. Ello por cuanto, nuestra propuesta, es contribuir a una conceptualización del derecho, que sirva tanto para el derecho “de” y “a” la propiedad, en base al aporte que los instrumentos o documentos de derechos humanos han hecho alrededor de este derecho. De esta manera cada vez que digamos “propiedad” nos estaremos refiriendo indistintamente al derecho “de” y “a” la propiedad.

Sin embargo, cabe aclarar, que el trabajo realizará una revisión crítica circunscripta al derecho de propiedad (o dominio) privada e inmueble del Código Civil.

Para finalizar queremos resaltar que, lo que nos interesa es desarrollar el contenido y alcance del derecho “de” o “a” la propiedad, más allá de establecer las diferencias entre ambos. Es decir, cuáles son los bienes objeto de esa relación a los que se tiene derecho a acceder, cuáles los sujetos de las relaciones de propiedad, cuáles son las circunstancias y cuál es la función que los bienes cumplen para los sujetos o grupos, sea que estemos hablando del derecho “de” o “a” la propiedad. Entendemos, como luego desarrollaremos, que se deben tener en cuenta todos estos elementos para establecer su contenido, su protección, sus límites, y precisar en qué medida, el derecho de propiedad goza del reconocimiento en cuanto derecho humano.

2. El derecho de propiedad inmueble del Código Civil desde una revisión crítica

Los conceptos de teoría crítica expuestos en el anterior capítulo, nos servirán para realizar en el presente capítulo un análisis del derecho de propiedad del Código Civil y de la función que éste cumple en nuestra sociedad.

El objetivo del presente apartado es que a través del análisis de la normativa, la que tiene un determinado componente ideológico, histórico y de poder, veamos cómo las concepciones presentes en la misma facilitan la falta de acceso a la tierra (e incluso el despojo de la misma para ciertos grupos) y la concentración de los bienes inmuebles (para otros grupos), generando así, una obstrucción para el goce del derecho a la tierra y a la vivienda adecuada, tal como vimos en nuestros casos de “no propietarios”. Ahora bien, dado que sostenemos como hipótesis que el derecho de propiedad es un concepto en disputa, analizaremos si esta regulación sólo cumple una función conservadora (falta de acceso, concentración, etc.) o si, con la incorporación del marco de derechos humanos, puede llegar a cumplir una función que aporte a la justicia socioambiental y distributiva.

2.1. Aproximación crítica a la concepción de propiedad del derecho tradicional

Como ya hemos explicitado, el derecho de propiedad es presentado por los juristas tradicionales argentinos, casi exclusivamente, a partir de las definiciones del Código Civil²⁶. Los juristas del derecho privado se asignaron a sí mismos el encargo de pautar y administrar el concepto de propiedad, reduciéndolo a lo que el Código Civil “dice” que el derecho de propiedad es, restringiéndolo a una perspectiva privatista y excluyente (Novoa Monreal, 1987:70) que plantea como objetivo, el de regular las relaciones de las personas con los bienes en la sociedad de una manera neutra y sin discriminación, por cuanto a todos se aplican las mismas reglas para acceder a los bienes.

El cambio de una perspectiva al respecto se ve dificultado por cuanto el contenido de los cursos de derecho civil se limita a discusiones formales sobre el mismo Código Civil. Formados en esta tradición no ven –o no entienden– mucho más allá de los intereses individuales de los propietarios (Fernandes, 2003:66).

²⁶ Véase: Mariani de Vidal M. (1993:255 y ss.), Areán B. (2003:236 y ss.), Borda G. (2001:131 y ss.).

Por otra parte, el concepto de derecho de propiedad o dominio se encuentra prácticamente inalterable desde 1869. Decimos “casi” ya que la reforma de 1968 ha introducido ciertos cambios en su formulación pero manteniendo su espíritu intacto. A ello se suma que, la reciente reforma, tampoco ha introducido cambios sustanciales, más allá de la incorporación de nuevos derechos reales que (como veremos en el punto 2.4.) refuerzan las protecciones de los sectores más aventajados de la sociedad.

Ello, nos da la pauta de que el dominio es presentado como un ordenamiento atemporal y aislado de todas las relaciones estructurales y sociales de nuestra sociedad, sin vinculación histórica respecto de ciertas problemáticas sociales como la distribución de bienes, la preservación del medio ambiente, entre otras.

Así, a pesar de todos los cambios y modificaciones que ha tenido la sociedad, la política y la economía en Argentina, el derecho de propiedad inmueble, se muestra ajeno e inalterable a las necesidades de los sectores más vulnerables. En complemento con lo anterior, el derecho de propiedad también se presenta como un ordenamiento neutral, que surge de un proceso formal (el de la creación de leyes) y que se identifica con ellas, el derecho es la ley²⁷.

Ahora bien, como hemos señalado en el primer capítulo, nuestro trabajo se enmarca dentro del desarrollo de las teorías críticas del derecho, para las cuales el derecho no es sólo un conjunto de normas (como lo indicaría la teoría tradicional), sino que es una práctica social discursiva que expresa las tensiones y conflictos de los grupos sociales en un momento histórico determinado, y que por ende tiene una articulación con la historia, el poder y la ideología.

Es por ello que resulta de,

(...) una indiscutible ingenuidad analizar problemas vinculados al régimen de propiedad de la tierra soslayando la historia y la política, u olvidando que debajo de él se encuentran, siempre, relaciones económicas y de poder. No hay régimen, en la historia de la humanidad, régimen político que, por acción u omisión, pueda desvincularse de una concepción primordial acerca de qué sujetos, en qué extensión y con qué intensidad pueden ser dueños de la tierra, lo que equivale en definitiva a ser participantes del poder, ya que eso es en definitiva el derecho de propiedad. (Villaro, 1986)

Esta relación entre derecho de propiedad y poder ha sido incluso expresado por diversos autores de distintas corrientes. Salvat (1961), autor referente en materia de derechos reales, ha señalado que la materia de la posesión y los derechos reales, tiene una importancia institucional y económica, ya que

²⁷ Las notas señaladas, no son exclusivas del derecho de propiedad, sino que son propias de todo discurso jurídico. Véase Ruiz (1991).

(...) desde el punto de vista institucional, los derechos reales constituyen propiedad, la hipoteca y la prenda, las cuales son el objeto de miles de transacciones de una constante aplicación en la vida jurídica de los pueblos. La misma organización política de un país, puede encontrarse estrechamente vinculada a la organización del régimen de los derechos reales, como lo demuestra claramente la época feudal, durante la cual, los señores, como consecuencia de las tierras, estaban también investidos de una serie de derechos y poderes que en realidad constituían el ejercicio de la soberanía. Desde el punto de vista económico, la propiedad está íntimamente vinculada a la riqueza individual y, por consiguiente, a la riqueza colectiva del país. (p.2)

Otro autor de referencia en materia de derechos reales, Laquis (1979) también afirma que:

El derecho de propiedad estuvo siempre en el centro de los conflictos sociales y en las diversas manifestaciones doctrinales (...) en la consideración de que el derecho de propiedad se ubica en una esfera conflictiva, debe aun reiterarse su condicionamiento por las circunstancias e influencias políticas y económicas, y que su reglamentación se estableció distintamente en cada período histórico. (p. 34)

La tierra y el derecho a poseerla siempre han sido una “fuente de tensiones sociales y conflicto armados” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr.133) y es por ello que la justicia social resulta un “requisito para una paz duradera”. Ello, por cuanto el hombre puede “realizar plenamente sus aspiraciones únicamente en un orden social justo” (Comisión de Derechos Humanos Resolución 1987/18 citado en Informe Experto Propiedad, 1994, párr.134)

También ha sido resaltado, por teóricos críticos (Novoa Monreal, 1987), la fuerte repercusión que tienen dentro de una política económica los conceptos de propiedad y de contrato. En efecto, afirma dicho autor que la propiedad es un concepto primordial que resulta inseparable del concepto de ordenamiento jurídico, ya que “no es posible concebir una sociedad ordenada y pacífica en la cual no esté prevista la normativa acerca del uso de los bienes que resultan indispensables para la vida” (p. 70).

La noción de propiedad está en la base misma de toda relación del hombre con la naturaleza y de todo aprovechamiento que aquel haga de los bienes que esta última le proporciona. La importancia del concepto de propiedad, trasciende ampliamente el campo del derecho, pues se transforma en el elemento irreductible del sistema económico que rige en una sociedad concreta y en la variable más esencial de su régimen social. Con ello aparecen manifiestas sus vinculaciones con el esquema político que recibe acogida en esa sociedad. Son evidentes, por otra parte, sus implicancias filosóficas y éticas. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 62 y 63)

En resumen, no es posible desde nuestra perspectiva, concebir al derecho de propiedad, sin tener en cuenta los intereses de tipo político y económico, que lo constituyen y que se encuentran presentes en la correlación de fuerzas de una sociedad determinada.

En este entendimiento destacamos la directa repercusión que tiene el régimen de propiedad en la política económica y en la manera en la cual se diseña la distribución de las riquezas de un país. Así, el régimen de propiedad inmueble (que es el que nos interesa a los fines de este trabajo) que elija un país, guardará una íntima relación con la satisfacción y el goce de otros derechos, como ser el derecho a la tierra y a la vivienda adecuada. En este sentido cabe resaltar que

(...) si bien todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, el derecho a la vivienda es el derecho más estrechamente vinculado con la propiedad individual, y resalta que “dado que el derecho a una vivienda adecuada puede ser una parte integrante e importante del derecho de propiedad, la falta del mismo puede considerarse como privación de otros derechos humanos fundamentales como el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 111)

El impacto del derecho de propiedad sobre el acceso y goce del derecho a la vivienda tiene principalmente un fundamento económico. Es decir, si bien el PIDESC habla de garantizar la vivienda, no dice cómo hacerlo efectivo, dejando librado el modo al sistema económico de cada Estado. Pero lo cierto es que en el sistema capitalista de mercado, el acceso a los bienes (de los cuales forman parte los bienes fundamentales para la vida digna) se realiza a través del mercado.

El mercado no tiene capacidad de garantizar el acceso a los bienes fundamentales a todas las personas. No cumple con las aspiraciones de un orden social justo, ya que “nunca tuvo la capacidad o la aptitud de crear las condiciones para que los derechos económicos, sociales y culturales de todos los ciudadanos fueran respetados y totalmente realizados” (Informe del Relator Especial de la Subcomisión, Sr. Danilo Türk, 1991, párr. 176 a 178).

2.2. El derecho de propiedad del Código Civil en clave histórica

Ahora sí, comencemos con el análisis del derecho de propiedad utilizando las herramientas conceptuales que nos brinda la teoría crítica.

Si afirmamos que para las teorías críticas el derecho expresa las tensiones de un momento histórico de una sociedad determinada, ¿cuáles serían los conflictos y tensiones que expresó el derecho de propiedad en 1869? Para aproximarnos a dicho interrogante, nos remontaremos un poco más atrás en la historia.

Por un lado, iremos al momento de creación del Código Civil Francés (CC Francés) del cual, nuestro Código Civil tiene mucha influencia²⁸. En su art. 544 expresa que, "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

Así, la definición de propiedad del CC Francés hace patente los conflictos existentes en dicho momento histórico, especialmente en lo que refiere a cómo "la revolución triunfante, con su programa codificador, se propuso desterrar el antiguo régimen feudal, hostil a la libre circulación de bienes y a la expansión del capital" (Sentencia Corte Constitucional Colombiana, 1993). En efecto, en el feudalismo tardío existían una pluralidad de regímenes de propiedad y usos del suelo, entre ellas la "enfiteusis feudal²⁹" la que implicaba la distinción entre el dominio directo y dominio útil, generando una división y fracción del dominio, a la vez que imponiendo ciertos límites y obligaciones que gravaban con variada intensidad a sus titulares.

La caracterización que el CC Francés hace de la propiedad se explica como una reacción a dicha configuración feudal, inhibitoria de la necesaria expansión del capitalismo. Así,

(...) contra el fraccionamiento y pluralidad de dominios, se construye un régimen unitario, que se refuerza más con la incorporación de un conjunto cerrado de derechos reales, además de su misma estructura excluyente sujeto-bien, contraria a la introducción de elementos obligacionales en el núcleo del derecho de propiedad, destinado a ser ámbito propio, exclusivo y separado del más amplio poder privado, netamente diferenciado de la esfera pública. (Sentencia Corte Constitucional Colombiana, 1993)

Cabe resaltar que, ya antes del CC Francés, en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señalaba que la propiedad es un "derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella" (art. 17).

Por otro lado, nos remontaremos a nuestro propio contexto nacional, y más específicamente, a la Constitución de 1853.

En un inicio, la sanción constitucional estuvo en el escenario de la lucha entre el proyecto federal y democrático de la Confederación del Paraná y el centralismo porteño separatista y aristocrático, y si bien al comienzo se puede decir que el texto constitucional estuvo del lado del proyecto federal, lo cierto es que con el tiempo quedaría reducida a ser parte del andamiaje normativo de la hegemonía del opuesto bando triunfante. Si la Confederación del '53 fue una

²⁸ En efecto, resultan innumerables las referencias que en sus notas al pie, Vélez hace a dicho texto, ya sea para remitir a dicho cuerpo legal o para justificar la opción diferente que elige para la redacción del CC.

²⁹ La enfiteusis podía hacer que una misma parcela de tierra tuviese dos dueños distintos, y para rescindir dicho contrato, que se reputaba perpetuo, no bastaba con la decisión del dueño del dominio directo, es decir del señor feudal. Para una mayor comprensión del instituto véase Congost, 2007:55.

oportunidad nacional, la Constitución “expresó la voluntad constituyente de ese poder político que buscó, sin éxito, consolidarse” (Azzali, 2012:48). Ello, debido a que la nueva legalidad constitucional provocó la reacción de Buenos Aires quien, al ver peligrar su política porteñista y los privilegios rentísticos, la rechazó y dividió al país, separándose de la Confederación.

El régimen político imperante después de la derrota definitiva de la confederación, con el abandono de Urquiza en Pavón,

(...) dio baños de racionalismo absoluto y mesiánico a su política de guerra e intolerancia, lo que también caracterizaría a las campañas contra los pueblos indígenas, realizadas con la legítima excusa de consolidar fronteras nacionales y extender la presencia del Estado pero al costo inaceptable de someter comunidades por métodos criminales contrarios a la propia Constitución, de promover el etnocidio, lo que finalmente contribuyó a la formación terrateniente. La vieja Constitución de 1853 pasó a tener el mismo valor que una pieza de museo, en donde se podría exhibir junto con la Confederación del Paraná y los restos de las luchas federales. Su lugar fue ocupado por el reinado de la legalidad infraconstitucional, en especial el Código Civil. (Azzali, 2012:63)

Así, la constitución de 1853 fue en cierta forma dejada de lado y su lugar ocupado por el texto de Vélez Sarsfield, proyectado entre 1865 y 1869, lo que revela la “expresión normativa de la voluntad política del mitrismo” (Azzali, 2012:64). Hasta ese momento regía el Código de Comercio legislado por la Provincia de Buenos Aires en 1858 (que luego, con la integración de Buenos Aires en la Confederación, se volvería ley nacional) cuyo fin era la protección del interés de la burguesía mercantil portuaria.

De esta manera, vamos delineando cuáles son los conflictos y tensiones que estuvieron presentes al momento de la creación del Código Civil, y al momento de definir la regulación del derecho de propiedad. El código fue la ley pensada para proteger los derechos de los grandes propietarios (terratenientes bonaerenses) en un proceso de despojo de los poseedores de las tierras y de privatización de las tierras estatales.

En efecto, en el CC de 1870 se excluyó el requisito de la publicidad y la anotación registral. Así, “la implantación de los registros de propiedad locales se daría recién al iniciarse los años ochenta, dato que sirve de clave de comprensión del proceso histórico de consolidación de la clase terrateniente” (Azzali, 2012:66).

Es que los “dueños de la tierra” en rigor eran en su mayoría simples poseedores, carentes de títulos, en vías de ser “propietarios”. Así, la exclusión de la “publicidad registral” es un indicio claro del interés elitista que protegía la legalidad instaurada, cuya intención no era el del “fomento de la inmigración rural para el crecimiento del país, como a su modo querían los

constituyentes de Paraná en 1853, sino la de proteger a los terratenientes bonaerenses, triunfantes con el mitrismo y en curso de constante expansión” (Azzali, 2012:66).

En este sentido, Pisarello y Tedeschi (2011) expresan que:

La construcción del Estado colonial, primero, y del Estado “nacional”, más tarde, fue una larga y violenta historia de desapropiación de bienes hasta entonces comunes como la tierra, los pastizales o el ganado salvaje. Las víctimas de este proceso de despojo y de cercamiento privado fueron sobre todo los pueblos indios originarios. Pero a ellos se sumó muy pronto una parte importante de la población negra, mestiza o mulata, así como los criollos de clase baja. Ya en la sociedad colonial, el derecho de propiedad de la tierra, fue el trofeo obtenido por los principales beneficiarios de la conquista: militares y altos funcionarios, españoles y criollos, buena parte del clero, grandes estancieros y comerciantes, abogados, médicos y, en general, todos los que desempeñaban un trabajo “intelectual”. Los derechos de propiedad, en realidad, coincidían con los derechos políticos y llegaron a ser una prerrogativa que descansaba tanto en razones económicas como étnicas (Pisarello y Tedeschi, 2011)

Por su parte, la construcción del Estado “nacional” exigía un estado capaz de asegurar la producción orientada a la exportación, lo que comportó una nueva ola de despojos contra los sectores más vulnerables del antiguo régimen.

Desde el Estado emergente, se impulsaron sendas campañas de exterminio dirigidas a “pacificar” el desierto, se organizó un gigantesco proceso de privatización de la tierra y se propició el reemplazo de la población nativa por inmigrantes dispuestos a proveer la mano de obra que la nueva economía requería. La extensión de alambrados, la creación de catastros, escrituras y registros, la conversión forzada de parte de la población mestiza en peones rurales fueron el acta de nacimiento de unas relaciones de propiedad pensadas al servicio de un modelo de sociedad elitista y excluyente. (Pisarello y Tedeschi, 2011)

En este contexto, la Constitución de 1853 termina proporcionando un marco institucional y económico que facilita la construcción de este nuevo modelo social. La protección constitucional del derecho de propiedad que le da el art. 17 de la CN se enmarca dentro del constitucionalismo liberal de la época, al decir que:

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 art. 4°. 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. (CN Art. 17)

Así, sigue la idea de propiedad privada liberal-individualista de carácter absoluto, con salvedades que hacen referencia al debido proceso (“sino en virtud de sentencia fundada en

ley” y “la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”).

Todo ello en consonancia con lo dispuesto en aquella época tanto por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija claramente y con la condición de una indemnización justa y previa”), como por la Enmienda V de 1791 de la Constitución de los Estados Unidos (“No se violará el derecho del pueblo a [...] sus [...] pertenencias (enmienda IV) ni será privado de su [...] propiedad”).

Dicho marco constitucional y civil favoreció a la oligarquía, la que terminó siendo no sólo la clase social hegemónica, sino por sobre todo la “auténtica causa del atraso económico, las desigualdades sociales y la dependencia con los poderes extranjeros. En nuestro país, el liberalismo conservador resguardó al estado librecambista, cuyo principal derecho consagrado era el de la propiedad privada (...)” (Azzali, 2012:66).

Teniendo en cuenta esta función conservadora y reproductora de las hegemonías sociales que cumplió originariamente el derecho de propiedad en nuestra sociedad, no debería resultar curioso que dicho régimen se conserve casi intacto desde 1869.

En este sentido, no debe subestimarse la influencia paralizante que tiene un código civil. Al decir de Novoa (1987:69) los juristas siempre han tenido “a un código civil, como el cuerpo de legislación más importante de un país, como aquel que pesa más sobre la vida social, y como el que constituye la «ley común» de los individuos dentro de un ordenamiento jurídico”. El Código Civil se convierte así, en una especie de telón de fondo que domina todo el escenario jurídico y que pasa a actuar subsidiariamente en caso de vacío o de falta de operatividad de otros sectores del ámbito jurídico. Una muestra de la fuerte influencia paralizante que tiene el texto civil la encontramos en la reforma constitucional de 1949. A pesar de que dicho texto constitucional hizo modificaciones importantes, como la consagración de la denominada función social de la propiedad³⁰, durante el tiempo que estuvo vigente³¹ ello no implicó cambio alguno en el régimen del Código Civil.

³⁰ Constitución de 1949, art. 38: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (...).

El subsistema del derecho civil, y del derecho de propiedad más específicamente, resulta ser un subsistema que hegemoniza e incluso se convierte en la norma fundamental que deja de lado la propia letra de la constitución, hoy en día integrada por los instrumentos de derechos humanos.

En síntesis, la configuración del derecho de propiedad, expresada y perpetuada en nuestro Código Civil, corresponde a un enclave material e histórico determinado. Este derecho desplegó el rol de garantizar los intereses de los grandes propietarios: oligarquía, terratenientes bonaerenses y burguesía mercantil portuaria. Luego de ser expresión de dicha postura triunfante, el Código Civil continuó siendo funcional a la conservación y reproducción de estos intereses.

Hacer explícita la historicidad del derecho de propiedad tiene una relevancia primordial que radica en el carácter, por ende, cambiante que puede tener dicho derecho, más allá de que la codificación y los juristas tradicionales no permitan visualizarlo así. No existe una única forma de concebir el derecho de propiedad, incluso en este mismo sistema capitalista de mercado, sino que éste puede reconfigurarse, cambiando sus características y funciones.

2.3. Principales notas y características del derecho de propiedad del Código Civil desde una revisión crítica

En el presente punto ensayaremos aquellas características del derecho de propiedad que, desde nuestra revisión crítica, revelan el lugar central que dicho derecho tiene en el sistema jurídico tradicional, a la vez que denotan la implicancia que tiene dicho régimen de propiedad en la falta de acceso a los bienes fundamentales, entre ellos la tierra y la vivienda, para los sectores populares y vulnerables. Esta presentación no es exhaustiva, sólo hemos considerado algunos aspectos principales a los fines de su descripción.

A su vez, es importante aclarar que la crítica que realizamos al papel que el Código Civil le asigna al derecho de propiedad, no se contraponen con el reconocimiento del papel fundamental que la propiedad tiene como fenómeno de la vida social, es decir, el de satisfacer las necesidades fundamentales de las personas.

La centralidad de la crítica radica, por un lado, en el espacio preferencial que el derecho tradicional capitalista le da al derecho de propiedad, el que se constituye en el concepto matriz del conjunto de la normativa jurídica tradicional. Así, incluso el derecho público y social reciben el concepto civilista de propiedad y no les cabe otra función que la de proporcionar

³¹ La Constitución de 1949 fue jurídicamente derogada por la Reforma Constitucional de 1957 sancionada por la Convención Nacional Constituyente.

normas que aseguren su más integral respeto. De esta manera, la propiedad figura “a la cabeza de los grandes valores que, con el nombre de «garantías constitucionales», deben merecer la máxima protección jurídica, en un plano no inferior al nivel de la libertad y de la vida humana” (Novoa Monreal, 1987:74).

En realidad, desde una revisión crítica sostenemos que la institución de la propiedad, que resulta ser el reflejo de una necesidad individual y colectiva de aprovechar los bienes existentes en el mundo, “es sacada de su orden natural, caracterizada de manera artificiosa, revestida de calidades que son extrañas a su autentico ser (...) para luego sacralizarla conforme a tan deformada presentación” (Novoa Monreal, 1987:74). La propiedad, puesta al servicio de los grandes propietarios, resulta ser uno de los estandartes de un sistema económico que presenta como saldo final de su ejercicio, pobreza y desigualdad.

2.3.a. Absoluto, exclusivo y perpetuo: las notas principales del derecho de propiedad del Código Civil

El CC en su art. 2506 establece que “el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Por su parte el Nuevo CCyCN (art. 1941) lo define como “el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”.

De esta manera, la primera definición que hace el Código en relación con la propiedad, ya marca la presencia ideológica liberal individualista a través del otorgamiento de todas las facultades que se pueden tener sobre una cosa y del papel que tiene la voluntad individual de las personas. Laquis (1979:2) afirma que conforme el art. 2506 el derecho de propiedad contiene como elemento dominante la voluntad de la persona a la cual se halla sometida la cosa, y que este predominio de la voluntad se incorpora a la formulación abstracta del derecho subjetivo amparado por el Estado, cuyo arquetipo es el derecho de propiedad.

En este sentido cabe resaltar que, en la nota al art. 2506, Vélez hace referencia a la definición del art. 544 Código Francés, y en relación a ella comenta que no resulta ser una verdadera definición, sino más bien, una enumeración de los principales atributos de la propiedad.

Ahora bien, ¿cuál resulta ser el gran atributo? Sin duda, el del goce más absoluto que exista sobre una cosa. Pura libertad, pura voluntad individual, puro ejercicio libre de derechos sin limitaciones, ni obligaciones: la propiedad asociada a la libertad sin límites. El Código convierte al dominio en el derecho más ilimitado y pleno que puede asignarse a un individuo, de

tal modo que el propietario puede desde gozar de todas la ventajas o beneficios que la cosa pueda producir, hasta abandonarla o bien desnaturalizarla, degradarla o destruirla a su gusto, como afirmaba antes de la reforma de 1968 el art. 2513 del CC³².

