

# LA PROPIEDAD Y EL BIEN COMÚN\*

MARTÍN MEJORADA CHAUCA

Profesor de Derechos Reales en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Sumario:** 1. Introducción 2. El ejercicio de la propiedad, el bien común y la posición del Tribunal Constitucional.

## 1. Introducción

La propiedad es el más importante de los derechos reales, qué duda cabe. En las economías libres la propiedad es el medio para el desarrollo económico y el bienestar. Ciertamente la propiedad ha logrado ese efecto en algunas latitudes, pero también ha sido parte de las fórmulas de opresión y discriminación más odiosas que la humanidad ha conocido. Por ello, por los beneficios y por la amenaza que importa el reconocimiento de la propiedad, estamos ante uno de los derechos más relevantes de la vida social. Instrumento de bienestar y herramienta de destrucción al mismo tiempo. Tan paradójica figura debe ser estudiada no sólo desde la perspectiva de las titularidades que concede sino también desde las cargas que soporta.

En las siguientes líneas nos ocuparemos brevemente de la propiedad como un derecho que importa responsabilidades para su titular, las cuales deben ser examinadas no desde la doctrina histórica, sino desde el lugar que ocupa la propiedad como herramienta del proyecto económico que la sociedad peruana ha expresado en su Constitución. Sólo a partir de dicho proyecto se pueden entender los alcances del dominio. Sólo así se puede establecer el límite entre el actuar lícito del propietario y la conducta antijurídica que hace responsable a su titular.

Las breves reflexiones que contiene este ensayo son aplicables no sólo a la propiedad entendida como el máximo de los poderes que tiene una persona sobre las cosas, sino también a los derechos desmembrados como el uso, usufructo, superficie, servidumbre, etc., que al igual que la propiedad encierran una titularidad patrimonial sobre bienes ciertos.

La propiedad importa responsabilidades. La ley se encarga de desarrollar los alcances de la responsabilidad de ser dueño. Sin embargo, el punto de partida sobre dichos alcances no se encuentra en la ley sino en la Constitución. La Constitución vigente en el Perú se ocupa de la propiedad en el Capítulo III del Título III referido al "Régimen Económico". Así el primer artículo 70° de dicho capítulo señala: *El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo*

*pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio. (...)*". Esta norma constitucional, conjuntamente con aquellas que describen el régimen económico, da cuenta del alcance más general de la propiedad y su rol en la sociedad.

Según el artículo 58° de la Constitución: *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"*. Los artículos que siguen del régimen económico de la Constitución describen la libertad como principio ordenador de la actividad económica, que se expresa principalmente en *"libertad de empresa"* (artículo 59°) y *"libertad de contratos"* (artículo 62°).

*Del conjunto de normas del régimen económico se desprende que la riqueza en el Perú no la genera el Estado sino los particulares. Son los agentes económicos privados los llamados a producir la riqueza. El Estado no realiza actividad económica, sólo orienta, promueve y actúa en sectores específicos como salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En este escenario, la propiedad es una de las piezas claves del desarrollo y generación de recursos. En un régimen económico como éste, la propiedad tiene que ser especialmente protegida, pues ella significa la garantía de la inversión, la seguridad para el ejercicio de la libertad económica. Los privados necesitan seguridad de que el dominio en sus diversas expresiones (poder absoluto, derechos desmembrados e incluso créditos) sólo se moverá de su patrimonio en la forma y oportunidad que ellos decidan.*

*La propiedad es la riqueza en sí misma cuyo nacimiento, permanencia y extinción es parte central del ejercicio de la libertad. Si la propiedad fuera frágil, si estuviera expuesta al actuar arbitrario del Estado o de otros particulares sencillamente, no funcionaría un régimen que descansa sobre la actuación privada.*

*En consecuencia, la propiedad en el Perú es un derecho individual privado y protegido que cumple un rol trascendental en el funcionamiento de la Economía de Mercado. Sólo asegurando una propiedad sólida y protegida contra el Estado y otros privados es posible pensar en un verdadero ejercicio de la libertad económica. Cuanto más se limite la libertad sobre la propiedad, menor incentivo para la actuación privada en la generación de riqueza. No nos referimos sólo a los actos materiales de vulneración de derechos, sino principalmente al régimen legal que desarrolla el tratamiento de la propiedad y que al hacerlo podría restringir el dominio convirtiéndolo en inútil para los fines del régimen económico.*