La calidad de “absoluto” que tiene el derecho de dominio, no se encuentra de manera textual en el Código Civil, sino que se desprende de los modos en los cuales se dispone el ejercicio de dicho derecho, siendo su única limitación la regularidad en su uso (art. 2513 del CC) o los límites previstos por la ley (art. 1941 del Nuevo CCyCN).

En este sentido, una de las consecuencias necesarias de la característica de “absoluto” consiste en que “nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa desposesión y justa indemnización, tal como surge del art. 2511 del CC. Dicha disposición se encuentra en perfecta consonancia con el art. 545 del Cód. Francés³³, con el art. 17 de la Declaración Francesa de 1789³⁴ y con el art. 17 de nuestra CN.

Así, la protección que el Código Civil le da a la propiedad se muestra en dos sentidos. Por un lado, la posibilidad de ser un poder muy vasto, casi ilimitado y por el otro, la prohibición de privar a su dueño de las cosas que le pertenecen, salvo el extraordinario caso de la expropiación, en el cual el dueño no disminuye, en definitiva, su propiedad y riqueza ya que es “justamente” indemnizado. El CC brinda además la definición exacta de indemnización justa, la que debe entenderse como “no sólo el pago del valor real de la cosa, sino también del perjuicio directo que le venga la privación de su propiedad” (art. 2511). La extensión de la indemnización, bien amplia, que le cabe a la propiedad, muestra de manera patente la importancia que dicho instituto tiene para el derecho tradicional.

Los siguientes artículos completan la definición diciendo que el dominio es exclusivo (art. 2508 CC y art. 1943 del Nuevo CCyCN³⁵) y perpetuo (art. 2510 CC y art. 1942 del Nuevo CCyCN³⁶).

³² El “ejercicio regular del dominio” recién fue previsto en la reforma de 1968. Con anterioridad a dicha reforma el viejo art. 2513 establecía las formas más absolutas de uso del dominio sobre la cosa, estableciendo expresamente que el propietario podía incluso “desnaturalizarla, degradarla o destruirla”.

³³ CC Francés, art. 545: “Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad si no es por causa de utilidad pública y mediando una justa y previa indemnización”.

³⁴ Declaración 1789, art. 17: “Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización”.

³⁵ Nuevo CCyCN, art. 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”.

³⁶ Nuevo CCyCN, art. 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”.

La exclusividad implica que sólo puede haber un único propietario de la cosa, y dicho atributo le da la facultad al dueño de impedir a otros cualesquiera e indeterminados cualquier tipo de aprovechamiento y uso de la cosa. Así, un propietario puede prohibir que en su finca entren extraños o se introduzcan cosas que él no autoriza y puede rechazar cualquier intervención de terceros en el aprovechamiento y disposición de ella. Como explica Novoa Monreal (1987:82) esto significa la completa eliminación de la doctrina medieval sobre el “uso inocente” de bienes ajenos. En nuestro código, tal es el rechazo del uso inocente de los bienes que se llega a prever la obligación de entregar y pagar todos los frutos que se llegasen a percibir (art. 2438 CC y art. 1935 del Nuevo CCyCN³⁷) e incluso la obligación de responder por la ruina de la cosa (art. 2435 CC y art. 1936 del Nuevo CCyCN³⁸), en el caso del poseedor de mala fe³⁹, calificación que se da en la mayoría de los casos en los cuales la posesión no es legítima, como por ejemplo en los casos de los poseedores que tradicionalmente ocupan tierras, sin títulos formales.

Por su parte, la perpetuidad implica que el dominio subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él, es decir, el propietario no deja de serlo nunca, aunque no ejerza ningún acto de propiedad. Así, el dominio no tiene fecha de caducidad, dura lo que dure la cosa.

El dominio subsiste aún cuando su titular no haga uso alguno de la cosa, e incluso cuando esta falta de uso dentro del sistema capitalista tiene una consecuencia antieconómica. Vemos así cómo el Código Civil propicia la falta de interés en regular el ejercicio que los titulares de un inmueble le dan a las cosas, sin ninguna distinción en relación con la función que ciertos bienes tienen en la sociedad, con las negativas consecuencias que ello puede tener. En efecto, en el

³⁷ Nuevo CCyCN, art. 1935: “Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe. La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa. Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa”.

³⁸ Nuevo CCyCN, art. 1936: “Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe. El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución. Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución”.

³⁹ Según el Código Civil la posesión legítima se da por el ejercicio de un derecho real (art. 2355 CC y art. 1916 del Nuevo CCyCN). Cuando ello no es así, la posesión es ilegítima. Dentro de esta calificación ilegítima, la posesión puede reputarse a su vez de buena o mala fe. El poseedor de buena fe es aquel que por ignorancia o error de hecho se persuade de su legitimidad (art. 2356 CC y art. 1918 del Nuevo CCyCN). La definición del poseedor de mala fe se deduce por exclusión. De esta manera observamos que, los casos que admite el Código Civil para reputar la buena fe, son muy limitados, con lo cual la mayoría de los casos de posesiones ilegítimas resultan ser de mala fe.

caso de los inmuebles, la falta de uso y la vacancia, propicia la especulación y produce, por ejemplo, aumentos de precios desproporcionados en los alquileres, las viviendas, y los terrenos necesarios para la construcción.

Las únicas formas que prevé el Código Civil para eliminar el carácter de perpetuo son el abandono de la cosa (art. 2454 CC y art. 1907 del Nuevo CCyCN⁴⁰) y la prescripción adquisitiva o usucapión (art. 4015 CC y art. 1897 del Nuevo CCyCN). Sin embargo, el Código Civil ha omitido definir cuándo se debe considerar la configuración de la figura del abandono. Afortunadamente para los adeptos al derecho tradicional, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sí han precisado el abandono, y han establecido que el abandono de una propiedad sí o sí tiene que ser expreso, es decir que una persona debe realizar una escritura pública para formalizar dicho acto (Carballo, 2012). De más está decir lo absurdo e irreal que resulta dicha comprensión del abandono, convirtiendo a la figura en un instrumento completamente ineficaz e inoperante.

Por su parte, la usucapión es un modo de adquirir la propiedad, y en el caso de los inmuebles, se produce por el ejercicio de la posesión continuada durante veinte años. El plazo fue modificado en 1968 por la Ley 17.711, la que redujo en veinte el plazo originario del CC, que era de treinta años. Dicha reducción tuvo gran aceptación en gran parte de la doctrina tradicional, que consideraba que “el plazo anterior era excesivamente prolongado en una época caracterizada por la dinámica de las relaciones jurídicas; veinte años serían más que suficientes para proteger a quien poseyó el inmueble durante ese tiempo en contra de quien lo ha abandonado olvidando que la propiedad tiene una función social” (Borda, 1971: 283). La modificación de los plazos de la usucapión tuvo amplia aceptación, incluso desde sectores que realizaron críticas a la reforma, por no ser ésta lo suficientemente progresista como había prometido (véase Laquis en Morello 1974: 541). El Nuevo CCyCN (arts. 1898 y 1899) no realizó modificaciones respecto de los plazos en los cuales se debe ejercer la posesión continuada para que se aplique la prescripción (volveremos sobre este punto en el apartado 3.3.a.).

2.3.b. Los (escasos) límites del dominio o derecho de propiedad

Todo derecho tiene límites. Incluso el art. 544 del CC Francés expresa que el ejercicio del derecho de propiedad está condicionado a que no se haga de él “un uso prohibido por las leyes y reglamentos”.

⁴⁰ Nuevo CCyCN, art. 1907 “Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”.

Por su parte la Declaración de 1789 (art. 4) establece que el ejercicio de los derechos de cada hombre no tiene otros límites que aquellos necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el ejercicio libre de los mismos derechos, y agrega que dichos límites sólo pueden ser determinados por la ley. Nótese que la Declaración no trata de realizar una restricción al dominio sino que establece que el ejercicio del derecho del propietario no puede afectar el ejercicio del derecho análogo que les corresponde a otros propietarios, es decir, evitar conflictos entre propietarios y dar pautas para la resolución.

El CC en su texto original de 1869 nada decía acerca de los límites al dominio, sino por el contrario, lo postulaba como el más absoluto de todos los derechos del cual se desprendían todas las facultades posibles que pueden ejercerse sobre una cosa. Como ya mencionamos, recién en 1968, con la Ley 17.711, aparecen algunas reformas que podrían ser entendidas como atenuantes de la caracterización de absoluto que el CC de Vélez había realizado sobre el dominio. Así, la reforma estableció la exigencia de que el propietario ejerza su derecho en forma “regular” (art. 2513) o sin “abuso” de su parte (art. 2514⁴¹). Así, otra de las características del derecho de propiedad del Código Civil resulta ser la falta de límites que se le establecen.

En atención a que ya hemos hecho mención de la reforma de 1968, vale la pena realizar algunos comentarios al respecto. En principio cabe resaltar, que la reforma de 1968 “fue un intento de generar una modernización del código conforme a la encíclica *Populorum progressio* y ajustarse a la filosofía social cristiana” (Borda G., 1969 citado en Laquis 1979:76). El resultado final que refleja el texto reformado deja incumplido dicho propósito, ya que ni siquiera se puede decir que se haya eliminado el carácter absoluto del dominio preservando la incolumidad del derecho de propiedad individual en sus manifestaciones esenciales⁴² (Laquis en Morello, 1974).

Morello (1974) critica la reforma de 1968 afirmando que,

debió ser más incisiva, más valiente (quiero decir) de fondo, reformadora de la sociedad capitalista, materialista y en transformación que nos toca vivir; calar más hondo dentro de los pilares en que se asienta el derecho privado, sobre todo en lo que atañe al régimen de propiedad y del contrato, contribuyendo –como poderosa palanca de cambio que es el Código Civil- al definitivo y consolidado “estado justo”, poblado de concretas igualaciones sobre todo económicas y de efectivas vivencias solidaristas. (p. 31).

⁴¹ CC, art. 2514 (Texto según ley 17.711): El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuera abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.

⁴² Algunos autores refieren (Novoa Monreal, 1987:88) a que el fracaso en avanzar en una reforma más profunda pudo haberse debido a que la Comisión de 1968 haya podido verse restringida por los estrechos marcos que proporcionaba la CN en su art. 17, a los cual ya hemos hecho referencia.

Continuando con los instrumentos (aparentemente) morigerantes que introdujo la Reforma de 1968, brevemente diremos que se incluyó la nulidad para actos en los que media lesión subjetiva con ventaja patrimonial injustificada (art. 954 CC) y la resolución de los contratos en casos de imprevisión (art. 1198 CC).

También introdujo el impedimento de dividir las cosas cuando su uso pasa a ser antieconómico, “son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica” (art. 2326 CC). De esta manera el Código Civil rechaza el minifundio, pero no da ninguna regla para rechazar el latifundio, lo que podría ser limitado por razones equivalentes.

Finalmente, la última gran modificación que mencionaremos respecto de la Reforma del 1968 es la figura del “abuso del derecho”. Este instrumento, pudo suponer una cierta relativización del derecho de propiedad aunque no se trató de una figura pensada exclusivamente para los problemas del derecho de propiedad (ya que de hecho se encuentra dispuesta en el art. 1071 del CC⁴³ en la sección de los actos ilícitos).

El abuso del derecho presupone que el derecho de propiedad (al igual que otros derechos subjetivos individuales que surgen del Código Civil) es por naturaleza egoísta, pero que aun así, su ejercicio no se puede apartar de un motivo legítimo, es decir, que no le reporte ninguna utilidad al propietario y que no tengan ninguna otra razón de ser que la de causar perjuicio a otros. Este podría ser el caso de un propietario que junte basura y escombros en su terreno, haciendo insoportable la vida de su vecino, para luego comprarle su finca a un precio vil.

En este sentido, como dice Novoa Monreal (1987:90), el sólo hecho de que sea necesario elaborar complejas teorías para justificar la condena de algo tan obviamente repudiable, dice ya bastante acerca “de las simas de irracionalidad a que han arrastrado al derecho las exigencias de la ideología liberal-individualista”. En efecto, la teoría del abuso del derecho limita al propietario en algo que nadie, por individualista que sea, se atrevería a aferrarse. Así, como expresa Laquis (1979:89) la introducción del abuso del derecho, no implica la superación de los principios individualistas del Código Civil.

⁴³ CC, art. 1071: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, el abuso del derecho podría engendrar la idea de que el propietario debe ejercer el derecho que le corresponde sobre la cosa en forma coincidente con los fines sociales. “La razón de ser de los derechos subjetivos dentro de un ordenamiento jurídico razonable, es la de favorecer al ser humano dentro de una convivencia social armónica” (Novoa Monreal: 1987, 91). La figura del abuso del derecho, sin llegar a transgredir las fronteras del orden positivo individualista, pudo haber sido una buena herramienta si se le hubiese dado un uso progresista, cosa que no sucedió.

Por su parte, el Nuevo de CCyCN, establece en el cuarto capítulo (en sus art. 1970 a 1982) los límites del dominio, haciendo referencia especialmente respecto de aquellos que devienen de normas administrativas y de buena vecindad. El abuso del derecho se encuentra dispuesto en la parte general del texto (art. 10⁴⁴) en donde se hace referencia al “ejercicio de los derechos”. Además, sigue manteniendo la prohibición del minifundio por ser antieconómico, pero sigue sin legislar al latifundio⁴⁵. Por todo ello es que, el Nuevo CCyCN continúa la misma línea de “escasos límites” del CC.

2.3.c. La ficción de la relación directa entre la persona y la cosa

El derecho real es también definido por la doctrina tradicional como aquel que una persona tiene directamente sobre una cosa, sin respecto a persona determinada, y así se lo diferencia de los demás derechos llamados “personales”, que serían aquellos que no recaen directamente sobre cosas, sino que sólo pueden ser reclamados de ciertas personas (por ejemplo, el derecho que tiene una persona frente a otra por la celebración de una locación urbana).

Ahora bien, más allá de lo que postula la doctrina tradicional, lo cierto es que el dominio, como derecho real, es también una potestad que se ejerce frente o en relación a otras personas, aunque sea indiferenciadamente cualquier persona. Sin embargo pareciera que el hecho de que en un caso (derecho personal) el obligado sean una o unas pocas personas determinadas o que lo sean todas las demás personas (derechos reales) permite pasar a un escalón en el cual se puede afirmar que el derecho real recae directamente sobre una cosa, un vínculo entre persona y cosa

⁴⁴ Nuevo CCyCN, art. 10: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

⁴⁵ Nuevo CCyCN, art. 228: “Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales”.

(que nadie ve pero se presenta como una realidad perceptible a la vista) “que permite asignarle al derecho de propiedad (derecho real) una esencia superior y cualitativamente diversa de la del derecho personal” (Novoa Monreal, 1987:76). Parece útil poner al descubierto esta pretensión de enaltecer al derecho de propiedad por parte del derecho tradicional, ficción que permite situar a la propiedad privada en ese plano sagrado que procura para ella la doctrina capitalista.

Por todo lo expuesto en los apartados precedentes podemos decir que, el dominio se caracteriza por ser la forma más completa de derecho que le cabe a una persona sobre una cosa, brindando a su titular la más amplia y perfecta de las relaciones que puede existir entre él y las cosas del mundo exterior. La finalidad concreta de la propiedad es que su titular pueda aprovechar, en la mayor medida posible, de la cosa corporal que es objeto de la pretendida relación directa. Sobre esta base se la declara a la propiedad como una proyección de la personalidad misma del individuo y se reclama para ella una valoración y una protección jurídica correlativa de particular fuerza, pues únicamente con ella el individuo puede bastarse a sí mismo y resistir la invasión de su individualidad por el Estado o por otros sujetos⁴⁶.

De este modo, el concepto de dominio proporcionado por la doctrina jurídica tradicional viene a transformarse en el pilar básico sobre el cual ha de apoyarse todo el ordenamiento económico, social y jurídico del capitalismo (Novoa Monreal, 1987:80).

2.3.d. Algunas de las consecuencias de las características del derecho de propiedad del Código Civil en nuestros casos de “no propietarios”

Veremos a continuación en nuestros casos de “no propietarios”, cómo operan las características que recién desarrollamos del derecho de propiedad, constituyéndolo en una herramienta que facilita el despojo, la falta de acceso a la tierra y a la vivienda, la concentración y el abuso.

En el caso de Eloísa encontramos cómo el aspecto de perpetuidad de la propiedad juega un papel determinante ya que la propiedad subsiste y puede ser reivindicada en cualquier momento por su titular formal y registral, independientemente de que no haya ejercido nunca la posesión del bien inmueble. La propiedad del titular no se pierde a menos que Eloísa hubiese hecho una usucapión, cosa que no hizo por resultar este proceso no adecuado culturalmente a su

⁴⁶ En este sentido, se encuentra la jurisprudencia de la CSJN (Fallo145: 307 "Pedro Emilio Bourdie vs. Municipalidad de la Capital", del 16/12/1925): "El término "propiedad", cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del 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 constitucional de propiedad".

vida rural (de hecho Eloísa desconocía que el “papel” que tenía no resultaba comprobante suficiente para acreditar su propiedad). La perpetuidad de la propiedad, aún cuando el propietario se ha desentendido completamente del inmueble incumpliendo con la función social y económica, es una característica muy fuerte que permite que ese titular, pueda incluso pedir vía judicial el desalojo de las tierras de Eloísa y su familia, con tan sólo presentar la documentación que acredita su titularidad.

Por otra parte, en el caso de la Familia Flores vemos cómo el ejercicio absoluto y sin límites del derecho de propiedad genera consecuencias ambientales y de salud que afectan principalmente a las personas que viven en los territorios de mayor vulneración social. La falta de límites en base a la función social y ecológica de la propiedad, permite un ejercicio despreocupado respecto de los derechos de las personas que viven en el entorno social e incluso de quienes todavía no han nacido (nos explayaremos sobre este tema en el punto 3.2.a.3).

Finalmente, en el caso del pueblo de Los Toldos, vemos principalmente cómo opera la falta de límites de la propiedad y el carácter absoluto de la propiedad. En efecto, se constituyen formalmente propiedades de grandísimas extensiones sin ningún tipo de límite en extensión (latifundio) ya que el Código Civil así lo permite (aunque sí prohíbe el minifundio). El derecho de propiedad es tan absoluto que parece no necesitar de ningún tipo de constatación con la realidad (relevamiento de las tierras) para inscribirse y constituirse, en especial cuando se trata de grandes extensiones, las que muy probablemente se encuentren habitadas por poseedores tradicionales que sí ejercen el uso de los bienes.

2.4. La función transformadora del derecho de propiedad a partir del aporte del marco de derechos humanos

En el presente apartado analizaremos si el derecho de propiedad sólo puede cumplir una función conservadora (que facilita todas las negativas consecuencias que acabamos de ver recién en nuestros casos de “no propietarios”) o si, con la incorporación de los derechos humanos, puede cumplir otra función que aporte a una justicia socioambiental y distributiva. Para ello tomaremos las herramientas conceptuales que proporcionan la teoría crítica y el análisis de la función paradójica del derecho. A su vez, nos centraremos en el proceso de reforma del Proyecto de CCyCN que tuvo lugar antes de su definitiva sanción con la Ley 26.994.

La teoría crítica al introducir la dimensión ideológica en el análisis de las funciones del derecho, afirma que el derecho es un discurso ideológico en la medida en la que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de

reproducir los mecanismos de las hegemonías sociales. Ahora bien, el punto es que a la vez que oculta y elude, el derecho también alude, es decir, habla por lo que encubre.

Este es uno de los aspectos paradójales del derecho, ya que, en su articulación con la ideología,

(...) a la vez que cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas también cumple un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, posee a la vez una función conservadora y renovadora. Ello es así, porque como discurso ideológico elude pero también alude. Al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo el espacio de una confrontación. Cuando promete la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad. (Cárcova, 2009:34).

En esta línea, y considerando especialmente el enclave histórico que hemos realizado, podríamos comenzar un análisis de la función del derecho de la propiedad, especialmente de la propiedad inmueble, preguntándonos ¿qué es aquello que el Código Civil desde 1869 en relación al derecho de propiedad, enmascara y encubre, qué es lo que no dice? Al eludir, ¿qué es lo que está aludiendo?

En principio podríamos decir que, en la etapa de la codificación civil (que vimos en el punto 2.2.) estos cuerpos normativos sólo reconocieron las formas de acceder a la propiedad propia de las hegemonías sociales y culturales, con el firme propósito de proteger a la clase terrateniente legitimando su expansión y apropiación de tierras. Así, más allá de que existieran otras formas de propiedad, otras formas de relacionarse con las cosas, el codificador sólo reconoció y legitimó las de la burguesía urbana y latifundista (grandes propietarios), y desconoció la relación que tenían con la tierra las comunidades indígenas y campesinas, poseedores y trabajadores de la tierra⁴⁷.

Yendo al Nuevo CCyCN, y a su proceso de reforma, podríamos afirmar que la situación no ha sufrido mayores cambios.

En las instancias de las audiencias convocadas por la Comisión Bicameral para la discusión del Proyecto de CCyCN⁴⁸, organizaciones sociales y movimientos campesinos que luchan por el derecho a la tierra y a la vivienda, resaltaron en sus ponencias que dicho proyecto

⁴⁷ Congost (2007:301), aporta en este sentido una reflexión respecto de las prácticas de espiguelo en España a mediados del siglo XIX. La autora señala que más allá de que los propietarios estuvieran dispuestos a continuar dejando entrar a los pobres a sus campos, lo cierto es que los usos de los pobres no merecían según los legisladores, la categoría de derechos.

⁴⁸ La comisión Bicameral estableció una serie de audiencias públicas en distintas ciudades del país a fin de que los distintos actores y organizaciones presenten ponencias en relación a la reforma del código civil. Véase: <http://ccycn.congreso.gob.ar/index.html>

(ahora convertido en el Nuevo CCyCN) seguía sin reconocer las formas en las que los sectores populares han tenido y tienen de constituir propiedad⁴⁹.

En estas ponencias señalaban, entre otras cosas, la importancia del reconocimiento en el nuevo código de ciertas herramientas y principios como, el de la función social de la propiedad, el acceso a servicios básicos sin perjuicio de la situación de titularidad de un inmueble, la modificación de los plazos de la usucapión, la regulación de límites a la propiedad abandonada (inmuebles vacantes), una mayor regulación en las locaciones de inmuebles urbanos, la necesidad de incorporar la posesión ancestral, la incorporación de la propiedad colectiva, una mayor protección a la única vivienda, el reconocimiento de la especial relación que tienen las comunidades campesino-indígenas con la tierra, el reconocimiento de la trashumancia, entre otros.

Ahora bien, el entonces Proyecto de CCyCN y ahora Nuevo CCyCN, sí reconoce las nuevas formas de propiedad de los sectores sociales y económicos privilegiados, como el cementerio privado, los conjuntos inmobiliarios y el tiempo compartido⁵⁰, sin generar controversias y modificaciones en relación con las características de la propiedad, hecho por el cual no llegó a generar crítica alguna, durante las instancias de debate, por parte de los sectores más conservadores. En efecto, en el único momento en el cual circuló la versión de que el proyecto a votar en la Cámara de Senadores iba a incorporar el concepto de función social de la propiedad, se generó una ofensiva mediática de los sectores más conservadores, catalogando al principio de función social como “una figura que promete controversia” o como un “aspecto polémico” que la oposición pedía que se cambiara⁵¹. Todo ello, sin mencionar que el principio

⁴⁹ Para mayor detalle véase documento presentado por Habitar Argentina. Disponible en: <http://habitarargentina.blogspot.com.ar/search/label/C%C3%B3digo%20Civil%20y%20Comercial>

Asimismo véase las ponencias presentadas en el mes de septiembre de 2012 por: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Instituto del Conurbano de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Colectivo por la Igualdad, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Unión de Pueblos de la Nación Diaguita en Tucumán, Franco Carballo, Organización Territorial Comunidad Tolombón y Chuschagasta, Horacio Javier Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba), Movimiento Campesino de Córdoba, Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AADI), Agrupación John William Cooke, Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI), entre otros.

⁵⁰ Véase art. 1887 (del Proyecto de CCyCN y del Nuevo CCyCN): “Son derechos reales en este Código (...) e. los conjuntos inmobiliarios; f. el tiempo compartido; g. el cementerio privado (...)”.

⁵¹ Véase: <http://www.lanacion.com.ar/1638460-pocas-concesiones-a-la-iglesia-en-la-reforma-del-codigo-civil>. También fue catalogado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal como un concepto que da inseguridad jurídica, que “deja la puerta abierta a cualquier cosa”, y que es una herramienta “vaga y ambigua” que haría que los habitantes no tengan “reglas claras de sujeción para desarrollar los actos de su vida civil en los términos que determina la Constitución Nacional”. Véase: <http://www.cpacf.org/noticia.php?id=1479&sec=8>

http://www.clarin.com/politica/Advierten-riesgos-limitar-propiedad-privada_0_1030696986.html

<http://www.unosantafe.com.ar/pais/Nuevo-Codigo-Civil-expertos-advierten-que-hay-riesgos-para-la-propiedad-privada--20131116-0014.html>

de función social, establecido por la Constitución de 1949 y luego derogado por la dictadura de 1955, goza en la actualidad de un cierto reconocimiento constitucional por la reforma de 1994 y la incorporación con jerarquía constitucional de la CADH (que en su art. 21 prevé la subordinación del uso y goce de la propiedad atendiendo al interés social).

La misma crítica anticipada sufrieron las propuestas de modificación para una mayor regulación de los alquileres urbanos, no siendo luego contempladas en el Nuevo CCyCN⁵².

Aun así, estos sectores se han manifestado en relación con otras cuestiones relativas a, por ejemplo, la propiedad horizontal (ligas de consorcistas y escribanos), al papel y rol de los corredores y de otras profesiones liberales (sobre todo colegios y federaciones de corredores, agrimensores, profesionales de económicas, entre otros), a incorporaciones que debiera tener para generar un mercado hipotecario más dinámico (como la hipoteca de bien futuro), críticas a la imposición de la propiedad colectiva en la regulación de la propiedad horizontal, etc.⁵³.

Por todo ello es que afirmamos que el Nuevo CCyCN no reviste mayores diferencias con el actual CC en relación con los temas de propiedad y presenta en este sentido una línea de continuidad⁵⁴.

La única salvedad respecto de dicha continuidad la encontramos en las fuentes y reglas de interpretación que establece el Nuevo CCyCN, las que pueden generar algún cambio en el entendimiento del derecho de propiedad. Los arts. 1º y 2º del Nuevo CCyCN⁵⁵ se refieren

<http://www.iprofesional.com/notas/174629-Nuevo-Codigo-Civil-expertos-advierten-que-hay-riesgos-para-la-propiedad-privada>

<http://www.quepasasalta.com.ar/noticia.aspx?iId=56742>

⁵² Véase las reticencias de la Cámara Inmobiliaria Argentina a la modificación de la ley de alquileres en: <http://www.cia.org.ar/noticia.php?id=679&seo=Entrevista-al-autor-del-proyecto-de-ley-de-alquileres&titulo=Entrevista+al+autor+del+proyecto+de+ley+de+alquileres&seccion=prensa>

⁵³ Para mayor detalle véase las declaraciones del Colegio de Martilleros y Corredores Públicos del Departamento Judicial de San Isidro (<http://www.martilleros-si.com.ar/emailings/2013/12-reforma-codigo/noticia.html>), así como también las ponencias presentadas en el mes de septiembre de 2012, en las audiencias de la Comisión Bicameral, por: la Fundación Liga del Consorcista de la Propiedad Horizontal, Abogados Particulares (Marcela Quintar, Juan Lago), Colegio de Martilleros de la Provincia de Neuquén y de la Ciudad de Cipolletti, Federación Inmobiliaria de la República Argentina, Colegio de Profesionales de la Agrimensura de la Provincia de Santa Fe, Colegio de Arquitectos de la Provincia de San Luis, Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, entre otros.

⁵⁴ Sin embargo, en los “Fundamentos” del Proyecto CCyCN (elaborados por la Comisión Redactora) se sostuvo que el anteproyecto “innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado”, que “toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos” y que “busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (pág. 523 y 524).

⁵⁵ Nuevo CCyCN, art. 1º: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en

expresamente a la Constitución y a los tratados de derechos humanos como fuente y regla de interpretación. Si bien dicha disposición se encuentra vigente en la actualidad, la referencia explícita a dichos textos exige con más fuerza que a la hora de resolver situaciones contempladas por el Nuevo CCyCN, la interpretación de los jueces y demás operadores legales, no se circunscriba únicamente a la codificación civil, sino que, recurra a todo el sistema de fuentes vigente. Es dable destacar la referencia que la Comisión Redactora hizo al respecto en los Fundamentos del Proyecto de CCyCN al decir que “cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema” (Proyecto CCyCN, pág. 532).

Ahora bien, pasemos a analizar el proceso de reforma del Nuevo CCyCN descrito en este apartado desde los conceptos de teoría crítica vistos.

En su articulación ideológica, el Nuevo CCyCN, elude la referencia a ciertas formas de constituir derechos de propiedad (aquellas propias de los sectores populares), y al hacerlo alude a quienes considera que son los únicos que van a poder ser titulares de derechos de propiedad, es decir, los sectores más privilegiados de la sociedad, únicos sujetos de derecho que pueden ejercer los poderes de la propiedad. Pero al hacer esto genera un lugar para la confrontación. Durante el proceso de reforma del texto civil, encontramos esta expresión en lo expuesto por los distintos movimientos y organizaciones que llegaron a participar de los debates del congreso realizando críticas basadas especialmente en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵⁶. Así, el Nuevo CCyCN eludiendo, alude y brinda un lugar para la discusión y el debate.

Por otra parte, en su articulación con el poder, el discurso del derecho consagra prerrogativas, reconduce al poder e importa acuerdos o el triunfo de algún criterio reivindicativo. Ante este panorama también nos preguntamos, ¿cuáles son los acuerdos y cuáles son las relaciones de poder que tienen su expresión en las normas que regulan la propiedad en nuestro Código Civil?

Por lo expresado hasta aquí, podemos sin duda decir que la postura de los grandes propietarios fue la que resultó triunfante en la codificación civil de la propiedad del siglo XIX.

situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Art. 2º: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

⁵⁶ Véase documento de Habitar Argentina:

<http://habitarargentina.blogspot.com.ar/search/label/C%C3%B3digo%20Civil%20y%20Comercial>

En nuestro país, al igual que en toda América Latina, podemos incluso afirmar que, el derecho de propiedad no existió como tal antes de la usurpación colonial (Santos, 2010:90). De esta manera, la configuración del derecho de propiedad resulta ser un exponente del paradigma de la apropiación-violencia (Santos, 2010:30) aplicado en estos territorios coloniales.

La apropiación de la tierra en manos de los grandes terratenientes bonaerenses y grandes propietarios, y la violencia ejercida hacia los pueblos indígenas o hacia cualquier poseedor de las tierras, fue facilitada a través del Código Civil y su identificación de la propiedad como privada, exclusiva, absoluta, sagrada y, en sus comienzos, sin publicidad.

Esta caracterización del derecho de propiedad, que nada tiene de neutral, responde a una función conservadora y reproductora de las hegemonías sociales, y contribuye a una desigual redistribución de los bienes y a la falta de acceso, por parte de los sectores populares, a ciertos bienes indispensables para el desarrollo humano, como lo son la tierra y la vivienda.

Ahora bien, el aspecto paradójico del derecho en su articulación con el poder radica en que al mismo tiempo que cumple un rol conservador y reproductor de las relaciones estructurales establecidas en una sociedad en un momento determinado, también puede cumplir un rol en la remoción y transformación de dichas relaciones, dependiendo de la correlación de fuerzas en el marco del conflicto social.

De esta manera, el derecho de propiedad puede tener las notas de absoluto, exclusivo y perpetuo, y contribuir así a una función de distribución desigual de los bienes -propia de los grandes propietarios de la tierra, verdaderos grupos dominantes- o bien puede no acudir a dichas notas y facilitar otras funciones, como la de mejorar de manera igualitaria el acceso y disfrute de los bienes necesarios para la vida digna, tal como lo exigieron los movimientos sociales en las audiencias celebradas.

El hecho de que se crea que sin esas notas características el derecho de propiedad se extinguiría es producto de los mitos que el discurso del derecho realiza, porque el derecho no es sólo violencia monopolizada sino también en un discurso normalizador y disciplinario, que es productor de consenso.

La forma en que se caracteriza y se concibe a la propiedad, depende principalmente de las reglas de redistribución de bienes que se fijen en una sociedad determinada, por lo cual, no existe una única forma de concebir la propiedad⁵⁷. Sin embargo, los estudiosos del derecho

⁵⁷ En efecto, podemos citar a lo largo de la historia ejemplos de bienes declarados inapropiables por personas determinadas, como podían ser el caso de campos y bosques y tierras de pastoreo comunes establecidos en legislaciones antiguas, o incluso el régimen de los pueblos indígenas (Novoa Monreal, 1987:72).

privado se autoasignaron la tarea de administrar el concepto de propiedad, achicando su perspectiva. Esta es una de las mayores ficciones y un éxito ideológico del discurso del derecho tradicional actual puesto al servicio de una doctrina socio económica capitalista, “hacer creer a los juristas que no existe un derecho de propiedad que no se amolde a aquel que requiere una más efectiva aplicación del capitalismo y de su ideología liberal-individualista” (Novoa Monreal, 1987:73). Sin embargo, como venimos sosteniendo en este trabajo, el derecho de propiedad puede (el derecho siempre cambia, aunque así no se presente) y debe (las injustas consecuencias a las que ha llegado el sistema de propiedad individual capitalista reafirman esa necesidad) cambiar.

En el presente trabajo pensamos que es posible pensar y avanzar en otras propuestas del derecho de propiedad que le permitan a éste cumplir otra función, lejos de la desnaturalización y degradación que la doctrina jurídica tradicional ha hecho de este derecho (Novoa Monreal, 1987:74 y 85). Los derechos humanos deben contribuir a una transformación que tenga el objetivo de generar una mayor justicia socioambiental y distributiva, por cuanto, plantean desde su propio marco diferencias respecto de la regulación local (como las ya esbozadas en el primer capítulo y las que profundizaremos en el siguiente capítulo), generando interrogantes críticos a la continuidad de la sacralizada y conservadora concepción de propiedad del Código Civil.

Si como algunos autores refieren (Novoa Monreal, 1987:88) la reforma del Código Civil de 1968 pudo haberse visto condicionada, en su propósito de transformar el carácter absoluto del dominio, por los estrechos marcos de la Constitución Nacional (art.17), lo cierto es que en la actualidad, con la incorporación con jerarquía constitucional de instrumentos de derechos humanos que desarrollan el derecho de propiedad con matices que aportan a una función social, entendemos que dicha dificultades se encuentra ampliamente superadas.

3. Los aportes del marco de derechos humanos al derecho de propiedad inmueble del Código Civil

3.1. Claves del marco de derechos humanos para reformular el derecho de propiedad del Código Civil

En el presente punto, haremos referencia al reconocimiento que hacen los instrumentos y documentos de derechos humanos a la propiedad, tanto a nivel universal como regional. Agruparemos estas referencias en modo de “claves” para pensar, luego, cómo estos pueden contribuir en una reformulación del derecho de propiedad del Código Civil.

3.1.a. El derecho de propiedad reconocido en el marco internacional

3.1.a.1. El reconocimiento de la propiedad en un sentido amplio

La DUDH en su art. 17 reconoce que “toda persona tiene derecho a la propiedad”. Este reconocimiento, como ya lo hemos señalado, invita a un cambio en la forma de entender y conceptualizar a la propiedad y a su aprovechamiento, a través del cambio de preposición respecto de la Declaración de 1789 (entre “de” y “a”). De esta manera, la DUDH pretende amparar el derecho de todas las personas de acceder a la propiedad. En palabras de Novoa Monreal (1987:100), “el cambio es enorme, pues modifica el alcance conservador de la primera Declaración (la de 1789), para convertirse en un llamado para que el ordenamiento jurídico busque formas nuevas, a fin de que los actuales desposeídos obtengan también los bienes que necesitan”.

A su vez, la DUDH reconoce no sólo el acceso a la propiedad individual, sino también el acceso a la propiedad colectiva, y “elimina, por ello, la unilateralidad de un régimen jurídico liberal-individualista que cree que es propiedad al servicio de los seres humanos únicamente la privada (individual o particular) y entra a reconocer la propiedad colectiva (...)” (Novoa Monreal, 1987:101). Por lo que “en el futuro no será posible ya sostener que solamente la propiedad privada satisface las necesidades de la vida humana; también habrá de ser considerada la propiedad colectiva como un régimen admisible (...) Con ello se pone fin a la aspiración conservadora de ver derecho de propiedad únicamente en la propiedad privada” (Novoa Monreal, 1987:101).

La importancia que tiene la DUDH como catálogo autorizado de los derechos humanos es fundamental en el ámbito universal. Si bien fue aprobada como un instrumento no vinculante, lo

cierto es que “estableció normas universales que han pasado a convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario y que, como tales, se consideran obligatorias en la doctrina y la práctica del derecho internacional” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 180). Ello, sin perjuicio del rango constitucional que dicha declaración tiene en Argentina donde sus disposiciones valen como la constitución misma.

A nivel regional, la DADH en su art. XXIII si bien sólo hace referencia expresa al acceso a la propiedad privada, realiza un aporte importante al reconocer sólo una porción de la propiedad privada, esto es, aquella “correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

Lo expuesto por la DADH es necesario interpretarlo junto con lo expuesto por la CADH, la que reconoce el derecho de toda persona “al uso y goce de sus bienes” en su art. 21. Es dable destacar que la CADH opta por la expresión “uso y goce de bienes” en vez del concepto de “propiedad”. En este sentido la Corte IDH, órgano encargado de aplicar la CADH, ha hecho especial referencia señalando que:

Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase ‘[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público’ por la de ‘[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social’. Es decir, se optó por hacer referencia al ‘uso y goce de los bienes’ en lugar de ‘propiedad privada’ (...) En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento, las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente, prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención. (Corte IDH, Caso Awas Tingni, 2001, párr. 145)

De esta manera, la Corte IDH reconoce que desde la misma Comisión que preparó el texto de la CADH, se decidió que su ámbito fuera lo suficientemente amplio como para responder a las necesidades de las diversas realidades existentes en los distintos Estados parte de la CADH, y así, se prescindió de un tipo de propiedad determinado y se optó por la referencia al *derecho al uso y goce* de los bienes.

La Corte IDH, así como la Corte Europea de Derechos Humanos, reafirman que los tratados de derechos humanos son “*instrumentos vivos* cuya interpretación tiene que hacerse de una forma adecuada con la evolución de los tiempos y de las condiciones de vida actuales” (Caso Awas Tingni, 2001, párr. 146 y Caso Yakye Axa, 2005, párr. 125.)

De esta manera, podríamos ya adelantar que en el marco internacional de derechos humanos encontramos el reconocimiento del derecho de propiedad de los bienes, pero en un sentido en el cual, dicho reconocimiento no se circunscribe a la existencia de un sólo tipo de propiedad, una sola forma de relacionarse con los bienes, ya que en efecto, se reconoce el derecho de uso y goce de los bienes en lugar de la expresión propiedad.

Así, el marco internacional amplía el concepto de propiedad y demuestra que no hay un concepto uniforme y único, sino que, reconoce otras formas de propiedad “mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista)” (Del Voto Razonado de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en *Awas Tingni*, párr. 9).

Este reconocimiento amplio que el derecho internacional de derechos humanos le da a la propiedad lo encontramos de manera clara en la protección que se le da a la propiedad, la cual no depende de la existencia de un título formal.

De esta manera, la posesión también se encuentra protegida por los instrumentos de derechos humanos. En efecto, en el Caso Tibi (2004) la Corte IDH entendió que el art. 21 de la CADH protege el derecho de propiedad en un sentido que también comprende la posesión de los bienes (párr. 218).

En esta misma línea, la Corte IDH también ha establecido que la posesión tradicional de tierras tiene efecto de título. En el caso de las comunidades indígenas, que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus “prácticas consuetudinarias”, pero que carecen de un título formal de propiedad, la Corte IDH ha señalado que la posesión de la tierra debe bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte IDH llega a esa afirmación, teniendo en cuenta que la estrecha relación de los indígenas con su tierra es la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, señaló la Corte, “su nexo comunal con el territorio no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Caso *Moiwana*, 2005, párr. 131 y Caso *Awas Tingni*, 2001, párr. 149 y 151).

La Corte IDH ha sostenido, que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado y otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro (Caso *Awas Tingni*, 2001, párr. 151). Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre ellas, aún a falta de título legal.

Los Principios Pinheiro (2005) también han brindado protección y derechos de restitución para aquellos casos que no resultan ser derechos de propiedad formal pero que implican otros derechos posesorios, y así se ha establecido que,

Los Estados deben velar por que en los programas de restitución se reconozcan los derechos de los arrendatarios, de los titulares de derechos de ocupación social y de otros ocupantes o usuarios legítimos de las viviendas, las tierras o el patrimonio. Los Estados se deben comprometer, en la mayor medida posible, a que estas personas puedan regresar y recuperar y utilizar sus hogares, tierras y patrimonio en condiciones similares a las de los titulares de derechos de propiedad oficiales. (Principio 16.1)

Por último cabe resaltar que, resulta fundamental que el reconocimiento que los tratados internacionales de derechos humanos realizan respecto de la propiedad sea conjugado bajo el principio pro homine.

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos⁵⁸. (Pinto, 1997:163)

El reconocimiento amplio de la propiedad establecido en los tratados internacionales y conjugado bajo el principio pro homine, debe ser incorporado en el orden local en la medida en que resultar ser la interpretación más extensiva de los derechos humanos. Así ha ocurrido en algunos países, como por ejemplo en Costa Rica, en donde existe una recepción local jurisprudencial de una transformación de la concepción clásica de propiedad “y al mismo tiempo la existencia ya no sólo de la propiedad sino de varias propiedades que por su naturaleza pueden tener un trato diferente en armonía con las condiciones de la vida moderna” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 314).

⁵⁸ V. gr., art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

3.1.a.2. Los objetos y sujetos de las relaciones de propiedad

La DADH señala que el objeto de la protección de la relación de propiedad consiste en aquellos bienes que se corresponden con las necesidades de la vida digna, al decir que “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” (art. XXIII).

La Corte IDH, por su parte, ha brindado ciertas pautas respecto de qué se entiende por bienes y en este sentido ha dicho que los bienes pueden ser definidos como aquellas “cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor” (Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, 2001, párr. 122 y Caso Awas Tingni, 2001, párr. 144). Esta conceptualización de la Corte IDH ha recibido varias críticas, puesto que resulta ser una definición tan laxa que ha llegado incluso a considerar como bienes protegibles por el art. 21, a paquetes accionarios, como resulta en el Caso Ivcher Bronstein (2001)⁵⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte no es completamente uniforme, y así nos encontramos con otros casos en los cuales, la Corte IDH desliza que existe una cierta categoría de bienes que por la función que cumplen para un determinado grupo merecen una mayor protección, puesto que la violación en estos casos es de especial gravedad. Así, en el caso Masacres de Ituango (2006), la Corte IDH reconoció que el daño que sufrieron las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, así como la destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico y material constituyó la pérdida de sus “más básicas condiciones de existencia” por no ser sólo de bienes materiales, sino “de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado”. Todo ello hace que, “la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad” (párr. 182).

Cuando hablamos de referente social básico, estamos aludiendo a que el derecho de propiedad, para muchos grupos de personas como los que recién mencionamos, no sólo está

⁵⁹ Además, esta sobreutilización del derecho de propiedad, ha llevado a la Corte IDH, en casos en los cuales estaban en juego derechos claramente económicos y sociales (como resultan ser los créditos previsionales) y en los que podía expedirse sobre la justiciabilidad de los DESC, a considerar sin embargo, la existencia de la violación al derecho de propiedad (Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98). Véase crítica en Courtis (2005), en la que explica a su vez que incluso se ha protegido el derecho cultural de los pueblos indígenas también por su conexidad con el derecho de propiedad, como resulta en el Caso Awas Tingni, 2001.

relacionado con un nivel económico o material, si no que trasciende a un nivel en el cual está vinculado con las más básicas condiciones de existencia, con un plan de vida, con la preservación de la identidad como comunidad.

En la misma línea, se pronunció la Corte IDH en el Caso Masacres de El Mozote (2012), en el cual reconoció que la pérdida de la propiedad que sufrieron las comunidades campesinas, en especial respecto de sus territorios, era de especial gravedad por cuanto resultaba ser la de las más básicas condiciones de existencia, que en términos de la perito consistía en la “p[é]rdida de significación tanto afectiva como material, en el universo campesino. Tierra arrasada constituye una marca de vulneración y estigmatización de los militares que los victimarios crearon. La dimensión del horror perpetrado allá quiso acabar con la zona, con toda su gente, vaciar el territorio, expulsarles de allá (...)” (párr. 180).

Siguiendo esta línea, en el caso Masacres de Ituango (2006), la Corte IDH acercó un concepto de propiedad en cuanto derecho humano, tomando una concepción de la Corte Constitucional Colombiana (1992):

La Corte quiere asimismo evidenciar que el derecho a la propiedad privada es un derecho humano cuya vulneración en el presente caso es de especial gravedad. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que **‘la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna’**. (lo destacado es propio) (párr. 181)

Se desprende de este último fallo, la idea de que no todos los objetos de la propiedad tienen el mismo reconocimiento y protección. Aquellos bienes que se relacionan con las condiciones de existencia necesarias para la vida digna, merecerían una protección especial, incorporando así al sujeto como el eje fundamental. Nosotros entendemos, como lo adelantamos en el primer capítulo (1.2.b), que resulta ser éste el aspecto que debería ser considerado como propiedad en cuanto derecho humano. La violación del derecho de propiedad en relación con estos bienes es de especial gravedad, por la función que estos bienes cumplen (mantenimiento de las más básicas condiciones de existencia) para determinadas personas o grupos.

De esta manera, el reconocimiento del derecho de propiedad varía en base a los bienes de que se trate, pero principalmente, en su relación con los grupos y sujetos que intervienen en el vínculo de propiedad. Resultan ser dos elementos (bienes y grupos o sujetos) en relación, ya que la “función” es un concepto que relaciona. Existe un reconocimiento especial y un otro entendimiento (distinto al tradicional concepto regulado en el Código Civil) de qué significa la propiedad para ciertos grupos y sujetos. A continuación mencionaremos algunos de ellos a modo de ilustrar lo expuesto.

Empezaremos con el caso de los pueblos indígenas. El Sistema Interamericano, a través de informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pero principalmente a través de las sentencias de la Corte IDH, ha avanzado en la conceptualización de la posesión y propiedad de las tierras y territorios de las comunidades indígenas. La propiedad indígena y su reconocimiento por parte de los instrumentos internacionales y los órganos competentes nos plantean la existencia de otras formas de concebir y entender la propiedad.

Si bien la CADH no reconoce expresamente la propiedad comunal, como sí lo hace la DUDH, la Corte IDH ha entendido que el artículo 21 de la CADH incluye también la protección del derecho a la propiedad comunitaria indígena y que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Caso Awas Tingni -2001-, párr. 149). El caso Awas Tingni fue el primero en tratar la cuestión del derecho de propiedad comunal sobre la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas y se convirtió en el leading case de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia (Del Toro, 2008).

En este caso, la Corte IDH condenó al Estado Nicaragüense por haber violado el derecho de uso y goce de los bienes. Si bien Nicaragua posee una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena, la violación se produjo toda vez que el Estado no delimitó y demarcó la propiedad comunal y otorgó concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que debía recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondiente (Caso Awas Tingni, 2001, párr. 23). De esta manera el derecho de acceder a la propiedad comprende, para el caso de ciertos grupos, acciones que superan el simple reconocimiento formal, como la demarcación, la delimitación y la titulación de las tierras.

En los Casos Yakye Axa (2005) y Sawhoyamaxa (2006) la Corte IDH determinó que los Estados deben instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados, dicho en palabras propias de la Corte, los Estados “deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras” (párrs. 102 y 111 respectivamente).

En el caso Sawhoyamaxa (2006) la Corte IDH precisó que las nociones de dominio y posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del art. 21 de la CADH. Remarcó también que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, “equivaldría a sostener que sólo existe una forma de

usar y disponer de los bienes, lo que significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (párr. 120 y Corte IDH, Caso *Xákmok Kásek*, 2010, párr. 87).

El marco de derechos humanos amplía la concepción clásica de propiedad y aporta a la protección de las distintas versiones y relaciones de propiedad:

Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la *diversidad* cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado "relativismo" cultural. La interpretación y aplicación dadas por la Corte Interamericana al contenido normativo del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* representan, a nuestro modo de ver, una contribución positiva a la protección de la forma comunal de propiedad prevaleciente entre los miembros de dicha Comunidad. Esta concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir. (Del Voto Razonado de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en Caso *Awás Tingni*, 2001, párrs. 14 y 15)

A través de todos estos casos, vemos cómo la Corte IDH no sólo está hablando del caso de los pueblos indígenas si no que reafirma que existen muy diversas formas de relacionarse con los bienes y con la propiedad, y que todas ellas merecen igualmente reconocimiento y protección.

Ello por cuanto en muchos casos, como en el de los derechos territoriales indígenas, estos abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida (Caso *Yakye Axa*, 2005, párr. 146). La tutela del ejercicio de la propiedad colectiva indígena, a diferencia de la posesión individual en el derecho real clásico, no se realiza exclusivamente sobre la relación de dominio directo sobre las tierras, sino que se protege también la relación de contenido cultural e histórico. Además el término “posesión” referido tanto por el Convenio 169 de la OIT (art. 14 inc. 1), como en el derecho interno por la CN (art. 75 inc. 17), tiene características diferentes a la posesión regulada en el Código Civil, en especial en cuanto al modo de ejercerla y de ser acreditada. La posesión indígena no requiere voluntad de sometimiento, sino cumplir con la exigencia de “ocupación tradicional”, por lo que la prueba remite a elementos antropológicos, culturales e históricos y al propio relato de los miembros de la comunidad, que definen el modo en que se ejerce la ocupación.

En el ámbito universal, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (especialmente los arts. 13 a 19), de jerarquía supralegal en Argentina, y la Declaración

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, receptan y regulan los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT define a las “tierras” indígenas como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13). También prevé obligaciones de respeto y de promoción a cargo del Estado como las de: reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, incluso aquellas tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art.14, inc. 1); tomar medidas para determinar los territorios y garantizar efectiva protección (art. 14, inc. 2); tomar medidas para que los pueblos regresen a las tierras que tradicionalmente ocuparon (art. 16, inc. 3); respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras (art. 17, inc. 1); prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada a las tierras de los pueblos (art. 18), entre otros.

Como se puede apreciar de las medidas específicas a las que se refiere el Convenio 169, la propiedad comunitaria a la que hace referencia dicho Convenio no es la misma propiedad a la que hace referencia el Código Civil. Ello por cuanto, “corresponden a orígenes y formas de ejercicio diferentes. El Código Civil está inspirado en relaciones propias del derecho privado de occidente, que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena sobre las tierras y territorios” (Ramírez: 2012).

Esta desarticulación y la consecuente necesidad de amoldar el derecho interno de propiedad a los estándares sobre los derechos de los pueblos indígenas surge patente de los diversos pedidos de asistencia técnica que han realizado varios gobiernos a la OIT a fin de revisar sus respectivas leyes en materia de derechos de los indígenas a las tierras y los recursos (véase Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 386).

Junto a los pueblos indígenas, la Corte IDH ha establecido la situación de los pueblos tribales equiparando ambas comunidades en cuanto al desarrollo de la protección que se les ha dado, puesto que ha entendido que el pueblo tribal si bien “no es indígena a la región”, comparte características con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por su propias normas, costumbres o tradicionales (Corte IDH, Caso Saramaka, 2007, párr. 79).

Por otro lado, nos encontramos con el caso de las comunidades campesinas, el que presenta otros matices. Por un lado, a nivel universal, existe una laguna normativa al no haber una protección específica respecto de los derechos de los campesinos y otras personas que

trabajan en zonas rurales. Esos grupos de personas han sufrido una discriminación histórica y persistente en muchos países del mundo, y la protección actual de sus derechos es insuficiente para superar esa situación. En efecto, estas personas “constituyen el 80% de los habitantes del mundo que pasan hambre” (Estudio campesinos, 2012, párr. 73).

Frente a esta injusta realidad es que dicho Estudio (2012) afirma la necesidad de que los Estados protejan mejor los derechos de los campesinos, aplicando las normas internacionales vigentes, así como también los instrumentos jurídicos no vinculantes que dan mayor visibilidad a las normas de derechos humanos que protegen los derechos de los campesinos, como pueden ser los Principios “Pinheiro” (Estudio campesinos, 2012, párr. 66).

Entre los instrumentos y documentos no vinculantes que protegen los derechos de los campesinos, nos encontramos también con el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (2009), el que consiste en un conjunto de medidas y principios mínimos en materia de derechos humanos, que establecen criterios de respeto de las normas vigentes de derechos humanos que deben cumplir los Estados y las empresas en el proceso de adquisición o arrendamiento de tierras en otros países.

Por otra parte, en cuanto al reconocimiento del derecho a la tierra, el cual no tiene una protección expresa, el Relator Especial sobre una vivienda adecuada (2007) recomendó al Consejo de Derechos Humanos de la ONU que reconociera el derecho a la tierra en las normas internacionales de derechos humanos, lo que también fue compartido por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (2010).

La FAO ha puesto de relieve en los principios aprobados en la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural (Roma 1979) la primacía de la justicia social, y destacó la “importancia de los derechos colectivos a la propiedad rural” prestando especial atención a los derechos consuetudinarios sobre la tierra reconocidos a los grupos locales y a la necesidad de que en el sistema de la Naciones Unidas se establezcan principios y mecanismos para aplicar y preservar estos derechos (Informe Experto propiedad, 1994, párr. 396).

De esta manera, si bien todavía no existe un instrumento específico a nivel universal que reconozca los derechos de los campesinos⁶⁰, la preocupación se encuentra instalada como una necesidad de “rebasar el marco de las normas vigentes y colmar las lagunas existentes en la normativa internacional de derechos humanos” (Estudio campesinos, 2012, párr. 67) y

⁶⁰ Como mencionamos en el punto 1.2.a, se encuentra en tratamiento junto con las organizaciones campesinas el proceso de discusión de un nuevo instrumento jurídico.

reconocer otras formas de derechos de propiedad, como es el derecho a la tierra, de acceder de manera segura a uno de los recursos productivos más importantes, junto con “las semillas, el riego en pequeña escala, los caladeros de pesca o los bosques” (Estudio campesinos, 2012, párr. 69). Además, como dijimos en los párrafos anteriores, lo cierto es que existen otros instrumentos vigentes (vinculantes y no) que pueden conjugarse para brindar protección a la situación específica de los campesinos

En el sistema interamericano, la laguna existente respecto del reconocimiento específico de los derechos de los campesinos, ha generado pretensiones de “indigenización” por parte de algunas comunidades (López y Maldonado, 2009:100). Sin perjuicio de ello, lo cierto es que existen puntos en común entre campesinos y pueblos indígenas y afrodescendientes, tales como

(...) (i) la estrecha relación del uso y goce de las tierras que ocupan desde hace varias décadas con su existencia como comunidades y con la realización de los planes de vida de cada uno de sus miembros y (ii) el hecho de que están igualmente expuestas al despojo de sus terrenos por parte de poder que actúan al margen de la ley y de agente económicos importantes. (Lopez y Maldonado, 2009:101)

Por ello es que, de la protección dada por la Corte IDH a las comunidades indígenas, se pueden destacar ciertos aspectos que resultan aplicables al caso de las comunidades campesinas (Lopez y Maldonado, 2009:80). Ello ya que, si bien la forma en la cual los pueblos indígenas tienen de relacionarse con la tierra, no es la misma en la cual lo hacen los campesinos, lo cierto es que, tampoco podemos considerar que la forma en que tienen los campesinos de relacionarse con la tierra es la misma que tienen otros sectores de la “comunidad nacional” (en los términos expuestos por la Corte IDH en el Caso Saramaka, 2007, párr. 79).

En efecto, la Corte IDH ha establecido concretamente que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes dadas por la cultura, los usos y las costumbres, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes y haría ilusoria la protección del art. 21 de la CADH para millones de personas (Caso Sawhoyamaya, 2006, párr. 120 y Xákmok Kásek, 2010, párr. 87). Así, entendemos que la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce que en la protección del derecho a la propiedad “se deben atender las necesidades particulares de las personas, en la medida en que, por ejemplo, su relación con los bienes trascienda de lo económico o material y este íntimamente ligada con su plan de vida, con su referente social básico” (López y Maldonado, 2009:101).

Finalmente, podemos también mencionar el caso de las mujeres, como otro de los grupos que resultan considerados especialmente en relación con el derecho de propiedad. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se aproxima al contenido de la propiedad (Informe Experto propiedad, 1994, párr. 90), afirmando

en su art. 16 inc. h. que los Estados asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”, haciendo así referencia a que el contenido del derecho de propiedad implica un conjunto de facultades (gestionar, administrar, disponer, etc.). A su vez, el art. 14 protege específicamente el derecho de las mujeres que viven en zonas rurales a acceder sin discriminación alguna a los recursos de producción, incluidos la tierra, el acceso al trabajo, a una vivienda adecuada y a los programas de seguridad social, salud, educación y formación profesional.

En esta línea, en su reciente informe del año 2013 (en adelante “Informe sobre seguridad en la tenencia”) la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada Raquel Rolnik, señaló que:

La discriminación por motivos de género existe en todos los tipos de sistemas de tenencia de la tierra. Las leyes, actitudes y costumbres patriarcales afectan a la gobernanza de la tierra en numerosas sociedades. En muchos casos, la financiarización de la tierra y la vivienda ha marginado aún más a las mujeres y ha reducido la seguridad de su tenencia (...) la promoción y el reconocimiento jurídicos de los diversos arreglos de tenencia es fundamental para eliminar los obstáculos a la seguridad de la tenencia de las mujeres, ya que, en la actualidad, las mujeres son mucho menos propensas a tener tierra en propiedad que los hombres. (párrs. 60 y 61)

También destacó un punto fundamental, en relación con la adopción de medidas para dar respuesta a la vulnerabilidad de las mujeres y los niños con respecto a la seguridad de la tenencia en caso de ruptura de las relaciones conyugales, en particular como consecuencia de la violencia en el hogar. En tales casos, señaló que,

Debe darse prioridad a la seguridad de tenencia de las mujeres y los niños. Numerosos ordenamientos jurídicos autorizan a las víctimas de la violencia en el hogar a permanecer en el hogar familiar, y disponen el alejamiento del agresor (...) Cuando no sea viable permanecer en el hogar familiar, los Estados deberían garantizar que las víctimas tengan acceso a otra vivienda adecuada en la que goce de seguridad de tenencia. (párr. 64)

Como acabamos de ver, el avance interpretativo en relación con las distintas funciones y valores que tiene la propiedad para los distintos sujetos y grupos, no resulta sólo aplicable a los pueblos indígenas, sino que abre sus puertas a aquellas personas y grupos (como los recién mencionados) que tienen una relación particular con la tierra y la propiedad. Desconocer las diversas versiones específicas de la propiedad que tienen estos grupos, no sólo significa hacer ilusoria la protección del derecho de propiedad sino que además resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación.

En efecto, la Corte IDH ha entendido que los Estados, para garantizar efectivamente los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción, “deben tomar en consideración las

características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 51 y Caso Sarayaku, 2012, párr. 162) todo ello de conformidad con el principio de igualdad ante la ley (art. 24 y 1.1. de la CADH).

Ello también ha sido destacado por la CIDH en sus alegatos en el Caso Awas Tingni (2001, párr. 140 pto. b) al afirmar que “no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación”. Asimismo, la CIDH ha dicho que el derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación conlleva el deber del Estado de “establecer los mecanismos legales necesarios para aclarar y proteger el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, al igual que se protegen los derechos de propiedad en general bajo el sistema jurídico doméstico” (CIDH, 2009, párr. 61).

Si los Estados no observan estos mecanismos “lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos (Del Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en Caso Awas Tingni, 2001, párr. 13).

De esta manera, el reconocimiento de otros entendimientos de la propiedad que amplíen la concepción de la visión liberal individualista de la simple relación con bienes, adaptándose al papel que otros grupos le dan a la propiedad y que en muchas situaciones está vinculado con las más básicas condiciones de existencia, también se encuentra reforzado por el principio de igualdad y no discriminación.

3.1.a.3. Las implicancias y consecuencias de la falta de acceso o la pérdida de la propiedad en cuanto derecho humano

Para finalizar este apartado 3.1.a., en el presente punto veremos cómo el propio marco internacional de derechos humanos hace referencia a las negativas consecuencias que conlleva la falta o la pérdida de la propiedad para los derechos humanos. Ello, ya que,

En muchas sociedades, sólo algunos individuos o un número limitado de ellos ejerce el derecho a la propiedad. Hay una notable desigualdad en la distribución de la propiedad. Por consiguiente, la pobreza, como acumulación de privaciones y dependencias, suele ir acompañada de violaciones de los derechos humanos y agravios de la dignidad humana; la plena dependencia de arbitrio de otros en materia económica, social, política y cultural da lugar a discriminación y socava la propia existencia humana. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 173)

La propiedad en cuanto derecho humano se encuentra, así, vinculada con necesidades humanas fundamentales. La falta o pérdida de la propiedad, puede conllevar distintas violaciones para los derechos humanos.

En primer lugar, nos encontramos con la afectación a la vida digna como consecuencia de la pérdida de la propiedad. Ello, en un punto que va más allá de lo económico o material, y que está relacionado con el referente social básico y con las condiciones básicas de existencia. En este sentido, la Corte IDH en el Caso Masacres de Ituango considera que:

(...) la quema de las viviendas de El Aro constituye una grave vulneración de un bien indispensable para la población (...). Por tales motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no sólo de bienes materiales, sino de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad. Este Tribunal considera, por las razones expuestas, que el apoderamiento del ganado y la destrucción de las viviendas por parte de los paramilitares, perpetrada con la colaboración directa de agentes del Estado, constituye una grave privación del uso y goce de los bienes. (párr. 182 y 183)

En el Caso Xákmok Kásek, la Corte IDH declaró la violación del derecho a la vida digna y que dicha situación se encontraba estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir” (Caso Xákmok Kásek, 2010, párr. 215).

En segundo lugar, la propiedad también se ha vinculado con el desarrollo de otros derechos humanos como la libre determinación, la soberanía y el desarrollo. En efecto, la AG en la resolución 42/115 (1987), y la Comisión de Derechos Humanos en las resoluciones 1987/18 y 1988/19 han

(...) puesto de manifiesto algunos elementos relacionados con los vínculos que existen entre el derecho a la propiedad individual y el derecho a la libre determinación, el derecho a la soberanía sobre todas las riquezas y recursos naturales y el derecho a que se establezca un orden social e internacional. Refiriéndose al artículo 6 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, la Asamblea y la Comisión reafirmaron que el progreso y el desarrollo social exigen el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios de justicia y de función social de la propiedad, de los modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual

derecho a la propiedad para todos y creen entre los hombres condiciones que lleven a una autentica igualdad. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 107)

Ahora bien, de todos los derechos que pueden resultar afectados, la vivienda resulta ser el derecho más vinculado. Así, si bien todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, el derecho a la vivienda es el derecho más estrechamente vinculado con la propiedad individual (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 223, 224, 242). Más aún dado que el derecho a una vivienda adecuada “puede ser una parte integrante e importante del derecho de propiedad, la falta del mismo puede considerarse como privación de otros derechos humanos fundamentales como el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 111).

La vinculación entre propiedad y vivienda adecuada, así como el reconocimiento de la existencia de abusos por parte de quienes resultan ser propietarios, han sido también reafirmados por el Comité de Derechos Economicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su Observación General (OG) N° 4, por cuanto le recuerda a los Estados que:

Para que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción (...) muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a (...) c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar. (párrs. 13 y 17)

Finalmente, el Comité DESC afirma la necesidad de destinar “una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada” (OG N°4, párr. 19).

Frente a las negativas consecuencias que puede generar el derecho de propiedad sobre el derecho de vivienda es que

(...) los gobiernos deben prestar especial atención a los campesinos que carecen de tierra, los desempleados, los trabajadores migrantes, los refugiados, las comunidades indígenas, los ancianos, los enfermos, y otros grupos vulnerables; a la obligación legal de las autoridades locales de proteger a los ciudadanos contra la explotación de los propietarios incluido el hostigamiento de los inquilinos y la

amenaza de desahucio; al mejoramiento de las condiciones higiénicas y ambientales. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 326)

El derecho a la vivienda adecuada no incluye, ni implica necesariamente, el acceso a una propiedad. Sin embargo, la injusticia en la desigual distribución de la propiedad (que conlleva, la falta de acceso a la propiedad, en sus distintas formas, por un lado, y el abuso de la propiedad por el otro) genera condiciones para la vulneración de la vivienda adecuada, especialmente para determinados grupos y sectores, vulnerables y populares, y de ahí la vinculación estrecha que tienen derecho a la propiedad y derecho a la vivienda.

Sin embargo, estos dos derechos no resultan incompatibles desde una perspectiva de derechos humanos. En este sentido cabe mencionar el Informe del Relator Especial de la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, Sr. Rajindar Sachar, a quien fue encomendada la tarea de preparar un documento de trabajo sobre el derecho a una vivienda adecuada.

En su informe final (1995) se esforzó por refutar erróneas interpretaciones que se realizan sobre el derecho a la vivienda y que influyen negativamente a la labor pro derecho a la vivienda. Una de ellas consistía en exponer la falacia de que la aceptación del derecho a la vivienda significaría que todo individuo empezaría a exigir vivienda (párrs. 10 y 11). Al mismo tiempo, resaltó la implicancia de la propiedad en el derecho a la vivienda, al mencionar como causas de la crisis mundial de la vivienda a: la explotación en la esfera de la vivienda, la especulación y mercantilización en la esfera de la vivienda, la pobreza y la privación de medios, y la perpetuación de la carencia del hogar (párr. 8), entre otras.

Un ejemplo de esta situación, a la que hace mención el Relator, consiste en que incluso en un país desarrollado como Estados Unidos, hay entre 3 y 5 millones de personas que carecen de hogar cuando existen miles de apartamentos y casas vacías. En Japón, la situación es similar, con el agravante del aumento del precio de la tierra (véase Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 329). En este sentido es de destacar que en la Ciudad de Buenos Aires, conforme a datos del último censo 2010, de 1.425.840 viviendas censadas, hay 340.975 vacías (cabe resaltar que de ello hay un porcentaje que son oficinas). Ahora bien, de los mismos datos censales, surge que los hogares considerados deficitarios rondan la cifra de 140 mil, lo que significa que las viviendas desocupadas en la CABA superan dos veces y medio el déficit (véase detalle de datos en Fernández Wagner, 2014).

En una anterior presentación del informe (1994) el Sr. Sachar hizo específicamente referencia al derecho a la vivienda frente al derecho de propiedad y en este sentido también refutó una serie de mitos que existen en relación con el derecho a la vivienda. Así, señaló como:

Mito 3: El derecho a la vivienda es menos fundamental que el derecho de propiedad” y en relación con ello dijo que “a medida que el mundo va tendiendo casi ciegamente a dar soluciones de mercado a los males sociales crónicos, se puede percibir una tendencia pronunciada a restar importancia al derecho a la vivienda y a promover el derecho de propiedad. Si bien se han hecho importantes esfuerzos para poner en evidencia la relación interactiva y fundamentalmente positiva que existe entre ambos derechos, por ejemplo en los informes del Relator Especial sobre el derecho de propiedad (*al que hacemos referencia en el presente trabajo*), en general no se tienen en cuenta las diferencias entre ambos ni sus respectivas interpretaciones judiciales (...) El Relator Especial quisiera recordar a los gobiernos y a otras entidades que estos dos derechos son compatibles entre sí, cada uno de ellos está incluido en el otro y a la vez son distintos. Es común que los tribunales y el legislador limiten el ejercicio del derecho de propiedad para proteger el derecho a la vivienda, como en el caso de las restricciones impuestas a los propietarios de viviendas. Pese a que suele considerarse que ambos derechos son inconciliables entre sí, la promoción de los aspectos sociales del derecho de propiedad y, naturalmente, las cuestiones relativas al acceso a la tierra y demás cuestiones análogas son fundamentales para proteger globalmente los derechos humanos. (lo resaltado en *itálica es propio*) (párr. 21)

Por último, podemos mencionar la implicancia que la propiedad tiene en el derecho a la alimentación. La falta de acceso por parte de las poblaciones campesinas y otras personas que trabajan en zonas rurales a una parcela de tierra suficiente, y el desplazamiento y expropiación en el espacio rural de las tierras que ocupan, son ejemplos de estas implicancias. En este sentido cabe resaltar que:

Entre 1995 y 2005, FIAN Internacional se ocupó de más de 100 casos de violaciones del derecho a la alimentación y concluyó que la mayoría de ellos se debían a la expropiación de tierras y a desalojos y desplazamientos forzados. La mayoría de los llamamientos urgentes del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación se basan también en denuncias de expropiación de tierras, desalojos y desplazamientos forzados. El reciente fenómeno mundial del "acaparamiento de tierras" ha añadido otra dimensión a esas inquietudes; distintos gobiernos y empresas tratan de adquirir y arrendar vastas extensiones de tierra productiva en otros países para exportar alimentos a sus países u obtener biocombustibles para llenar los depósitos de carburante del Norte. (Estudio campesinos, párr. 25)

Debido a esta estrecha relación entre propiedad y derecho a la alimentación, es que el PIDESC en su art. 12 al reconocer el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre dispone que los Estados deberán mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante técnicas como “la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales”. En esta línea, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (2010) recomendó a los Estados que ejecuten programas de redistribución de tierras “cuando un alto grado de concentración de la propiedad de la tierra (...) coexista con un nivel significativo de pobreza rural atribuible a la carencia de tierras o al hecho de que los pequeños agricultores cultivan

parcelas excesivamente pequeñas” (párr. 42 a.) para asegurar el goce del derecho a la alimentación.

3.2. Alcances del derecho de propiedad: límites, protección y deberes específicos que impone la propiedad

Hemos desarrollado hasta aquí la mención que realizan los instrumentos y documentos de derechos humanos respecto de la afirmación del derecho de propiedad en un sentido amplio, así como de sus implicancias en el goce de otros derechos humanos. En el presente punto ahondaremos en el contenido y alcance de este derecho preguntándonos, cuáles son las limitaciones del derecho de propiedad (especialmente la particular o privada) y cuál la protección y los deberes específicos que impone al Estado y que han tenido reconocimiento en dicho ámbito internacional.

Tanto para las limitaciones como para las protecciones y deberes específicos a las cuales haremos referencia, es importante destacar que de manera subyacente estará la idea del carácter polivalente y polifuncional de la propiedad. Como ya hemos expuesto (en los puntos 3.1.a.1 y 3.1.a.2), el reconocimiento del derecho de propiedad varía en base a los bienes y sujetos que intervienen en esas relaciones de propiedad, lo que será tenido en cuenta para desarrollar las limitaciones, las protecciones y los deberes específicos.

3.2.a. Limitaciones al derecho de propiedad

El art. 17 de la DUDH establece que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Con relación a dicha disposición algunos juristas afirman que la garantía del propietario ha cambiado de manera fundamental “lo único que se reclama ahora para privar a un propietario de una cosa de su dominio es que la privación no sea arbitraria” (Novoa Monreal: 1987:102), por lo que,

(...) la noción de propiedad (...) no es más el derecho inviolable y sagrado, anterior y superior al Estado, que no cedería sino por excepción a las exigencias del interés público mediante una previa y justa indemnización (...). (Chenot, B: 1965)

La CADH realiza una redacción diferente respecto de la protección y los límites de la propiedad. En este sentido, cabe señalar que “parece evidente que la presión norteamericana ha debido imponer un paso atrás tan flagrante” en relación con la DUDH (Novoa Monreal: 1987).

Así, la CADH en su art. 21 establece que “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”, y agrega también que si

bien toda persona tiene derecho al uso y goce de los bienes “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Más allá de las diferencias, lo cierto es que en ambos textos, se reconocen límites mayores a la propiedad que en la Declaración de 1789 (la propiedad es inviolable y sagrada).

Los límites a la propiedad permiten que “el gobierno puede restringir o limitar las formas de propiedad privada, comunal, estatal o social en el marco de las disposiciones vigentes de la legislación nacional y de conformidad con las normas internacionales en la esfera de los derechos humanos” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 400). Ello, con el objeto de impedir los abusos de la propiedad, ya que “una de las más grandes desarmonías surge entre la propiedad considerada como garantía de libertad individual y preservadora de la dignidad humana, por una parte, y la concentración de los medios de producción en pocas manos e ilimitada acumulación de riquezas por unos pocos por la otra” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 161).

3.2.a.1. El derecho de propiedad no es absoluto

Lo primero a remarcar, entonces, es que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, razón por la cual, puede ser objeto de restricciones y limitaciones. Ello se desprende del propio art. 21 de la CADH y ha sido afirmado y reiterado por la Corte IDH en numerosas oportunidades⁶¹.

Si bien parece obvia tal afirmación, lo cierto es que en los últimos años se ha realizado un trabajo doctrinal para reforzar la concepción del derecho de propiedad casi absoluto (Fontanez, 2008:167). Así, las controversias de justicia social y medioambiental al día de hoy entrañan, como protagonista jurídico y político, el derecho de propiedad en su vertiente más conservadora. Por lo que, en la actualidad “las políticas de no intervención, junto a una concepción propietaria casi absoluta, imperan como discurso institucional” (Fontanez, 2008:171).

A pesar de este esfuerzo por reforzar el carácter absoluto de la propiedad lo cierto es que no hay ningún sistema económico conocido donde exista el dominio privado absoluto de la propiedad productiva. En efecto,

⁶¹ Corte IDH, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia del 21 de noviembre de 2007); Caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 4 de marzo de 2011); Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas, antes mencionado; Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo (Sentencia de 6 de mayo de 2008) y Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de Enero de 2009), entre otros.

(...) en los sistemas nacionales en que la propiedad productiva no está administrada o controlada por el Estado, su uso privado se encuentra reglamentado en mayor o menor grado por el Estado. Esa reglamentación determina los tipos de uso permitidos y exige que se comparta el valor del producto, mediante la tributación. (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 88)

La FAO también agrega que los derechos de propiedad no son absolutos. Además agrega que incluso, “los derechos adquiridos mediante la acumulación personal de medios de producción pueden considerarse en forma diferente de los derechos adquiridos mediante la acumulación social” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 432).

En el informe del Relator Especial (1994), Sr. Sachar, se hizo específicamente referencia al derecho a la vivienda frente al derecho de propiedad y en este sentido se precisó que en ciertas situaciones se presenta como si hubiese un enfrentamiento directo entre el derecho a la vivienda para todos y el concepto “aparente” de la inviolabilidad de los derechos de propiedad, y que “ello se basa en la hipótesis equivocada de que un leve menoscabo del derecho absoluto de los propietarios perjudicaría el núcleo mismo de la sociedad. Esta opinión está en contradicción con la jurisprudencia y con la sensibilidad moral” (párr. 65).

Asimismo, se afirmó que resulta inadmisibles una utilización sin restricciones de la propiedad privada y que el ejercicio de la propiedad privada ha facilitado la concentración de los medios de producción en pocas manos y la ilimitada acumulación de riquezas por unos pocos, por lo que “resulta ser en este punto en el cual radica la causa de una profunda división de clases entre grandes propietarios y una gran masa desprovista de propiedad” (párr. 74).

De esta manera es que,

(...) no hay ningún derecho que esté sujeto a más condiciones y limitaciones para permitir que el Estado intervenga en favor del interés general, para impedir la discriminación o el uso indebido de la propiedad o promover una distribución justa y equitativa de la riqueza que el derecho a la propiedad. Evidentemente, una vez más, es preciso hallar un equilibrio entre el interés individual, por una parte, y los intereses de la sociedad, por la otra. (Informe Experto propiedad, 1994, párr. 472)

La propiedad no es absoluta, sino que como todo derecho subjetivo, resulta de índole relativa. Los instrumentos y documentos de derechos humanos afirman esta situación. Nos tocaría ahora adentrar en detalle en cuáles son los límites que se le reconocen en el ámbito internacional. Una forma de categorizar a las limitaciones, es atender a la finalidad de las mismas. Así, podemos diferenciar entre aquellas limitaciones que procuran la satisfacción de los intereses sociales (y se imponen en bien de la comunidad), de aquellas que procuran la defensa de otros derechos e intereses privados (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 406). Nosotros sólo abarcaremos aquellas que tienen una finalidad de interés social.

3.2.a.2. La función social de la propiedad como límite

Si bien la función social había sido ensayada anteriormente por Augusto Comte (*Systeme de Politique positive*, 1850) Duguit fue el primero en teorizar ampliamente sobre el tema, proponiendo la transformación de la noción jurídica de propiedad, diciendo que:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad, no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza. (Duguit, 1920; 167 y ss.)

Es decir, el propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa en la satisfacción de sus necesidades, pero también en la satisfacción de las necesidades colectivas.

La tesis de la función social de la propiedad privada constituye la tesis jurídica más vasta y trascendente para limitar el poder absoluto del propietario en el ejercicio de su derecho (Novoa Monreal, 1987:123). La función social de la propiedad privada permite el establecimiento de normas que morigeren los excesos de los propietarios, que limiten las facultades de estos conforme a las exigencias del interés social, que les imponga obligaciones concretas en beneficio social, entre otras. “Esta función social, permite, en consecuencia una enorme variedad de aprovechamientos y una fácil regulación de su alcance” (Novoa Monreal: 1987, 129).

Fuera del campo del derecho, también cabe señalar que la función social de la propiedad como restricción, ha sido afirmada en la doctrina pontificia, a través de las encíclicas “*Mater et magistra*” (apartados 119, 120 y 121) la que dice que “nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social” y “*Populorum progressio*” (apartado 23 que habla específicamente de la propiedad), en el cual dice “el derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común” y si se llegase al conflicto “entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales”, toca a los poderes públicos “procurar una solución, con la activa participación de las personas y grupos sociales”

La CADH al reconocer en su art. 21 la subordinación del uso y goce de los bienes al interés social establece de manera implícita la función social de la propiedad. Esta referencia tácita ha sido confirmada por la Corte IDH al decir que “el derecho a la propiedad privada no es un derecho absoluto” (Chiriboga, 2008, párr.61), sino que

(...) debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. **La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma**, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. (lo destacado es propio) (Caso Chiriboga, 2008, párr. 60)

A ello agregó que, la restricción que se haga al derecho de propiedad debe ser proporcional al interés de la justicia, debiendo satisfacerse el interés social con un justo equilibrio con el interés del particular, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho (véase Chiriboga, 2008, párr. 62). Sin perjuicio de ello, la Corte no dejó de señalar que toda restricción es necesaria para la “consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana” (Chiriboga, 2008, párr. 65).

La función social de la propiedad es un principio que luego es utilizado para la creación de distintas herramientas. Así,

(...) las políticas que promueven la función social de la propiedad tienen por objeto asegurar que la tierra se asigne, utilice y regule de forma que satisfaga las necesidades individuales y colectivas. Dichas políticas establecen limitaciones a los derechos de propiedad privada con el fin de promover los intereses sociales y el bienestar general. Los Estados reconocen intrínsecamente la función social de la tierra, entre otras cosas mediante la recaudación de impuestos sobre la propiedad inmobiliaria, el ejercicio de las facultades de expropiación en aras del bien público, la legislación sobre prescripción adquisitiva, y la planificación urbana en la que se determinan los espacios de uso público y de protección ambiental. Los Estados deberían adoptar medidas adicionales para asegurar que tanto las tierras públicas como las privadas se utilicen de manera óptima para cumplir su función social, en particular el acceso de los pobres de las zonas urbanas a viviendas adecuadas. (Informe seguridad en la tenencia, 1994, párr. 42).

En el ámbito local, además del reconocimiento constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la CN (que incorpora la CADH y su art. 21), el principio de función social de la propiedad se halla reconocido en 14 constituciones provinciales⁶², en la Ley 14.449 (Acceso Justo al Hábitat) de la Provincia de Buenos Aires⁶³. Como fuente histórica podemos mencionar al ya referido art. 38 de la Constitución de 1949.

⁶² El principio de Función Social de la Propiedad se halla normado en las constituciones provinciales de: Córdoba Cap. 4 art. 67; Catamarca art. 8; Chaco art. 40; Chubut art. 20; Formosa art. 45; La Pampa art. 33; La Rioja art. 60; Misiones art. 51 y art. 55 y Río Negro art. 75 y art. 90; Salta art. 75; Santa Fe art. 15 y art. 28; San Juan art. 111; San Luis art. 35; Santiago del Estero art 102.

⁶³ Ley 14449, art. 12: “Función social de la propiedad inmueble. La propiedad inmueble cumple su función social cuando respeta las exigencias y determinaciones expresadas en las Leyes y normas

Por último, quisiéramos realizar una aclaración en relación con la función social y los recaudos que son necesarios para no simplificar este concepto como un concepto equivalente o relacionado con el de “mayor productividad”. En este sentido, Anckersen y Ruppert (2006:110) afirman que en América Latina el desarrollo de la política basada en la función social, fue en muchas situaciones simplificada o utilizada perversamente, generando consecuencias no queridas como las deforestaciones masivas de selvas tropicales. De esta manera el “uso productivo” para demostrar la “posesión” incluye la creación masiva de haciendas en fronteras boscosas, que agravan el problema de la concentración de tierras en la región y contribuyen a los conflictos con ocupantes “improductivos” como las poblaciones indígenas o poblaciones tradicionales.

En relación con esta “utilización perversa”, el Experto Propiedad (1994) dice que en algunos países,

(...) se impusieron limitaciones al tamaño de las explotaciones privadas, y que en otros casos sólo se exigió que los terratenientes cumplieran la “función social de la propiedad”, explotando activamente las tierras no cultivadas. Así, se facultó a los terratenientes para que desahuciaran a los aparceros de las tierras arrendadas y aumentasen la superficie de las tierras cultivadas a fin de evitar la expropiación. (párr. 141)

Otro ejemplo de esta situación se da cuando los Estados, con la finalidad de ejecutar proyectos de "utilidad pública", como el desarrollo de infraestructuras, terminan exigiendo el desalojo de familias pobres de las zonas urbanas con una situación de tenencia precaria (véase Informe seguridad en la tenencia, párr. 56). Todos estos casos, son utilizaciones no deseadas del concepto desarrollado y se encuentran en contraposición con una aplicación del principio de función social acorde al marco internacional antes descrito.

3.2.a.3. La función ecológica de la propiedad con justicia social

Frente a las consecuencias no deseadas, y “la interpretación perversa” de la función social, es que en varias legislaciones de la región encontramos el reconocimiento de la función ecológica de la propiedad. En efecto, en Colombia lo encontramos reconocido de manera expresa en la Constitución (art. 58), mientras que en Brasil (Constitución Política, art. 5º, inc. 22º), Costa Rica (Constitución Política, art. 45), Ecuador (Constitución Política, arts. 66-26 y 321) y Bolivia (Constitución Política, art. 6º) se encuentra reconocido de manera indirecta a través del interés o función social, el que resulta complementado por la legislación y la jurisprudencia. Ello, por cuanto la limitación de la propiedad basada en cuestiones ambientales,

generales, así como en los planes, proyectos y reglamentaciones que regulan la producción del hábitat, con el fin de garantizar la calidad de vida, el uso ambientalmente sostenible del territorio y la justicia social”.

se puede deducir también del interés social. En efecto, en el Caso Chiriboga (2008), la Corte IDH sentenció que la privación del derecho a la propiedad privada que se basa en un interés legítimo o general, como la protección del medio ambiente, representa una causa de utilidad pública legítima.

La sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (2007) explica claramente qué significa la función ecológica de la propiedad.

En la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible.

Si bien la función ecológica de la propiedad no tiene un reconocimiento expreso en el marco internacional de derechos humanos, lo cierto es que los límites que impone el medio ambiente sano a la propiedad individual, y que entrañan la relación entre dignidad humana y medio ambiente sano, se deducen de diversos instrumentos y documentos de derechos humanos. A saber, OG N° 14 del Comité DESC⁶⁴, la Declaración de Estocolmo de 1972⁶⁵, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982⁶⁶, la Declaración de Río⁶⁷ y la resolución 45/94 de la AG de

⁶⁴ En la cual se reconoce que “el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (párr. 4), y con tal fin el deber estatal debe ser el de velar por “reducir y suprimir “ las fuentes de contaminación del “aire, el agua y el suelo” (párr. 36).

⁶⁵ Compuesta por 26 principios, en cuyo preámbulo se lee: “La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, reconoce el bienestar a que tiene derecho el hombre pero sometido a responsabilidad, pero sometido a proteger el medio, “Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras (...) Principio 4. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat, que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos”.

⁶⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 37/7 de octubre 28 de 1982. Sobre el conjunto de valores consignados surgen las siguientes declaraciones y principios: “Los beneficios duraderos que se pueden obtener de la naturaleza dependen de la protección de los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y de la diversidad de las formas de vida, las cuales quedan en peligro cuando el hombre procede a una explotación excesiva o destruye los hábitats naturales (...) El deterioro de los sistemas naturales que dimana del consumo excesivo y del abuso de los recursos naturales y la falta de un orden económico adecuado entre los pueblos y los Estados, socavan las estructuras económicas, sociales y políticas de la civilización (...) “I. PRINCIPIOS GENERALES 4. Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan”.

⁶⁷ Anexa al informe de la conferencia de las naciones unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992. Contiene 27 principios que,

la ONU (sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas) y el Convenio sobre Diversidad Biológica de la ONU de 1992, que entró en vigencia en nuestro país en diciembre de 1993.

La “ecologización de la propiedad” está precedida por el cambio radical del concepto absoluto de propiedad privada previsto en el Código Civil y consiste en la superación del carácter individual de tal derecho para, en su lugar, establecer el conjunto de limitaciones necesarias para salvaguardar, conservar y restaurar un medio ambiente sano.

En esta línea, nos encontramos con el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), el que dispone de la conservación de “áreas protegidas”⁶⁸ en las cuales el Estado debe establecer medidas, entre ellas legislativas, para conservar la diversidad biológica⁶⁹. Si bien, el CDB no establece expresamente la aplicación para áreas que pertenezcan a privados, entendemos que la misma se encuentra sugerida, y que dicho CDB sirve de guía para la adopción de mecanismos internos. En efecto, diversas provincias argentinas han dictado diferentes normas que pueden utilizarse como herramientas para la conservación de tierras en manos de propiedad privada (por ejemplo en la Ley de Reservas y Parques Naturales de la Provincia de Buenos Aires N° 10.907⁷⁰).

Para finalizar, es importante destacar que las limitaciones de la propiedad por cuestiones ambientales, deben “inexorablemente incluir los elementos de justicia social y el respeto de las comunidades como parte intrínseca del medio ambiente, (ya que) de lo contrario están destinados al fracaso” (Fontanez Torres, 2008:173). Son muchos los cuestionamientos que se han hecho de los movimientos conservacionistas que buscan la preservación de la biodiversidad mientras que son indiferentes a la gente que reside dentro o en la vecindad de parques (Fontanez Torres: 2008, 174). Así, para atender problemas medioambientales, se requiere de la integración de otras consideraciones, que resulten de las concepciones más amplias de justicia socioambiental.

En esta misma línea se ha expedido la Relatora de Vivienda al decir que,

aunque pretenden desarrollar los valores de la Declaración de Estocolmo, se reducen a pautas sobre desarrollo sostenible.

⁶⁸ El art. 2 del CDB establece que por “área protegida” se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

⁶⁹ El art. 8° del CDB establece que cada Estado Parte “(...) elaborará directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica” y “(...) establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas”. El art. 14° también establece la necesidad de las evaluaciones de impacto ambiental.

⁷⁰ Para un mayor estudio del tema ver Castelli L. (2002).

el uso incorrecto de la reglamentación destinada a proteger la salud y la seguridad públicas o el medio ambiente para justificar el desalojo de familias pobres sin que exista un verdadero riesgo, o cuando existen otras opciones disponibles, es contrario al derecho internacional de los derechos humanos (*y que*) (...) cuando los asentamientos entrañan riesgos para los recursos ambientales, como los parques, las costas, los ríos, los lagos y los humedales, los Estados deberían estudiar diversas opciones, en consulta con las personas afectadas, para proteger tanto el medio ambiente y la seguridad de la tenencia como los medios de subsistencia de los habitantes. (Informe seguridad en la tenencia, párrs. 36 y 39)

La desigualdad social y la desigualdad ambiental se combinan y potencian, profundizando la vulnerabilidad de los sectores populares. De esta manera, los límites a la propiedad, basadas en la función ecológica, no deben dejar de lado la necesidad de quienes históricamente han cargado los costos de las negativas consecuencias ambientales generadas por grupos hegemónicos de poder (y toleradas por los Estados), a fin de no resultar contrarios al derecho internacional.

3.2.a.4. La propiedad comunal indígena como limitación al derecho de propiedad privada

El reconocimiento de la propiedad indígena en nuestro continente, requiere necesariamente de la limitación de la propiedad privada, teniendo en cuenta principalmente que muchas de las comunidades indígenas han sido despojadas de sus territorios por los Estados Nacionales, y luego a su vez, transferidos por éste a particulares. De esta manera es muy frecuente que se presenten contradicciones entre la propiedad privada particular y la propiedad comunal indígena, que implican en la mayoría de los casos la devolución de los territorios.

A fin de brindar solución a dichas contradicciones, la Corte IDH ha establecido diversas pautas a través de su obrar jurisprudencial. En efecto, en el caso *Yakye Axa* (2005) hace referencia a pautas generales para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos humanos, y así dice que:

Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (...) para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según **objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.** (lo resaltado en negrita es propio) (Caso *Yakye Axa*, 2005, párrs. 144 y 145)

De esta manera, se deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro, y para ello

(...) los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural. (Yakye Axa, 2005, párr. 146)

Es decir, dado que el derecho de propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas se encuentra íntimamente relacionado con otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros, en una forma en la cual su violación implica la afectación de esos otros derechos fundamentales, es que se deben priorizar por sobre la propiedad privada particular. De todas maneras, esto no es una regla general sino que es preciso realizar un análisis de cada caso.

La Corte IDH termina agregando que la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales debe contemplar “el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención” (Yakye Axa, 2005, párr. 148). En cada caso también habrá que analizar qué se considera como indemnización “justa”, tema al cual nos referiremos en el punto 3.2.b.3.

Para finalizar, cabe destacar que, las restricciones que pudieren realizarse a la propiedad privada como consecuencia de preservar la propiedad comunal indígena, se realizan no sólo en razón de “la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización”, sino también en base a los territorios “que hayan adquirido de otra forma”, en concordancia con los términos de la Declaración sobre el Derecho de los pueblos indígenas (art. 26.2).

3.2.a.5. La prohibición de la usura o cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre como restricción o limitación de la propiedad privada

La última parte del art. 21 de la CADH, aunque resulta una limitación fundamental, no ha tenido aún suficiente desarrollo. Las referencias al mismo son, cuanto menos, aisladas. Una de esas menciones la encontramos en el Informe del Experto en propiedad quien refirió que uno de los mayores obstáculos en las reformas agrarias en Latinoamérica ha sido el de las condiciones de explotación en las que se encuentran los trabajadores rurales quienes son incluso vulnerables a “prácticas de reclutamiento y empleo coactivos” (Informe Experto propiedad, 1994, párr. 307). De esta manera, si bien se afirma la existencia de la explotación del hombre por el hombre, no se prevén mecanismos para generar límites o restricciones.

El caso Sawhoyamaxa de la Corte IDH (2006), nos ofrece un ejemplo de cómo media la explotación del hombre por el hombre, en relación con la propiedad. El referido caso se remonta a finales del siglo XIX, momento en el cual, grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron adquiridas a través de la bolsa de valores de Londres por empresarios británicos, como consecuencia de la deuda del Paraguay tras la llamada guerra de la Triple Alianza (contra Argentina, Brasil y Uruguay). La división y venta de estos territorios fue realizada con desconocimiento de la población que los habitaba, que en ese entonces era exclusivamente indígena.

Con los años, las estancias que se iban estableciendo en la zona incorporaron la mano de obra de los indígenas que habitaban tradicionalmente estas tierras, quienes pasaron a ser peones y empleados de los nuevos propietarios. Si bien los indígenas continuaron ocupando sus tierras tradicionales, las actividades de economía de mercado a las que fueron incorporados tuvieron el efecto de restringir la movilidad de los indígenas, concluyendo en su sedentarización (párr. 73.3.). Desde entonces, las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a la propiedad privada y fraccionadas progresivamente. Con ello aumentaron las restricciones de la población indígena al acceso a sus tierras tradicionales, produciendo cambios significativos en las prácticas de subsistencia. Para la alimentación, los indígenas dependerían cada vez más del trabajo asalariado y aprovecharían la residencia temporal en las distintas estancias de la zona para seguir practicando sus actividades de subsistencia (caza, pesca y recolección) (párr. 73.4.).

Las tierras reivindicadas por la comunidad en el Caso Sawhoyamaxa (2006) se encontraban dentro de las que han ocupado tradicionalmente, pero al momento de las reivindicaciones, se encontraban en dominio privado y siendo trabajadas por los dueños. Ellos se negaron a negociar la venta y el Congreso del Paraguay terminó rechazando el proyecto de ley de expropiación de las mismas (párr. 73.74)

El Caso Sawhoyamaxa (2006) nos muestra que resulta necesario reforzar el concepto de la prohibición de explotación como límite a la propiedad, ya que de lo contrario, se pueden llegar a dar situaciones injustas como las de un Estado que tiene que indemnizar a un particular que ejerció explotación sobre comunidades indígenas en relación con la propiedad.

3.2.a.6. La soberanía de los pueblos y la libre determinación como limitación de la propiedad privada

Como señalábamos anteriormente, se ha reconocido en el ámbito de las Naciones Unidas la vinculación entre el derecho de propiedad individual y el derecho a la libre determinación, el derecho a la soberanía sobre todas las riquezas y recursos naturales y el derecho a que se

establezca un orden social e internacional justo. Ahora bien, además de encontrarse vinculados, lo cierto es que el derecho de la libre determinación de los pueblos opera también como un límite al derecho de propiedad particular.

En la Resolución 42/115 de la AG de la ONU (1987) llamada “La repercusión de la propiedad en el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, la AG, dice observar con preocupación que “la concentración del poder económico en manos de las empresas transnacionales puede impedir el logro general y real del derecho a la libre determinación de los pueblos” y que este derecho “abarca el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.

A su vez, la resolución reafirma el contenido del art. 6 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, la que por su parte establece la necesidad de límites a la gran propiedad, como la función social de la propiedad, para conseguir el derecho al desarrollo y la libre determinación de los pueblos. El articulado mencionado dice que:

El progreso y el desarrollo en lo social exigen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad. (art. 6º)

En la misma sintonía se encuentran las resoluciones 1987/18 y 1988/19 de la Comisión de Derechos Humanos.

Asimismo, con anterioridad a la Resolución 42/115, la AG había dictado otras resoluciones que reconocían el derecho de todo Estado a nacionalizar empresas o realizar expropiaciones por razones de alto interés nacional, y apoyadas especialmente en el derecho de los pueblos a la soberanía sobre sus recursos.

Así, nos encontramos con la Resolución 1803 (XVII) (1962), en la cual declara que:

El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado” y que “la exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades. (ptos. 1 y 2)

Asimismo, establece que la soberanía permanente de recursos naturales abarca a la nacionalización y a la requisición como formas de privación de propiedad privada, aparte de la

tradicional expropiación, y en esta línea afirma que “la nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero” (pto.4).

En esta misma línea, nos encontramos con la Resolución 3171 de la AG (XXVIII) (1973) en la cual se reafirma enérgicamente “el derecho inalienable de los Estados a la soberanía permanente sobre todos sus recursos naturales, de la tierra comprendida dentro de sus fronteras internacionales (...)” a la vez que “el principio de nacionalización por los Estados como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales” lo que “implica que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización”.

Finalmente nos encontramos con la Resolución 3281 (1974), también denominada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Esta Carta dispone que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas” (art. 2º, inc. 1), a la vez que el derecho a “nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes” (art. 2º, inc.2.c.). Sin embargo, esta Carta no alcanzó la claridad de la anterior Resolución 3171, ya que “los grandes países industrializados libraron una tenaz batalla para forzar a un retroceso. El texto final, producto de una conciliación entre intereses contrapuestos, contiene puntos vacilantes o, cuanto menos, eclécticos” (Novoa Monreal, 1987:141).

Si bien las resoluciones no resultan vinculantes, es incuestionable su importancia como instrumentos que sirven para confirmar o fortalecer precedentes, prácticas, tendencias, a la vez que servir de pautas orientadoras para la interpretación de otros instrumentos, como puede ser el art. 1º sobre libre determinación de los pueblos⁷¹, que tanto el PIDESC como el PIDCP tienen en común.

Además, en este mismo sentido es que la Corte IDH ha utilizado dicho art. 1º sobre libre determinación de los pueblos para realizar una interpretación amplia del derecho de propiedad del art. 21 de la CADH. En efecto, en el caso Saramaka (2007) ha dicho que el derecho de los

⁷¹ El art. 1º del PIDESC como el PIDCP establece que “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia (...)”.

integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente y que por ello, en dicho caso, el derecho a la propiedad protegido por el art. 21 de la CADH es “interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana (...)” (párr. 95).

3.2.a.7. Limitación de la propiedad por el patrimonio cultural y natural

El patrimonio cultural consiste en “las múltiples actividades y objetos que dan evidencia de estas conductas”. Implícito en la palabra "patrimonio" está también la idea de algo apreciado que debe ser preservado como un legado en el cual están incluidos “objetos culturales muebles (recursos arqueológicos, obras de arte), objetos culturales inmuebles (edificios, monumentos y sitios), actividades expresivas (lenguaje y las artes de ejecución como la música, danza y teatro) y la herencia cultural intangible (folklore, rituales, creencias religiosas, tradiciones intelectuales, destrezas)” (O’Keefe y Prott 1984:7).

El Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, el que ha sido ratificado por nuestro país en 1978, protege al patrimonio cultural y natural, y obliga a los Estados y a sus órganos al pleno respeto y resguardo de estos bienes. Conforme dicho instrumento se considera patrimonio cultural (art. 1º) a: los monumentos (obras arquitectónicas, de escultura, pintura, arqueológicas, etc.), los conjuntos (grupos de construcciones, aisladas o reunidas) y los lugares (obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como los lugares arqueológicos) todo lo cual tenga un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. Por su parte el patrimonio natural (art. 2º), resultan ser los monumentos naturales (constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones), las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas (que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazadas) y los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, todo lo cual también tiene que tener un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

El Convenio establece, a su vez, la “obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio” (art. 4) y para ello el Estado debe “adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio” (art. 5).

Dispone también la figura del “patrimonio universal”, el que se puede constituir, respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los arts. 1º y 2º y **“sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio”** (lo destacado es propio) (art. 6).

De esta manera, si bien las obligaciones impuestas por dicho Convenio a los Estados resultan genéricas, éste establece que para la conservación del patrimonio cultural y natural resulta necesario adoptar determinadas medidas que generan limitaciones a la propiedad. Ello ha sido reconocido en diversas legislaciones de distintos Estados, como por ejemplo en Italia, como un tipo de limitación de carácter público (Ver Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 413).

3.2.b. Protección de la propiedad y deberes específicos para el Estado

En el punto anterior afirmamos y desarrollamos que la propiedad no resulta ser un derecho absoluto, y que por lo tanto puede ser limitado en base a distintas finalidades. Ahora bien, así como tiene límites, también requiere de protecciones especiales que tengan en cuenta el vínculo que la propiedad tiene con aquellos elementos necesarios para una vida digna.

En este sentido, y como ya hemos mencionado, la Corte IDH tiene una línea desarrollada en relación con la protección especial que merecen ciertos bienes por la función que cumplen para ciertos sujetos o grupos (Masacres de Ituango, 2006 y Masacres de El Mozote, 2012). Además, nos encontramos con protecciones que se les brinda específicamente a ciertos grupos como, comunidades indígenas y pueblos tribales, y que también podrían ser aplicables a otros grupos, como lo son las comunidades campesinas, las mujeres, entre otros.

De esta manera, el marco internacional, reconoce que la propiedad merece una protección que tenga en cuenta la necesidad de una determinada comunidad o grupo, generando así, deberes específicos para el Estado. Éste a su vez, no cumplirá con las obligaciones internacionales si simplemente cuenta con esquemas comunes de protección de la propiedad que no tengan en cuenta estos aspectos de protección específica. A continuación, realizaremos una breve mención a diferentes protecciones y deberes que han sido reconocidas tanto por la jurisprudencia de la Corte IDH como por otros documentos e instrumentos.

3.2.b.1. Uso y goce efectivo de la propiedad

Como afirmamos antes, más allá de que el art. 21 de la CADH no reconoce expresamente la propiedad colectiva, la Corte IDH, mediante una interpretación evolutiva del art. 21 de la

CADH, consideró que dicho artículo protege los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (Caso Awas Tingni, 2001, párr. 148 y Caso Yakye Axa, 2005, párr. 120).

Ahora bien, este reconocimiento de la propiedad meramente formal “abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad” (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 143 y Caso Awas Tingni, 2001, párr. 153 y 164), es decir, si no se han establecido mecanismos y medidas internas que permitan el uso y goce efectivo.

En el Caso Sawhoyamaxa (2006), la Corte IDH también advirtió que si bien el Estado en cuestión (Paraguay) reconocía en su ordenamiento el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, este reconocimiento resultaba meramente abstracto o jurídico por cuanto,

(...) dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales. (Caso Sawhoyamaxa, 2006, párr. 143)

De esta manera, la Corte IDH ha entendido que existe una violación de la propiedad cuando el Estado no toma medidas de derecho interno para protegerlo y garantizar su uso y goce efectivo (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 155).

Con este reconocimiento, la Corte IDH amplía y fortalece la protección del derecho de propiedad del art. 21 de la CADH. El uso y goce efectivo de la propiedad genera deberes a cargo del Estado, cuales son las de demarcar, delimitar y titular las tierras, objeto de la relación de propiedad. En este sentido, en el Caso Awas Tingni (2001), la Corte IDH ordenó al Estado a que adoptara en su derecho interno todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter a fin de “crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta” (párr. 122-139).

3.2.b.2. Recuperación de tierras tradicionales

Así como desarrollamos la limitación del derecho de propiedad privada por la propiedad comunal indígena, en el punto 3.2.a.4., a continuación veremos su contracara, es decir la protección que merece la propiedad indígena frente a la propiedad privada en cuanto a la recuperación de las tierras tradicionales.

En el Caso Xákmok Kásek (2010) la Corte IDH estableció que la protección del derecho de propiedad puede significar incluso la recuperación de las tierras tradicionales. En este sentido ha dicho que “la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek es la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*” (párr. 281), por lo que dispone que el Estado adopte todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para asegurar el derecho de propiedad sobre las tierras tradicionales. A su vez, la Corte IDH resaltó que “el vínculo de los miembros de la Comunidad con dichos territorios es fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural, por ello la importancia de su devolución” (párr. 282).

La importancia del deber del Estado de adoptar medidas para cumplir con la devolución de los territorios radica en que,

(...) la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas. (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 154)

En los Casos Yakye Axa (2005) y Sawhoyamaya (2006), la Corte IDH determinó también la necesidad de que los Estados instituyan procedimientos adecuados para procesar las reivindicaciones de tierras a fin de “resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras” (párr. 102 y 108 respectivamente).

Los procesos de recuperación de las tierras implican, en la mayoría de los casos, conflictos con intereses particulares o nacionales. El deber del Estado de cumplir con la devolución de los territorios comunales indígenas,

(...) no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas. (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 149)

La protección de la propiedad comunal indígena, y la consecuente recuperación de sus territorios, también puede incluir la entrega de otros territorios, siempre que la devolución sea objetivamente imposible, es decir,

si por motivos objetivos y fundamentados –entre los cuales, se reitera, no podrán argüirse exclusivamente el hecho que las tierras estén en manos privadas o estén racionalmente explotadas– las autoridades paraguayas resuelven dar prioridad al derecho a la propiedad de los particulares por sobre el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, deberá entregar a éstos tierras alternativas, dentro del territorio tradicional de sus ancestros. La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones. Se reitera que el ofrecimiento de tierras alternativas únicamente será procedente una vez que se haya valorado adecuadamente, conforme a lo indicado en esta Sentencia, que no es procedente la expropiación y que no se hayan concretado las negociaciones para la compra de las tierras. (Caso Xákmok Kásek, 2010, párr. 286)

Las pautas que deben seguirse para la entrega de otros territorios alternativos, han sido señaladas por la Corte IDH en el caso Yakye Axa (2005). En este sentido ha dicho que para que “la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT” (párr. 151), a la vez que, consensuadas con los pueblos interesados conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario. A ello agregó que:

El artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 150)

El deber de devolver los territorios tradicionales también fue extendido a las comunidades tribales. La Corte IDH en el Caso Moiwana (2005) dispuso que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para asegurar a los miembros de la comunidad el uso y goce de la propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados. Dentro de estas medidas “deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales” (Caso Moiwana, 2005, párr. 209).

A nivel universal, la recuperación de las tierras tradicionales, además de ser reconocida en el Convenio 169 de la OIT (art. 16), la encontramos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento del Derecho a la Tierra (especialmente en el art. 28⁷²) y en los Principios “Pinheiro⁷³”. Estos últimos indican que

⁷² Art. 28: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido

frente a las violaciones del derecho a la propiedad y posesiones sobre bienes muebles e inmuebles de las personas desplazadas forzosamente, el medio preferente de reparación es el derecho a la restitución, esto es la devolución de las tierras, viviendas y demás bienes patrimoniales (Principio 2.1. y 2.2⁷⁴). La restitución es incluso aplicable en casos en que existan pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad (Principio 15.7⁷⁵).

3.2.b.3. La indemnización como protección de la propiedad

La DUDH transforma de manera radical (si se toma como referencia la Declaración de 1789) la garantía de los propietarios en relación con la privación de las cosas de las que son titulares. En efecto, para el art. 17 de la DUDH no es necesario acudir a la expropiación clásica, como única vía de privación de la cosa al propietario, ni es indispensable procurar una indemnización total y previa, lo único que reclama es que la privación no sea arbitraria. El hecho de que los bienes no puedan ser privados de forma arbitraria, permitiría afirmar que el derecho de propiedad sí podría ser limitado, restringido y regulado si ello fuera de manera

confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

⁷³ Cabe destacar que los Principios “Pinheiro” tienen una naturaleza inclusiva y son aplicables a todas aquellas situaciones de desplazamiento en que las personas se hayan podido ver privadas de manera “arbitraria” o “ilegal” de sus anteriores hogares, tierras, patrimonio o de sus lugares de residencia habitual. En la práctica, por tanto, esta norma abarca a todos los refugiados y personas desplazadas “a quienes se haya privado de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron” (Principio 1.2) y se aplican a todos los casos de desplazamiento involuntario a raíz de conflictos armados internacionales o nacionales, de violaciones graves de derechos humanos tales como la “limpieza étnica”, de proyectos de desarrollo, de desalojos forzosos, así como de catástrofes naturales o causadas por el hombre (Manual de sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas. Aplicación de los “Principios Pinheiro”. Marzo 2007 http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf)

⁷⁴ Principio 2.1. “Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial”.

Principio 2.2. “Los Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación en los casos de desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva. El derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el regreso de los refugiados y desplazados a quienes les asista ese derecho”.

⁷⁵ Principio 15.7. “En casos de desplazamiento masivo en que existan pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad, los Estados pueden adoptar la presunción de pleno derecho de que las personas que hayan huido de sus hogares durante un determinado período marcado por la violencia o el desastre lo hicieron por motivos relacionados con la violencia o el desastre y que, por tanto, tienen derecho a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio. En dichos casos, las propias autoridades administrativas y judiciales pueden encargarse de determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de restitución que no vayan acompañadas de la documentación necesaria”.

razonable y no “arbitraria”, como puede ser el caso de la privación por “razones de utilidad pública o de interés social”.

La CADH, por su parte en su art. 21, establece que la privación de los bienes debe justificarse en razones de utilidad pública o interés social, siguiendo las formas establecidas por las leyes que reglamenten dichas situaciones, y mediante el pago de una indemnización “justa”. La CADH sí acude a la expropiación como la vía clásica para la expropiación de bienes y la protección de los mismos.

Según el Experto de Propiedad (1994, párr. 357), el derecho internacional reconoce como principio general del derecho a la propiedad individual, que el Estado debe indemnizar en todo caso a los nacionales o extranjeros cuando se expropian sus bienes, ya que la indemnización constituye una protección de la propiedad, una salvaguardia contra los abusos.

Ahora bien, luego de lo expuesto entendemos que gran parte de la discusión se centraría en qué debe ser considerado como “justo” en los términos de una indemnización.

El Experto de Propiedad afirmó la idea de indemnización parcial pero justa, al decir que “en los sistemas jurídicos de las democracias de los países desarrollados se acepta también el principio de una indemnización parcial pero justa” (párr. 357).

Por otra parte, una tendencia, que ha sido reconocida en varias resoluciones de la AG de la ONU, es que cada uno de los Estados fije lo que se considera “justo” teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Así, las Resoluciones 1803 (XVII) (1962) y Resolución 3171 (XXVIII) (1973) de la AG reafirman que la soberanía permanente de recursos naturales abarca a la nacionalización, la requisición como formas de privación de propiedad privada y a la tradicional expropiación y que en estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas, a lo que se agrega que en cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas (confr. pto.4 de la Res 1803 de la AG). La Res 3171 de la AG, agrega que “cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización”.

La Resolución 3281 (1974) de la AG (también denominada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados) agrega que el Estado que adopte las medidas de nacionalizar o expropiar bienes extranjeros “deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes” (art. 2º, inc.2.c.). De esta manera, se reafirma que “lo justo” de la indemnización debe fijarlo el

propio Estado en ejercicio de su soberanía, teniendo en cuenta también las circunstancias de cada caso.

El Caso Chiriboga resulta ser un caso clave para analizar “lo justo” de una indemnización. Sucintamente, el caso trata sobre los hermanos María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga quienes adquirieron por sucesión de su padre (entre 1974 y 1977), un predio de 60 hectáreas ubicado en la zona nororiente del actual Distrito Metropolitano de Quito. Posteriormente (en 1991), el Concejo Municipal de Quito resolvió declarar de utilidad pública y autorizó el acuerdo de ocupación urgente con fines de expropiación total, de varios inmuebles, entre los que se encontraba la propiedad de los hermanos Salvador Chiriboga. La declaratoria de utilidad pública tenía como objeto destinar dicho predio al denominado “Parque Metropolitano”. Se establecieron también los límites y el uso de toda la superficie del Parque Metropolitano como área de recreación y protección ecológica de la ciudad de Quito.

En este sentido cabe aclarar que el terreno en cuestión no se encontraba urbanizado. En efecto, luego de declarada la utilidad pública, los hermanos Chiriboga solicitaron la nulidad de la declaración de utilidad pública y autorización para urbanizar 3 de las 60 hectáreas, lo que fue denegado por los tribunales locales (Corte IDH, Chiriboga, 2008, párr. 7). También es de destacar que según las propias declaraciones testimoniales de la Sra. Chiriboga el terreno en cuestión no resultaba el único inmueble con el que contaban, y en este sentido, “la expropiación del inmueble le ha causado tal deterioro económico (a la Sra. Chiriboga) que se vio en la necesidad de vender otros terrenos de su propiedad a bajos precios” (lo puesto en paréntesis es propio - Corte IDH, Chiriboga, 2008, párr. 20).

Los hermanos Chiriboga presentaron, luego de agotar los trámites internos, una denuncia ante la CIDH debido a que la expropiación de su propiedad se había realizado sin el pago de la correspondiente justa y previa indemnización, ya que pasados 15 años de su declaración de utilidad pública, no se había resuelto por decisión judicial la fijación del valor del bien y el pago de la indemnización.

Ahora bien, luego de considerar que la propiedad no es un derecho absoluto y que en el caso se cumplió con el requisito de la utilidad pública de interés social (“no arbitrario”), la Corte IDH entendió que no resultaba satisfecho el requisito que se refiere al pago de una justa indemnización, debido a la falta de cumplimiento del plazo razonable en los recursos, considerando finalmente la violación del art. 21 entre otros. En este sentido, la Corte IDH expresó que “para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha

hecho referencia en la presente Sentencia” (párr. 98). Para fundamentar la violación del art. 21, la Corte IDH debió recurrir a los artículos que protegen el debido proceso legal⁷⁶.

Luego de dicha sentencia (de 2008) y dado que las partes no llegaron a un acuerdo respecto del monto indemnizatorio la Corte IDH tuvo que proceder a fijar una reparación, hecho que trataba de evitar (Corte IDH, Caso Chiriboga, 2011). Finalmente, los rubros indemnizatorios incluyeron, la justa indemnización por el inmueble expropiado, los intereses, el pago de una compensación, la restitución por los impuestos y multas, entre otros, el total fue aproximadamente de U\$\$ 28.194.000, a lo que se suma unos U\$\$ 50.000 en concepto de honorarios para los representantes de los hermanos Chiriboga.

Para entender qué significa este monto resulta interesante el voto parcialmente disidente del Juez García, quien lo cuestionó señalando que dicha condena, por violación del derecho a la propiedad particular, resultaba ser la más elevada en la historia de la Corte IDH, afirmando que “nunca antes se ha dictado condena que se aproxime siquiera a ese monto en casos de ejecuciones extrajudiciales (...) masacres que privan de la vida a decenas o centenares de seres humanos, ni en supuestos de torturas o desapariciones forzadas” (Corte IDH, Caso Chiriboga, 2011, párr. 19).

Es decir, la Corte que fue pensada para decidir ante las violaciones más terribles a los derechos humanos en el continente, le otorgó la máxima de las indemnizaciones (hasta ese momento) a un caso que consistía en la expropiación de una propiedad (un terreno) que cumplía una función patrimonial (no se encontraba ni siquiera urbanizado lo que deja entrever una especulación lucrativa inmobiliaria) y que en nada se vinculaba con la protección de las más básicas condiciones de existencia, ni con el derecho a la vida digna u otro derecho fundamental.

Debemos compatibilizar lo expuesto tanto en la DUDH como en la CADH para no llegar a resultados como el del Caso Chiriboga. Es decir, si la privación del bien se realiza de manera razonable y no arbitraria, no es necesario acudir a la expropiación clásica que prevé la indemnización total y previa. Si bien la indemnización resulta ser una protección de la propiedad frente a casos de abuso por parte del Estado, lo cierto es que “lo justo” del monto a indemnizar debe depender de las circunstancias del caso, y no sólo de la valuación comercial del bien expropiado (como sostiene la Corte IDH, Caso Chiriboga 2008, párr. 98).

Nosotros consideramos que resulta indispensable tener en cuenta la función que tiene el bien (por el cual se indemniza) para un determinado grupo, lo que puede hacer que se agrave o

⁷⁶ Para una profundización en el estudio del caso véase Levenzon F. (2011).

aumente el monto indemnizatorio. Así, en aquellos casos en los cuales los bienes estén relacionados con las condiciones materiales de existencia de un determinado sujeto o grupo, el monto debería agravarse, más allá del valor del bien en el mercado. Sin embargo, si esta situación no se verifica, una indemnización puede ser igualmente justa, siendo parcial en relación con el valor del bien en el mercado. De lo contrario, nos encontraremos con situaciones sumamente injustas, como resulta ser la indemnización concedida por la Corte IDH en el caso Chiriboga.

3.3. Analizando un instituto del derecho de propiedad con el aporte del marco de derechos humanos

Sin embargo, si el estudiante levanta los ojos de sus manuales, contempla que ser propietario no es un hecho que esté desprovisto de interés, como lo prueba el hecho de que los que no lo son luchan áspidamente para llegar a serlo, y que los que lo son apenas tratan de dimitir de tal condición (...) (Carbonnier, 1974:217).

En el presente punto, nos proponemos analizar un instituto del derecho de propiedad del Código Civil. A tal fin, primero presentaremos al instituto de derecho de propiedad elegido y la fundamentación que lo sostiene desde la doctrina tradicional de derechos reales. Luego, haremos mención sucinta a cómo se encuentra regulado actualmente ese instituto. Finalmente, presentaremos aquellos aportes del marco internacional de derechos humanos que le serían aplicables, los que podrían transformar la regulación de dicho instituto, tal como si pasáramos a este instituto como por un tamiz, el tamiz de los derechos humanos.

El instituto elegido es la prescripción adquisitiva o usucapión. La importancia de la usucapión radica en que resulta ser un modo de adquirir la propiedad, lo que se encuentra directamente vinculado con la distribución de la propiedad. En términos de Carbonnier:

Lo que contribuye a que la doctrina se mantenga alejada de la realidad es una especie de fariseísmo, que hace que se limite siempre a la cuestión de “que es la propiedad”, sin osar nunca plantear la otra cuestión, es decir, “quien es de verdad propietario”. Demasiado atraídos por el brillo del artículo 544 (*disposición del código Francés que establece qué es el derecho de propiedad*), hemos creído que los atributos de la propiedad eran lo único digno de nuestra filosofía y hemos descuidado los modos de adquirir, ahogados en su tecnicidad aparente y situados en otro lugar alejado del Código (artículos 711 y ss.), sin ver la terrible realidad social de que están cargados. El resultado de ello es que en nuestros razonamientos no aprehendemos nunca otra cosa que la propiedad adquirida, que es un trozo de la propiedad abstraída de su comienzo y despreocupada de su fin. Sin embargo, a quien quiera llegar a comprender la institución en su verdad total, ha de importarle

tanto como la estructura de la propiedad, su distribución. (lo resaltado en *itálica es propio*) (Carbonnier, 1974:218)

Así, teniendo en cuenta lo expuesto por Carbonnier, el motivo de la elección radica en que la usucapión es justamente un modo de adquirir y, de esta manera, distribuir la propiedad. Por ello es que, se suele vincular a la prescripción con una función de utilidad social e interés colectivo. En este sentido, la doctrina de derechos reales dice que,

(...) si aplicamos a la usucapión los fundamentos económicos y sociales, que comúnmente se exponen para ambas formas de prescribir, es manifiesta la justicia de convertir en titular del derecho a quien, durante el transcurso de muchos años, se ha conducido como si realmente le correspondiera; la de acordar validez y seguridad a las situaciones de hecho, fomentando el trabajo y el mejoramiento de los bienes; en tanto que se castiga a quien egoístamente abandona lo suyo y prescinde del interés colectivo. No podría negarse que otra podía ser la sanción adecuada para el propietario indolente –que así viola sus deberes de convivencia-; pero con todo, esta es una de las atenuaciones que, hasta en los códigos más individualistas, se arbitro desde los primeros siglos, para conciliar lo de cada cual con el de la sociedad (...). (Lafaille, 1943: 581)

Asimismo, para dicha doctrina la prescripción tiene como fundamento el de “tutelar a quien durante el trascurso de los años se ha conducido como titular de un derecho sobre el inmueble fomentando el trabajo y el mejoramiento de los bienes, en tanto se viene a desamparar a quien no cuidó suficientemente lo suyo (conf. C2a C.C. La Plata, Sala I, 13 diciembre 1978, “R.D.I., 929-12-48, sum. 148)” (Laquis, 1983:18), siendo su objeto el de “transformar en verdadera una situación jurídica sólo aparente” (Laquis, 1983:13).

3.3.a. Regulación actual de la prescripción

Ahora bien, en la actualidad la usucapión se encuentra regulada en nuestro Código Civil y en una ley especial, Ley 14159, que establece el proceso del juicio de usucapión (también llamada Ley de Prescripción Adquisitiva de Inmuebles).

El Código Civil define a la prescripción adquisitiva como un medio por el cual el poseedor de una cosa adquiere la propiedad o un derecho real sobre ella, mediante la posesión continuada durante el tiempo fijado por la ley (art. 3948 CC y art. 1897 del Nuevo CCyCN).

Los plazos de tiempo que se fijan son de diez años y de veinte años (a este último plazo se lo suele conocer como prescripción extraordinaria o “larga”). Para acceder a la prescripción de diez años es necesario reunir unos determinados requisitos que hacen a esta prescripción casi inaplicable⁷⁷.

⁷⁷ El art. 3999 del CC y el art. 1898 del Nuevo CCyCN establecen que las condiciones para la prescripción breve de un inmueble son: la buena fe, el justo título y la posesión de diez años. Los requisitos de buena fe y justo título hacen que esta prescripción quede reducida a casos muy aislados en

La prescripción extraordinaria, se produce por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor (art. 4015 CC y art. 1899 del Nuevo CCyCN⁷⁸). Esta usucapión, tiene la ventaja de casi no exigir requisito alguno. Sin embargo, como su misma denominación “extraordinaria” lo cierto es que el gran lapso de tiempo que se exige para su concreción, sumado a los requisitos de procedimiento que se establecen en la ley especial que marca su procedimiento, la falta de acceso a la justicia para quienes podrían requerirlo, y la falta de fueros especiales, lo transforman en un instituto de muy poca operatividad⁷⁹ a pesar de los importantes fundamentos que lo justifican.

En relación con el mantenimiento de los plazos (10 y 20 años) del Nuevo CCyCN para cada una de las prescripciones, cabe resaltar que en los fundamentos del entonces Proyecto de CCyCN no se hizo referencia alguna al motivo de la subsistencia de los mismos. Recordemos que estos plazos se encuentran vigentes desde 1968, momento en el cual se modificaron (de treinta a veinte) por resultar, según la propia doctrina tradicional de ese tiempo, “excesivamente prolongados en una época caracterizada por la dinámica de las relaciones jurídicas” (Borda, 1971:283).

los cuales, por ejemplo, quien compra un bien inmueble sufrió un engaño respecto de la edad o las condiciones mentales del enajenante, o si hubo una falsificación de una firma en transmisiones anteriores, etc. (para un mayor estudio de la cuestión ver “El Justo título en materia prescriptiva” Colombo, Leonardo A., publicado en La Ley 80, 773, LLO).

⁷⁸ Nuevo CCyCN, art. 1899: “Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de VEINTE (20) años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante DIEZ (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes”.

⁷⁹ Según el estudio “Relevamiento y sistematización de problemas de tierra de los agricultores familiares en la Argentina” (Andrea Gigena... [et.al.] ; dirigido por Karina Bidaseca. 1a ed. Buenos Aires: Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, 2013, p. 96) se estableció que de los casos de poseedores que tienen problemas de acceso a la tierra, más del 64% se concentra en posesiones con más de 20 años de ocupación, bien sea en tierras privadas (40,3%) o fiscales (24,3%). Esta variable tiempo es un dato clave para entender la situación de precariedad de los agricultores familiares respecto de la tierra y la persistencia histórica de esta situación, ya que muchos agricultores familiares están en condiciones de usucapir pero no conocen sus derechos o bien no cuentan con los recursos para efectivizarlos y que “esta irregularidad dada por falta de recursos para acceder a la justicia, normas del siglo pasado (usucapión, sucesiones indivisas, acciones posesorias, código minero, etc.), requieren plantear una modificación cualitativa de los marcos jurídicos aplicables, pero también un compromiso político de modificar las políticas de acceso y democratización del acceso a la información y a los sistemas judiciales que resultan actores principales en el ejercicio de su jurisdicción.

3.3.b. Aportes del marco internacional de derechos humanos aplicables a la usucapión

a) Reconocimiento de que “toda persona tiene derecho a la propiedad” (DUDH, art. 17), y garantizar el acceso de aquellos bienes que corresponden “a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar” (DADH, art. XXIII)

La usucapión resulta ser un instrumento a través del cual vehicular el acceso a la tierra y a la vivienda, bienes que resultan esenciales para una vida digna y decorosa.

En los términos en los que lo entiende el Informe sobre seguridad en la tenencia (2013), la prescripción adquisitiva, de tierras o de viviendas, resulta ser una forma de fortalecer la tenencia y brindar reconocimiento jurídico a quienes “ocupan la tierra o las viviendas públicas, privadas o de la comunidad durante un período determinado” y una “medida importante para asegurar que la tierra y las viviendas se utilicen de la forma más productiva desde un punto de vista social, así como para hacer efectivo el derecho de todos a una vivienda adecuada” (párr. 11). El Informe cita el ejemplo de la Constitución del Brasil, la que, a través del art. 183 reconoce la usucapión de tierra urbana utilizada como vivienda después de cinco años de posesión sin interrupción ni oposición, siempre que el poseedor no sea propietario de ninguna otra propiedad.

Es importante destacar este último punto (“siempre que el poseedor no sea propietario de ninguna otra propiedad”) ya que resulta una herramienta para que la usucapión no se convierta en un instrumento que contribuya al latifundismo o a la concentración de tierras, lo que va en sintonía con el derecho de acceder a aquellos bienes que “correspondan a las necesidades de una vida decorosa”.

b) Reconocimiento de distintas formas de propiedad

El reconocimiento de las distintas formas de propiedad, y de prescripción adquisitiva, que tengan en cuenta los distintos bienes y sujetos o grupos, implica el reconocimiento de “las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias” a fin de “no hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (Corte IDH, Sawhoyamaya, 2006, párr. 120 y Caso Xákmok Kásek, 2010, párr. 87).

La aplicación de este reconocimiento amplio implicaría establecer formas de usucapión que tengan en cuenta los bienes y sujetos específicos, como ser, campesinos, mujeres, familias pobres urbanos, etc.

Así, entendemos que la jurisprudencia de la Corte IDH “reconoce que en la protección del derecho a la propiedad se deben atender las necesidades particulares de las personas, en la medida en que, por ejemplo, su relación con los bienes trascienda de lo económico o material y este íntimamente ligada con su plan de vida” (Lopez y Maldonado, 2009:101). Para muchos grupos de personas como los que recién mencionamos, la propiedad no sólo está relacionada con un nivel económico o material, si no que trasciende a un nivel en el cual se vincula con todo referente social, con las más básicas condiciones de existencia.

Al reconocer distintas versiones, se pueden reconocer distintas usucapiones con distintos plazos y modalidades. En este sentido, no es necesario cambiar el plazo de 20 años si se establecen usucapiones “especiales” que establezcan otros plazos menores y adecuados al reconocimiento de las situaciones de los diversos grupos vulnerables (usucapión rural, usucapión urbana de vivienda única, etc.).

c) Protección del efectivo uso y goce.

El derecho de acceder a la propiedad comprende, para el caso de ciertos grupos, acciones que superan el simple reconocimiento legal, a fin de que el mismo no resulte abstracto y carente de sentido (Caso Yakye Axa, 2005, párr. 143 y Caso Awas Tingni, 2001, párrs. 153 y 164). De esta manera, el reconocimiento formal del derecho a la propiedad del art. 21 de la CADH incluye la protección del efectivo uso y goce de esa propiedad.

Instituir procedimientos adecuados que brinden posibilidades reales para procesar las reivindicaciones y reclamos de tierras (véase Casos Yakye Axa, 2005 y Sawhoyamaya, 2006, párrs. 102 y 108 respectivamente) forma parte de la protección del efectivo uso y goce.

Si bien el Código Civil resulta ser una norma de fondo que no reglamenta lo procedimental, lo cierto es que para el caso de la usucapión puede dar un marco y una guía de cómo debe ser este procedimiento, tal cual lo hace hoy en día (a través de la Ley 14159⁸⁰, que resulta ser una ley que por expresa disposición se encuentra incorporada al Código Civil y que

⁸⁰ La ley 14.159 continúa vigente en el Nuevo CCyCN debido a lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 26.994: “Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3° de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente”.

fija las reglas generales de cómo debe ser el juicio de usucapión), sin que ello implique una intromisión en las facultades provinciales de fijar los procesos judiciales.

En este sentido, el Informe sobre seguridad en la tenencia afirma que “los procedimientos administrativos y judiciales para el reconocimiento de la prescripción adquisitiva deben ser sencillos, rápidos y asequibles” (Informe seguridad en la tenencia, 2013, párr. 11).

d) Reconocimiento de que los conceptos de propiedad y posesión pueden tener una significación colectiva

El reconocimiento de las diversas versiones de la propiedad, amplían la noción clásica y restringida de la propiedad, y afirman que la pertenencia de la propiedad tiene un sentido que “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (Caso Sawhoyamaya, 2006, párr. 120).

De esta manera, la usucapión, como forma de propiedad, también debe receptar esa significación colectiva, lo que también fue reconocido en el Informe seguridad en la tenencia (2013, párr. 11).

e) Función social. Subordinar el uso de la propiedad al interés social (art. 21 CADH)

La legislación sobre prescripción adquisitiva es una política que promueve la función social de la propiedad para el caso de muchos grupos. Como ya hemos expresado, la función social es un principio que sirve para la creación de instrumentos, como puede ser la usucapión.

A través de la usucapión se puede limitar la propiedad, ya sea pública o privada (ésta última especialmente, véase Informe Seguridad en la Tenencia, 2013, párr. 42), para la prevalencia del bien común y la función del interés social. La propiedad inmueble a usucapir no debe contemplar sólo las fracciones de tierra destinadas a la vivienda, sino que debe incluir aquellas tierras que sean utilizadas para actividades económicas, productivas o que resulten representativas de valores, usos y costumbres de las personas o comunidad.

En este sentido, cabe reiterar que el principio de función social, no debe ser utilizado de manera perversa emparentando este concepto al de “mayor productividad” de la tierra y sirviendo de pretexto para desalojar a ocupantes “improductivos” como poblaciones indígenas o campesinas.

Consideraciones Finales

En 1789 era el derecho de propiedad lo que se garantizaba, por tanto las propiedades existentes. En 1948, lo que se proclama es el derecho de cada uno a la propiedad. Todo hombre tiene hambre y sed de propiedad como de justicia. (...) Nuestro verdadero problema es pues, un problema de dimensiones patrimoniales. Cuando se dice “ni demasiado, ni demasiado poco”, hay que pesar las fortunas si no se quiere esquivar ninguna de las dificultades del problema. Respecto de cada persona, el conjunto de sus bienes, su patrimonio. Entonces, las consideraciones técnicas y económicas se desvanecen y queda solo la confrontación de las desigualdades sociales. Unos tienen demasiado y otros muy poco. ¿Cómo saberlo, y sabiéndolo, cómo impedirlo? Hemos aquí en la médula del problema (...) Lo cual implica un doble límite, en lo alto y en lo bajo, en lo máximo y en lo mínimo, que el derecho debería tratar de configurar y de trasladar a los hechos” (Carbonnier, 1974:224,235).

a. Los “sí propietarios”

El marco internacional de derechos humanos plantea la existencia de otro discurso jurídico en relación con la regulación de la propiedad inmueble. Este marco favorece la resolución de las problemáticas de acceso a la tierra y a la vivienda de los sectores populares de una manera respetuosa de sus derechos fundamentales. Con este aporte, que debe ser incorporado a través de una interpretación integral de todo el sistema de fuentes a la esfera local del Código Civil, nuestros casos de “no” pasan a ser “sí” propietarios.

En el caso de Eloísa, deberíamos aplicar herramientas del principio de función social a fin de atenuar el carácter perpetuo de la propiedad. No se puede premiar a quien se ha desentendido a lo largo del tiempo de sus bienes, frente a quien ha ejercido la efectiva posesión y propiedad. Teniendo en cuenta el carácter social de la propiedad, ésta dejaría de ser perpetua y se reconocería, en tanto y en cuanto, el titular de ese derecho le dé un aprovechamiento al bien en concordancia con el interés de la comunidad. Además, en el presente caso nos encontramos con un reclamo de propiedad en tanto derecho patrimonial (por parte de quien tiene titularmente un bien del cual se ha desentendido por años) frente al ejercicio de la propiedad en tanto derecho humano (cumpliendo con la función de vivienda, alimentación, trabajo), lo que también debe ser ponderado en una resolución del caso acorde al marco de derechos humanos.

Las curtiembres que se instalaron en el barrio de la Familia Flores han ejercido su propiedad de la manera más absoluta, sin ningún tipo de límite conforme a la función social y ecológica de la propiedad. Ahora bien, una vez producida la absoluta degradación del medio ambiente, proceso caracterizado por la concentración de riesgos ambientales en los territorios de mayor vulneración social (como el de la Familia Flores), la búsqueda de las soluciones no debe desatender a los grupos y sujetos que han sido afectados por dicho daño ambiental, debiendo

respetarse sus derechos indistintamente de la calidad del título de propiedad. Ello por cuanto, el derecho internacional protege a la propiedad más allá de la existencia de un título formal, es decir, protege a la posesión tradicional de tierras con efecto de título. De esta manera, en el caso de que el entorno ambiental resulte efectivamente riesgoso para la Familia Flores, el Estado debe estudiar diversas opciones en consulta con las personas afectadas, para proteger tanto el medio ambiente como el derecho de posesión y propiedad de la familia. Haciendo uso de las pautas dadas por el derecho internacional para la entrega de territorios alternativos para los pueblos indígenas (cuando la devolución de tierras es imposible, como puede ser el caso del riesgo ambiental), en el caso de estudio, la Familia Flores debe recibir tierras y viviendas de una calidad y estatuto jurídico que sean por lo menos iguales a los que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. En caso de que prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización.

Finalmente, en el caso de Los Toldos, observamos cómo la problemática surge a raíz de que el Estado no cumplió con el establecimiento de mecanismos y medidas internas que permitiesen el uso y goce efectivo de la propiedad a favor de todas las comunidades campesinas de Los Toldos. Para el derecho internacional no basta con el mero reconocimiento formal (como resulta ser la consideración hecha por el tratado de límites de inscribirlos en un año), sino que el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas de delimitación, demarcación y titulación (individual o colectiva) de las tierras acorde a los valores y costumbres de la comunidad. Sin embargo, ello no sucedió y la empresa forestal constituyó formalmente una propiedad sobre grandes extensiones de hectáreas sin ningún tipo de consideración hacia las poblaciones y comunidades que allí vivían, resultando contrario a cualquier uso social de la propiedad. Por todo ello es que en el presente caso, es preciso que se impongan límites a la propiedad de la empresa forestal, teniendo en cuenta el beneficio que ello representa para toda una comunidad. Así, guiados por el marco internacional, la propiedad individual y colectiva de las comunidades campesinas (cuya posesión vale como título) debe prevalecer sobre el derecho de propiedad privado particular por cuanto el primero refiere a un concepto más amplio relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como comunidad organizada y la conservación de su patrimonio natural y cultural. Finalmente se debe proceder (de una vez por todas) a la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad. Esta titulación debe contemplar no sólo fracciones destinadas a vivienda sino también tierras para desarrollar las actividades económicas, productivas o que resulten representativas de valores, usos y costumbres de las personas o comunidad. Toda la fracción del terreno que se delimite individual y colectivamente debe, así, excluirse de la propiedad de la empresa forestal y por tanto del remate.

b. Aportes del marco internacional de derechos humanos al derecho de propiedad del Código Civil

A lo largo de este trabajo, y especialmente a través de los casos relatados, hemos visto cómo el derecho de propiedad del Código Civil, a través principalmente de sus notas características (absoluto, exclusivo y perpetuo) y de una regulación de límites casi inexistente cumple con una función reproductora que, por un lado, preserva los intereses de los grandes propietarios, y por el otro, contribuye a la falta de acceso a la tierra y a la vivienda de los sectores populares con fuertes implicancias en el goce de los derechos humanos.

Todo aquello que no se encuentra dentro de la concepción clásica de propiedad no recibe la protección regulatoria del Código Civil (como lo muestran los casos de “no propietarios”). La regulación civil contribuye a que se intensifique cada vez más aquello que Carbonnier (1974:224,235) llama “problema de dimensiones patrimoniales”, unos demasiado y otros muy poco, es decir, un acceso a los bienes inmuebles que lejos está de ser igualitario y justo en términos de distribución.

Frente al problema enunciado, los aportes de los distintos documentos e instrumentos del marco internacional de derechos humanos nos permiten elaborar reformulaciones al derecho de propiedad del Código Civil de modo que éste contribuya a una función de mayor justicia socioambiental y distributiva, en lugar de una función reproductora de las relaciones de poder de los grandes propietarios. Recordemos que el papel del derecho en esta reformulación dependerá principalmente de la correlación de fuerzas en el marco del conflicto social, es decir, de la organización y capacidad de instalación de los temas de los sectores populares.

Los aportes que brinda la esfera internacional, y que hemos aplicado tanto al instituto de la usucapión (punto 3.3.b.), como a los casos analizados, se podrían sintetizar de la siguiente manera:

- **Reconocimiento de las distintas formas de la propiedad. El carácter polivalente y polifuncional de la propiedad**

Siempre existieron diversas formas de concebir la propiedad desde visiones alternativas a la tradicional liberal individualista. Antes podría haber sido con el lenguaje del socialismo, hoy podría serlo a través del lenguaje emancipatorio de los derechos humanos (Santos, Boaventura de S.: 2007). El derecho de propiedad desde un marco de derechos humanos, lejos de restringir la concepción de ese derecho, recepta las distintas formas que tienen los distintos grupos y sectores de relacionarse con las cosas y los bienes, todo lo que excede la formal titulación. Así, amplía el panorama encorsetado de la titulación de la propiedad individual del Código Civil,

abriendo la posibilidad de influir positivamente en el desarrollo de la vida digna y en la autopercepción de los sectores populares al ver reconocidas sus propias formas de relacionarse con la propiedad.

Reconociendo la amplia gama de colores que tiene la propiedad, podremos observar su carácter polivalente y polifuncional, es decir, los distintos valores y funciones que la propiedad cumple para los distintos sujetos y grupos, haciendo eje en los sujetos más que en los bienes. Lejos de la homogenización que el Código Civil pretende realizar respecto de una única forma legal de vincularse con las cosas, la esfera internacional plantea distintas regulaciones, límites, protecciones, para distintas cosas, personas y situaciones, a fin de favorecer la satisfacción de los derechos fundamentales de los distintos grupos.

El desconocimiento de las diversas versiones de la propiedad, resulta contrario al derecho internacional de los derechos humanos por cuanto esa negación hace ilusoria tanto la protección del derecho de propiedad para millones de personas en el mundo, como el principio de igualdad y no discriminación.

- **El aporte a una teoría de propiedad en cuanto derecho humano**

Reconocer la polifunción o polivalencia de la propiedad nos muestra que la propiedad cumple múltiples funciones para los distintos sujetos o grupos, con diferencias que merecen ser tenidas en cuenta para establecer distintas regulaciones y protecciones. Una de estas diferencias se da cuando la propiedad se relaciona con la función de satisfacción de bienes necesarios para la vida digna, como puede ser la vivienda, la salud, el medio ambiente, entre otros. En este caso la relación de propiedad merece una protección especial por ser un derecho humano fundamental.

Ahora bien, el derecho “de” propiedad que no garantiza condiciones fundamentales de vida digna no constituye la categoría de derecho humano, pudiendo ser limitado (con diferentes niveles de restricción) para justamente proteger el goce de los derechos humanos. La misma situación ocurre con el derecho “a” la propiedad como hemos visto en el punto 1.2.b.

En este sentido, en el presente trabajo sostenemos que existe un entendimiento dentro del marco de derechos humanos (en pugna y no mayoritario) que nos permitiría elaborar una teoría de propiedad a través de la cual sostener que no toda propiedad merece la protección y el reconocimiento en cuanto derecho fundamental. Ello por cuanto no toda relación con los bienes, involucra un vínculo con el mantenimiento de las condiciones materiales de existencia y de vida digna.

Más allá de la postura recién expuesta, lo cierto es que, uno de los desafíos actuales en materia de derechos humanos y derecho constitucional, es seguir teorizando sobre el contenido del acceso a la propiedad y del derecho de propiedad en cuanto derecho humano, distinguiéndolo del derecho de propiedad que no tiene la característica de cumplir una función de bien fundamental para las personas y que por ende no debería contar con la protección en cuanto derecho humano. La falta de desarrollo teórico en la materia se evidencia cuando, a pesar del buen avance interpretativo que se ha hecho del art. 21 de la CADH, la Corte IDH llega de todas maneras a resultados injustos. Un claro ejemplo de ello resulta ser el Caso Chiriboga (2011), el que significó el otorgamiento de la máxima de las indemnizaciones, hasta ese momento, a la expropiación de un terreno baldío, que en nada se correspondía con las condiciones de existencia y vida digna.

Es preciso que la doctrina local recepcione los aportes provenientes del derecho internacional público y proceda a elaborar teorías de propiedad que jueguen tanto con nuestro marco constitucional (arts. 14 y 17 de la CN) y con las disposiciones civiles, como con el marco internacional de derechos humanos, teniendo especial atención en los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional.

Resulta fundamental echar mano al aporte que hace la esfera internacional de derechos humanos, a efectos de seguir avanzando en una teorización de la propiedad compatible con el mayor de los respetos hacia los derechos humanos, transformando la injusta concepción de la propiedad que surge de nuestro Código Civil con sus negativas consecuencias para los sectores populares y vulnerables de nuestro país.

- **La contribución del derecho internacional de los derechos humanos como fuente de interpretación del derecho civil**

El discurso jurídico del derecho civil no ha sido mayormente flexible a la incorporación de los aportes de la esfera internacional. Ello por cuanto, el derecho de propiedad resulta presentado por los juristas tradicionales como un subsistema hermético y autosuficiente, que provee de conceptos a otros subsistemas, sin hacer referencia a la existencia de otros ordenes jurídicos que puedan servir de fuentes de aplicación, como son los instrumentos de derechos humanos. En efecto, en los manuales y tratados de derechos reales posteriores a la reforma constitucional de 1994 no existe referencia alguna al nuevo marco internacional incorporado (Borda 2001, Areán 2003).

Ahora bien, en este sentido el Nuevo CCyCN marca una diferencia, que deberá ser asimilada por los juristas tradicionales, al referirse expresamente a la Constitución y a los

tratados de derechos humanos como fuente y regla de interpretación (Nuevo CCyCN arts. 1° y 2°).

La referencia explícita a dichos marcos normativos brinda una clara consigna a jueces, operadores jurídicos y poderes del Estado en general, a la hora de interpretar situaciones que refieran a lo normado por el Nuevo CCyCN. Entendemos que ello resulta auspicioso, por cuanto puede generar cambios en la interpretación del derecho de propiedad, teniendo en cuenta los aportes que la esfera internacional de derechos humanos puede generar, tal como hemos visto en el presente trabajo.

c. Mitos del discurso tradicional del derecho de propiedad

La teoría crítica nos brinda elementos para poder distinguir los mitos y ficciones que se construyen a partir del derecho de propiedad y que permiten la perpetuación de su actual configuración privatista y excluyente. A continuación, agruparemos algunos de los mitos generados por la doctrina tradicional y que hemos derribado a lo largo del presente trabajo a través del discurso de los derechos humanos. Hemos elegido la estrategia narrativa del “mito”, por ser éste un elemento conceptual importante dentro de la teoría crítica, y por resultarnos sumamente pedagógico para realizar contrastes y plantear transformaciones.

• El derecho de propiedad inmueble no tiene vinculación alguna con la satisfacción de los bienes fundamentales

La doctrina tradicional de derechos reales plantea que el derecho de propiedad inmueble del Código Civil tiene como objetivo regular las relaciones de las personas con los bienes en la sociedad y que éste resulta neutro y sin discriminación, ya que rige para todas las personas de la misma manera. Todos tienen la posibilidad de acceder con las mismas reglas a los bienes.

Sin embargo, lo que no dice esta postura es que nuestras sociedades capitalistas son mayormente desiguales en cuanto a la distribución de los bienes y ganancias de las actividades económicas. La postulada igualdad, sólo sirve para encubrir los peores datos de hambre y pobreza. El mercado no garantiza (nunca ha tenido la capacidad) de garantizar a todas las personas el acceso a los bienes fundamentales.

Así, la regulación privatista y excluyente del derecho de propiedad inmueble del Código Civil tiene fuertes implicancias en el goce de los derechos humanos (vivienda, vida digna, alimentación, libre determinación, soberanía, desarrollo), de los sectores populares y vulnerables, especialmente, tal como lo hemos visto en el punto 3.1.a.3.

- **Sólo existe una única forma de concebir y de relacionarse con la propiedad, que es aquella que se encuentra formulada en el Código Civil**

La propiedad es presentada por la teoría tradicional, como un ovillo compacto. Sin embargo, si empezamos a soltar el ovillo nos daremos cuenta de todo lo que encubre esta presentación y la cantidad de situaciones existentes que también requieren de una protección y una regulación en particular, pero que hoy en día quedan “fuera” del Código Civil, tal como resultan los casos de “no propietarios” que presentamos al inicio de este trabajo.

Reconocer las distintas formas de relacionarse con la propiedad, sin caer en la homogeneización de que existe una única forma (situación que hoy en día sostiene el Código Civil) resulta fundamental al momento de realizar una regulación de los límites y las protecciones que se ajuste a los distintos y existentes escenarios. El reconocimiento de que no existe un sólo tipo de propiedad nos sirve para desempaquetar el concepto monolítico de la propiedad propio del Código Civil. Es que,

(...) la complejidad de las normas sobre propiedad existentes en los Códigos civiles fue de cierta forma ignorada. En este sentido la rigidez y formalidad que rodea los derechos de propiedad fue pasada por alto y la diversidad de formas que existen para ejercer los derechos de propiedad no fueron reconocidas, lo que dio preferencia a la propiedad individual titulada o a una transformación completa del sistema hacia la propiedad colectiva o nacional. (Alviar, 2008:183)

La propiedad es un concepto en pugna, dialéctico, histórico. Nunca ha existido una única forma de concebir la propiedad, ya que la forma en que se caracteriza a la propiedad depende principalmente de las reglas de distribución existentes en una determinada sociedad. El hecho de que se crea que sin las notas características se extinguiría el derecho de propiedad, es producto de los mitos que el discurso del derecho realiza, porque el derecho no es sólo violencia monopolizada sino que también es un discurso normalizador y disciplinario que es productor de consenso.

El éxito ideológico del discurso del derecho tradicional es el de restringir la idea de propiedad a una perspectiva privatista, individualista y excluyente, como resulta ser la del Código Civil. Una muestra de ello resulta ser el caso de nuestro país, en el cual la gran parte de la política pública de vivienda consiste en la construcción de unidades habitacionales a cargo del Estado con la consecuente distribución de títulos de propiedad⁸¹ como única forma de

⁸¹Véase datos del Consejo Nacional de la Vivienda, Revista N° 43 disponible en: <http://www.cnvivienda.org.ar/revistas/revista43/cnv43.pdf>. También véase nota periodística disponible en: <http://www.chequeado.com/mitos-y-enganos/2211-hay-villas-porque-no-hay-suficientes-programas-de-construccion-de-viviendas.html>

En relación con la distribución de títulos cabe resaltar que el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y otras agencias multilaterales han promovido políticas de distribución masiva de títulos de

reconocer el derecho de propiedad de los sectores populares, en lugar de avanzar en programas de urbanización y radicación de asentamientos, regulación de alquileres, etc.

- **El concepto de propiedad es incompatible con el de derecho a la vivienda**

Íntimamente relacionado con el mito anterior, podemos afirmar que propiedad y vivienda no resultan conceptos incompatibles. Lo que sí es incompatible es la perspectiva privatista, individualista y excluyente que tiene la regulación de la propiedad del Código Civil. Existe un vínculo interactivo y positivo entre ambos, cada uno de ellos se encuentra incluido en el otro y a la vez son distintos.

Los aspectos sociales de la propiedad, por un lado, y el acceso a la tierra y a la vivienda, por el otro, son igualmente fundamentales para la protección de los derechos humanos (véase Informe Relator Sachar, 1994, párr. 21). Dejar de lado la concepción absoluta y privatista de la propiedad, promoviendo su función social en armonía con el derecho a la vivienda, no implica necesariamente la vulneración de los derechos de los propietarios. Ese entendimiento equivocado se debe, justamente, a la perpetuación de estos mitos.

- **El marco internacional de derechos humanos no brinda elementos para desarrollar el contenido y los alcances del derecho de propiedad**

Si bien la propiedad, luego de ser reconocida en la DUDH, no fue incluida en ninguno de los dos Pactos internacionales, lo cierto es que el sistema universal y el sistema interamericano han realizado desarrollos y aproximaciones al contenido de la propiedad, tal como lo hemos expuesto en el tercer capítulo.

En el sistema interamericano ello se ha dado, principalmente, a través de los fallos de la Corte IDH. Ahora bien, el desarrollo de la Corte respecto del art. 21 de la CADH no ha sido completamente lineal y concordante. Por un lado, ha sobreutilizado el derecho de propiedad para amparar casos que claramente escapaban a la protección del derecho de propiedad. Así, ha llegado a considerar como bienes protegibles por el art. 21 incluso a paquetes accionarios (Caso Ivcher Bronstein, 2001) y ha brindado la mayor indemnización de su historia a la expropiación de un terreno baldío (Caso Chiriboga, 2011).

propiedad, “como una forma de promover una reforma de tierra de mercado asistido, como una alternativa a las formas preexistentes de reforma agraria y como una vía para acabar con, o por lo menos debilitar, el principio de función social” (Alviar, 2008:186). En gran medida, esta discusión internacional, que hoy debiera encontrarse superada (al comprobar que la titulación masiva no garantiza en todos los casos el bienestar ni asegura la justicia social), se basó en la influyente obra de Hernando de Soto “El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo”.

Sin embargo, por otro lado, la Corte IDH ha considerado la necesidad de una mayor protección (y una protección especial) para ciertos bienes (Caso Masacres de Ituango, 2006 y Caso Masacres de el Mozote, 2012); ha acercado conceptos de propiedad en cuanto derecho humano (Caso Masacres de Ituango, 2006, haciendo referencia a la Corte Constitucional Colombiana, 1992); ha reconocido la propiedad comunal (mas allá de que no se encuentra expresamente reconocida en el art. 21 de la CADH); ha considerado que el derecho de propiedad comprende, para ciertos grupos, acciones que superan el reconocimiento formal (Caso Awas Tingni, 2001); ha precisado que las nociones de dominio y posesión que merecen la protección del art. 21 CADH no se corresponden necesariamente con la concepción clásica de la propiedad (Caso Sawhoyamaya, 2006) y que el derecho internacional reconoce otras formas de propiedad más amplias que la concepción jusprivatista de los códigos civiles (Caso Awas Tingni, 2001); y que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes equivaldría a hacer ilusoria la protección del art. 21 del CADH para millones de personas (Caso Xákmok Kásek, 2010) y el principio de no discriminación.

En el sistema universal, se ha trabajado en su contenido en distintos documentos que han tenido como objetivo precisar los límites que son necesarios para que no sean vulnerados los derechos humanos a través de la explotación de los propietarios y desarrollar las implicancias que tiene la falta de acceso o la pérdida de la propiedad para el goce de otros derechos humanos, tales como: la vivienda; la alimentación; y la libre determinación, la soberanía y el desarrollo. A su vez, se ha reconocido el derecho al territorio de los pueblos indígenas (Convenio 169 OIT y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007) y, en el último tiempo, se ha trabajado en la creación de un instrumento que reconozca específicamente los derechos de los campesinos a la tierra y al territorio.

De esta manera, el marco internacional de derechos humanos dice mucho más acerca de la propiedad que lo que a veces se postula desde las teorías tradicionales. Es preciso, incorporar el buen desarrollo que ha tenido el marco internacional conjugado bajo el principio pro homine (el que ordena acudir a la norma e interpretación más extensiva) a la interpretación respecto de los alcances del derecho de propiedad del Código Civil, de modo que éste contribuya al goce de los derechos humanos de los sectores populares.

Lista de abreviaturas empleadas

CC: Código Civil Argentino promulgado en 1869 y sus respectivas reformas vigente hasta el 31/07/2015.

Proyecto CCyCN: Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial de la Nación.

Nuevo CCyCN: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Comité DESC: Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU.

OG: Observación General del Comité DESC.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

AG: Asamblea General de la ONU.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DADH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación.

Referencia a fallos de la Corte IDH y a documentos de organismos internacionales

En el texto las sentencias de la Corte IDH se indican con un nombre y el año en que fueron dictados (Caso Awas Tingni, 2001). En la bibliografía, se consignan los datos completos de los fallos.

Los documentos de organismos internacionales serán referenciados con el número de resolución o el nombre del documento y el año en que fueron aprobados. También se consignan sus datos completos en la bibliografía.

Bibliografía

Obras citadas

Adamosvky, E. (2012). *Historia de las clases populares en Argentina. Desde 1880 hasta 2003*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Alviar García, H. (2008). *La redistribución de la tierra en Latinoamérica: atrapada entre el desarrollo económico y el positivismo*. En *Derecho y Propiedad: SELA 2008* (págs. 176-188). Buenos Aires: Librería.

Alviar García, H. & Villegas Del Castillo, C. (2012). *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.

Anckersen T. & Ruppert T. (2006). Tierra y Libertad: The Social Function Doctrine and Land Reform in Latin America. En *Tulane Environmental Law Joournal*, num 69 (págs. 69-120) (traducción libre).

Areán B. (2003). *Derechos Reales* (T. 1) (6° ed. renov y amp.). Buenos Aires: Hammurabi.

Azzali, J. (2014). *Constitución de 1949. Claves para una interpretación latinoamericana y popular del constitucionalismo argentino*. Buenos Aires: Editorial Punto de Encuentro.

Basualdo, E. (2010). *Estudios de Historia Económica Argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad*. 2° ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Basualdo, E & Arceo, N. (2005, abril-junio). Incidencia y características productivas de los grandes terratenientes bonaerenses durante la vigencia del régimen de la Convertibilidad. *Desarrollo Económico – Revista de Ciencias Sociales*, vol.45, N° 177 (pp. 77-97). Buenos Aires.

Borda, G. (1971) *La reforma de 1968 al código civil*. Buenos Aires: Ed. Perrot.

Borda, G. (2001) *Manual de Derechos Reales* (5° ed. rev. y act.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Carballo, F. (2012, septiembre) *Observaciones al Proyecto y Propuestas*. Ponencia presentada en las audiencias ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/123_FRANCO_CARBALLO.pdf

Carbonnier, J. (1974). *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Cárcova, C. (1991). *Acerca de las funciones del derecho*. En Marí E. (Comp.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cárcova, C. (2009). *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*. En Courtis, C. (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (2ºed. corr. y aum.). Buenos Aires: Eudeba.

Castelli, L. (2002) Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada. *Suplemento de Derecho Ambiental de La Ley Año IX, n.1*. Buenos Aires.

Chenot, B (1965) *Organisation Economique de l'Etat*. Paris: Dalloz.

Congost, R. (2007). *Tierra, leyes, historia. Estudios sobre la gran obra de la propiedad*. Barcelona: Editorial Critica.

Courtis, C. (2005). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: Courtis, C., Denise Hauser D. & Rodríguez Huerta G. (Comps.) *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos* (págs. 1-66). México: Porrúa-ITAM.

Correas, O. (2007). Los derechos humanos: entre la historia y el mito. II. *Revista Critica Jurídica*, 26.

Del Toro Huerta, M. (2008). *Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas*. En *Derecho y Propiedad: SELA 2008* (págs. 215-244). Buenos Aires: Librería.

Duguit, L. (1920). *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. (2º ed) (C. G. Posada, Trad.). Madrid: Francisco Beltrán.

Entelman, R. (1991). *Discurso normativo y organización del poder*. En Marí E. (Comp.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fernández E. (septiembre, 2003). Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del Derecho Urbanístico en Brasil. *Revista Eure*, Vol. XXIX, Nº 87, pp. 63-78. Santiago de Chile.

Fernandez Wagner R. (2014, Febrero 16). Déficit habitacional. *Suplemento Cash, Pagina 12*. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-7449-2014-02-16.html>

Ihering, R. (1968). Teoría de la Técnica Jurídica (S. Sanjosé, Trad.). Disponible en: <http://www.uv.es/mariaj/textos/ihering.pdf>

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (A de Cabo y G. Pisarello. Eds.). Madrid: Trotta.

Fontanez Torres, E. (2008). *La contingencia de las políticas propietarias: un examen de los supuestos de la teoría política propietaria en los contextos de justicia social y medioambientales puertorriqueños*. En *Derecho y Propiedad: SELA 2008* (págs. 147-175). Buenos Aires: Librería.

Foucault, M. (1979). *Microfísica del Poder* (2º ed.). Madrid: Las Ediciones de la Piqueta

Harvey, D. (1977). *Urbanismo y Desigualdad Social*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Lafaille, H. (1943). *Tratado de los Derechos Reales* (T. I). Buenos Aires: Ediar.

Laquis, M. A. (1979). *Derechos Reales* (T. II). Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Laquis, M. A. (1983). *Derechos Reales* (T. III). Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Levenzon, F. (2011). *La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de justicia con base en derechos a la protección internacional*. Tesis de Magister en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.

Lopez Murcia, J. & Maldonado Colmenares, G. (2009, enero-junio). La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 71-105. Bogotá.

Mariani de Vidal M. (1993) *Curso de Derechos Reales* (T 1). Buenos Aires, Zavalia.

Merlinsky G. (2013) *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Morello, A. (1974). *Técnica, alcance y proyección de la reforma* (T.I). En Morello A. & Portas N. (Coords.) *Examen y crítica del código civil*, T. I. La Plata: Editora Platense.

Nogueira J.M. & Schapiro H.I. (2012). *Acceso a la justicia de Personas en condición de vulnerabilidad*. En Nogueira J.M. & Schapiro H.I. (Coords.) *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*. La Plata: Editora Platense.

Novoa Monreal, E. (1986). *El derecho como obstáculo al cambio social* (8° ed.). México: Siglo XXI Editores.

Novoa Monreal, E. (1987). *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada ¿El derecho como factor de cambio social?* Buenos Aires: Ed. Depalma.

O'Keefe, P. & L. Prott (1984). *Law and the Cultural Heritage* (Vol. 1). Oxford: Oxford Publishing Services. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73562004000300051

Pinto, M. (1997). *El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En Abregú M. & Courtis C. (Ed.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 163-171). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/ Editores del Puerto.

Pisarello, G. & Tedeschi, S. (2011). *Propiedad y Constitución en Argentina: del “derecho terrible” a la democracia económica*”. En Gargarella R. (Comp.) *La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.

Raiter, A. & Zullo, J. (2012). *Esclavos de las palabras*. Buenos Aires: Ediciones de la Facultad de Filosofía y Letras, 2012.

Ramírez, S. (2012). Comentarios sobre la regulación de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, Vol 13*. Buenos Aires. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=8440&id_item_menu=5858

Ruiz, A. (1991). *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*. En Marí E. (Comp.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ruiz, A. (2009). *Derecho, Democracia y teorías críticas al fin de siglo*. En Courtis, C. (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (2°ed. corr. y aum.). Buenos Aires: Eudeba.

Salvat, R. (1961) *Derechos Reales* (T I). Buenos Aires: Ed. TEA.

Salvat, R. (1962) *Derechos Reales* (T II). Buenos Aires: Ed. TEA.

Santos, Boaventura de S. (1997). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 48. Coimbra, Portugal. Trad. Francisco Gutiérrez Sanín. Disponible en: <http://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-multicultural-de-los-derechos-humanos/>

Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C3%B3pia.pdf

Tedeschi, S. (2009). *El Waterloo del Código Civil napoleónico*. En Courtis, C. (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (2ºed. corr. y aum.). Buenos Aires: Eudeba.

Villaro, F. (1986). Problemática Jurídica de áreas deprimidas con “titulaciones insuficientes” y regímenes anómalos en la tenencia de la tierra. *Programa de Regularización Jurídica de Tierras y Aguas. Consejo Federal de Inversiones*. Buenos Aires.

Voloshinov V. (2009). *El marxismo y la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Ediciones Godot.

Wolkmer, A. (2003) Introducción al pensamiento Jurídico Crítico. *Colección en Clave de Sur*. Bogotá: Ed. ILSA.

Documentos citados de organismos internacionales

Asamblea General de la ONU (14 de diciembre de 1962). *Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*. Resolución AG 1803 (XVII). Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1803%28XVII%29&Lang=S&Area=RESOLUTION>

Asamblea General de la ONU (11 de diciembre de 1969). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969*. Resolución 2542 (XXIV). Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2542%28XXIV%29&Lang=S&Area=RESOLUTION>

Asamblea General de la ONU (junio 1972). *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente*. (Declaración de Estocolmo de 1972).

Asamblea General de la ONU (17 de diciembre de 1973). *Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*. Resolución AG 3171 (XXVIII). Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3171%28XXVIII%29&Lang=S&Area=RESOLUTION>

Asamblea General de la ONU (12 de diciembre de 1974). *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. Resolución AG 3281. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3281%28XXIX%29&Lang=S&Area=RESOLUTION>

Asamblea General de las ONU (28 de octubre de 1982). Carta Mundial de la Naturaleza. Resolución AG 37/7. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/37/7&Lang=S>

Asamblea General de la ONU (4 de diciembre de 1986). *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Resolución AG 41/128. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/41/128>

Asamblea General de la ONU (7 de diciembre de 1987). *La repercusión de la propiedad en el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Resolución AG 42/115. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/42/115&Lang=S>

Asamblea General de la ONU (14 de diciembre de 1990). *Declaración Necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas*. Resolución AG 45/94. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/94&Lang=S>

Asamblea General de la ONU (junio 1992). *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo* (Declaración de Río de 1992).

Asamblea General de la ONU (13 de septiembre de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento del derecho a la tierra*. (A/RES/61/295). Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/61/295>

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resoluciones 1987/18 y 1988/19

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (18 de julio de 1991). *Informe del Relator Especial, Sr. Danilo Türk*. (E/CN.4/Sub.2/1991/17).

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (25 de noviembre de 1993). *Informe presentado por el Experto Independiente sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva* (E/CN.4/1994/19). (Informe Experto Propiedad, 1994).

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (21 de junio de 1994). Segundo Informe sobre la marcha de los trabajos *presentado por el Relator Especial, Sr. Rajindar Sachar*. (E/CN.4/Sub.2/1994/20).

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (12 de julio de 1995). *Informe Final presentado por el Relator Especial, Sr. Rajindar Sachar*. (E/CN.4/Sub.2/1995/12).

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (28 de junio de 2005). *Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (los "Principios Pinheiro")* (2005 – E/CN.4/Sub.2/2005/17).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (30 diciembre 2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1991). *Observación General n. 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1997). *Observación General n. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2000). *Observación General n. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (5 de febrero de 2007). *Informe del Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, Miloon Kothari* (A/HRC/4/18).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (28 de diciembre de 2009). *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. Adición. Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos* (A/HRC/13/33/Add.2).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (11 de agosto de 2010). *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter* (A/65/281).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (24 de febrero de 2012). *Estudio definitivo del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción de los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales.* (A/HRC/19/75) (Estudio campesinos).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (20 de junio de 2013). *Promoción y protección de los derechos humanos de los campesinos y otras personas que trabajan en el área rural* (A/HRC/WG.15/1/2).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (30 de diciembre de 2013). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik.* (A/HRC/25/54) (Informe sobre seguridad en la tenencia).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Misión a la Argentina de la Relatora Especial sobre vivienda adecuada de fecha 13 al 21 de Abril de 2011. El Informe final es de fecha 21 de diciembre de 2011 (A/HRC/19/53/add.1).

Cumbre Judicial Iberoamericana (marzo de 2008). Reglas de Acceso a la justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia). Acordada CSJN N° 5/2009 Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_1_id=76850&folderId=71898&name=DLFE-3124.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación. *Declaración de Principios aprobada en la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural* de 1979 y 2006.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación. *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, las pesquerías y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, adoptadas por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial en mayo de 2012.

Organización Internacional del Trabajo (1919) Texto de la Constitución. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (junio 1989). Convenio OIT 169 para pueblos indígenas y tribales y el derecho de propiedad comunal.

Organización Internacional del Trabajo (10 de junio 2008) Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf

Fallos citados

Corte Constitucional Colombiana (1992, Agosto 21). Sentencia T-506/92. MP: Ciro Angarita Baron. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-506-92.htm>

Corte Constitucional Colombiana (1993, Enero 18). Sentencia C-006/93. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-006-93.htm>

Corte Constitucional Colombiana (2007, Septiembre 25). Sentencia T-760. MP: Clara Ines Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>

Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 79, párr. 145.

Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 114.

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 124.

Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No.125.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No.146)

Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 172.

Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia 6 de mayo de 2008. Excepciones Preliminar y Fondo, Serie C No. 179.

Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 214.

Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia 3 de marzo de 2011. Reparaciones y Costas, Serie C No. 222.

Corte IDH, *Caso de las Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños c. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 252.

Ponencias de las audiencias convocadas por la Comisión Bicameral para la discusión del Proyecto de CCyCN

Agrupación John William Cooke (2012) Disponible en: http://ccykn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/034_CARLOS_BENITEZ.pdf

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) (2012). Disponible en: http://ccykn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/095_Maria_Bercovich.pdf

Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AADI) (2012). Disponible en: http://ccykn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/009_AADI.pdf

Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS) (2012). Disponible en: http://ccykn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/089_Carolina_Fairstein.pdf

Colectivo por la Igualdad (2012) Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/059_Jonatan_Baldivieso.pdf

Colegio de Arquitectos de la Provincia de San Luis (2012). Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/Manuel_Shortrede_Col_Arq_San_Luis.pdf

Colegio de Martilleros de la Provincia de Neuquén y de la Ciudad de Cipolletti (2012).
Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/neuquen/pdfs/VIxAS_Marcelo_xCol_Martilleros_y_Corredores_Neuquen_y_Col_Martilleros_y_Corredores_R_Negrox.pdf

Colegio de Profesionales de la Agrimensura de la Provincia de Santa Fe (2012). Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/Norberto_Omar_Frickx_Colegio_de_Prof_de_la_Agrimensura.pdf

Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (2012). Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/079_GARCIA_Abelardo_xFed_Arg_Consejo_Prof_Cs_Economicasx.pdf

Federación Inmobiliaria de la República Argentina (2012). Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/neuquen/pdfs/ARPIGANI_Pedro_xFed_Inmobiliaria_Rep_Argx.pdf

Fundación Liga del Consorcionista de la Propiedad Horizontal (2012). Disponible en:
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/058_Victoria_Loisi.pdf

Habitar Argentina (2012). Disponible en:
<http://habitarargentina.blogspot.com.ar/search/label/C%C3%B3digo%20Civil%20y%20Comercial>

Horacio Javier Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba) (2012)
http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/005_HORACIO_JAVIER_ETCHICHURY.pdf

Instituto del Conurbano de la Universidad Nacional de General Sarmiento y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (2012). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/166_Maria_Soledad_Arenaza.pdf

Lago Juan (2012) (Abogados Particulares). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/neuquen/pdfs/LAGO_Juan_MENESTRINA_Juan.pdf

Movimiento Campesino de Córdoba (2012) http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/184_Mria_Victoria_gauna.pdf

Movimiento Nacional Campesino Indígena (2012). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/088_MERCEDES_TABOADA.pdf

Quintar Marcela (2012) (Abogados Particulares). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/104_Marcela_Isabel_Quintar.pdf

Organización Territorial Comunidad Tolombón y Chuschagasta (2012). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/026_NANCY_CHOCOBAR.pdf

Unión de Pueblos de la Nación Diaguita en Tucumán (2012). Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/088_Propuesta_CC_UPNDT.pdf

Anexo: Terminología utilizada

A continuación se presentará un breve glosario con la terminología utilizada en el trabajo, explicitando el sentido conceptual dado.

- Marco internacional de derechos humanos: Está compuesto por los instrumentos y documentos de derechos humanos.
- Instrumentos de derechos humanos/ Documentos de derechos humanos: Los instrumentos de derechos humanos son todos aquellos convenios, pactos, declaraciones, en materia de derechos humanos provenientes del ámbito universal de las Naciones Unidas y del ámbito regional del sistema interamericano (sistemas con los cuales trabajamos), y que resultan de la aprobación de los Estados Partes integrantes. Los documentos de derechos humanos son todas aquellas resoluciones, observaciones, informes, opiniones, o incluso fallos, que resultan del trabajo de los órganos de los sistemas de derechos humanos, ya sea del sistema universal o del sistema interamericano.
- Código Civil: Bajo este concepto hacemos referencia tanto al CC como al Nuevo CCyCN como a una única regulación con una misma línea de continuidad. Cuando queramos realizar alguna distinción entre ambos, utilizaremos cada una de las correspondientes abreviaciones.
- Relaciones de propiedad: Con este término nos referimos a las distintas formas que tienen las personas de vincularse con los bienes (en nuestro caso inmuebles) y los distintos tipos de aprovechamientos que realizan a partir de ellos. Relaciones de propiedad es un concepto asimilable a la definición de “relación de poder sobre una cosa” en carácter de titular (lo sea o no) que define el Nuevo CCyCN (art. 1908 y 1909⁸²) para hacer referencia a la posesión.
- Instituto de derecho de propiedad: Con ello nos referimos a aquellas figuras que regulan aspectos determinados de la propiedad y que se encuentran compuestas por un conjunto de normas interrelacionadas y coherentes entre sí. En palabras de Ihering (1968) son verdaderos “entes o cuerpos jurídicos”.
- Régimen de propiedad: Se refiere al sistema normativo que rige las relaciones con los bienes y regula al derecho de propiedad en un determinado Estado.
- Tradicional: Aplicamos el adjetivo “tradicional” tanto a referentes teóricos (juristas/doctrinarios), como a teorías y conjunto de normas (leyes, códigos) que resultan partidarios de aquella corriente jurídica que entiende al derecho como un simple conjunto de normas de aparente carácter neutral, y al hacer esa operación esconden los principios y conceptos del liberalismo individual capitalista y conservador con los cuales comulgan.

⁸² Nuevo CCyCN, art. 1908: “Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”. Art. 1909: “Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.”

- Grandes Propietarios: Fracción social tradicional en la estructura agraria que concentra una parte definitoria del valor de la producción y exhibe diferenciales significativos de productividad con respecto al resto de los demás propietarios (Basualdo y Arceo, 2005: 96). También quisiéramos complementar este concepto con el de oligarquía *diversificada* conformada por un sector de la oligarquía local con intereses en la industria, el agro y otras actividades económicas (Basualdo, 2010: 31).
- Sectores populares/Sectores vulnerables o en condición de vulnerabilidad: Utilizamos ambos conceptos de manera indistinta. Caracterizaremos como “sectores populares” a un heterogéneo conglomerado de los sectores subalternos que no puede determinarse de antemano, sino que depende de la combinación de diversos factores como la riqueza, el tipo de trabajo, el nivel educativo, el color o la capacidad de influir en las decisiones del Estado, en un momento histórico determinado (Adamosvsky: 2012). Esta conceptualización tiene en cuenta no solamente aspectos económicos, sino también aquellos aspectos que están por fuera del ámbito de producción, como son los aspectos culturales y políticos de dominación. Así, nos podremos referir no solamente a los trabajadores urbanos, sino también a los peones, campesinos y pequeños productores de cada región; inmigrantes europeos y de países vecinos; criollos, afroargentinos, indígenas, tanto varones como mujeres. La definición de sectores populares se puede complementar con la de sectores vulnerables, o bien personas en situación de vulnerabilidad. Para esta definición, utilizamos la conceptualización dada por el documento de Reglas de Acceso a la justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), el que en su segunda sección brinda una especificación de los beneficiarios de dichas reglas⁸³. Este resulta ser un concepto relacional, que se define en base a otro, ya que la vulnerabilidad “no es una condición natural de las personas o colectivos sino, antes bien, una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren por la sola pertenencia grupal, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia” (Nogueira y Schapiro 2012:33).
- Justicia social, ambiental y distributiva: Principalmente tomamos el concepto de justicia social y distributiva aportado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en sus distintos documentos e instrumentos. En el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) se expresa que “La paz universal y duradera sólo puede alcanzarse si se basa en la justicia social”. A su vez, según un documento de la OIT “la Justicia Social se basa en la igualdad de derechos

⁸³ Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad brindado por las Reglas: “(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

para todas las personas y la posibilidad para todos los seres humanos, sin discriminación, de beneficiarse del progreso económico y social en todo el mundo. La promoción de la justicia social significa más que aumentar los ingresos y crear empleos. Significa también derechos, dignidad y voz para las mujeres y hombres trabajadores, así como emancipación económica, social y política⁸⁴. Por su parte, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su art. 34⁸⁵, también se refiere a la necesidad de lograr la “justicia social” en la consecución del desarrollo integral. Finalmente, es preciso destacar que si bien el concepto de justicia social y distributiva resulta ser una noción presente en toda la filosofía social desde Aristóteles hasta Rawls, “no existe ningún principio de justicia social aceptado por todos” (Harvey, 1977:99). Por su parte Harvey, entiende a dicho concepto como “una aplicación particular de los principios de la justicia a conflictos que surgen de la necesidad de la cooperación social al buscar una mejora individual” a lo que agrega que “gracias a la división del trabajo es posible aumentar la producción, y entonces el problema que surge es el de cómo han de ser distribuidos los frutos de esa producción entre aquellos que cooperan en el proceso. El proceso de justicia social, por consiguiente, se refiere a la división de los beneficios y a la asignación de las cargas que surgen de un proceso colectivo de trabajo. Este principio también se refiere a los ordenamientos sociales e institucionales asociados con la actividad de la producción y de la distribución” (Harvey, 1977:98). Por último, la noción de justicia ambiental “atraviesa la defensa de las condiciones de vida y la salud para incorporar la discusión sobre el acceso a los recursos (agua, tierra, recursos forestales, infraestructura básica) en el marco de disputas económicas, pero también en términos de valores culturales e identitarios” (Merlinsky, 2013:195). La plataforma política de la justicia ambiental “es la exigencia de un tratamiento justo para todas las personas

⁸⁴ Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_151881.pdf

⁸⁵ Art. 34 de la Carta de la OEA “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita; b) Distribución equitativa del ingreso nacional; c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos; d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; m) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y n) Expansión y diversificación de las exportaciones.

en lo que se refiere a (...) regulaciones ambientales. Por "tratamiento justo" se entiende que ningún grupo de personas, incluyendo los grupos étnicos, raciales o de clase, deba soportar una cuota desproporcionada de las consecuencias ambientales" (Merlinsky, 2013:47).