El desarrollo legal de la propiedad no se agota en la Constitución;

\* El presente artículo se basa en otro del mismo autor denominado "La Responsabilidad de ser Propietario" que se será parte del Tomo 4 de la Colección "Instituciones Derecho Privado" que publica Editorial Temis de Colombia. El presente contiene comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003 (Expediente N° 008-2003-AI/TC), en la que por primera vez el máximo intérprete de la Constitución se ocupa del derecho de propiedad como elemento central del régimen económico peruano.

se extiende a una serie de normas de desarrollo. El Código Civil es probablemente el conjunto normativo más importante, pues no sólo se ocupa de cómo nace la propiedad, sino de su ejercicio, modificación, transferencia, responsabilidades, hasta su extinción. Empero, ocurre que el Código Civil peruano es una norma anterior a la actual Constitución. El Código Civil se expidió en noviembre de 1984, cuando regía una Constitución totalmente distinta a la actual, particularmente en materia económica. Por ello, el tratamiento de la propiedad en el Código, en sus diversos aspectos, no necesariamente se ajusta a las características que el régimen económico exige para tan importante derecho.

Sólo por citar algunos ejemplos de la diversidad en el tratamiento de la propiedad entre la Constitución de 1979 y la actual. La Constitución de 1979 acogía una Economía Social de Mercado pero con un rol mucho más activo del Estado. El Estado intervenía en la economía no sólo promoviendo sino realizando actividad empresarial (artículo 113° de la Constitución de 1979) y eventualmente interviniendo en las actividades económicas privadas (artículo 114° de la Constitución de 1979). En cuanto al tratamiento específico de la propiedad, el primer artículo del capítulo referido a este derecho (Capítulo III del Título III de la Constitución de 1979) señalaba: *“La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. (...)”*

Nótese que a diferencia de la Constitución actual, el primer artículo de la Constitución anterior define la propiedad principalmente como una obligación y no como un derecho (*“la propiedad obliga ...”*). Es decir, en el régimen anterior la propiedad generaba responsabilidades antes que atribuciones. Es también un derecho protegido como señalaba el artículo 124° de la Constitución derogada, pero el nivel de compromiso de la propiedad frente a lo social era sin duda mayor que en la Constitución de 1993. Esto se explica perfectamente por la naturaleza del régimen económico. Así, todo el desarrollo legislativo de la propiedad en el marco de la Constitución de 1979 está impregnado de intervencionismo en materia económica y de limitaciones al derecho de propiedad.

¿Qué tiene que ver todo esto con el *bien común* como elemento de la propiedad?. Mucho; el *bien común* es parte del contenido del dominio, el cual a su vez tiene que ajustarse al régimen económico vigente. La ley y demás normas de desarrollo que establecen la forma como se adquiere, trasmite y extingue el derecho de propiedad no pueden ser arbitrarias; tienen que ajustarse a las normas y principios del régimen económico.

A continuación analizaremos el ejercicio de la propiedad y su obligada armonía con el *bien común*. Finalmente haremos referencia al reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que se ocupa del régimen económico vigente y de la propiedad como uno de sus elementos.

## 2. El ejercicio de la propiedad, el bien común y la posición del Tribunal Constitucional

Dice el artículo 923° del Código Civil: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”*.

La propiedad es un poder jurídico, pero sus atributos no se limitan a las facultades que contiene esta norma (usar, disfrutar, reivindicar y disponer) pues en el ámbito privado rige el principio y norma constitucional según el cual *“lo que no está prohibido está permitido”* (artículo 2° inciso 24) literal a de la Constitución), que significa que el propietario de un bien puede hacer respecto de él no sólo lo que la norma señala, sino todo lo que se le ocurra, siempre que no entre en colisión con una norma legal imperativa. Asimismo es pertinente el artículo 2° inciso 24) literal b de la Constitución que ordena: *“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”*. El ejercicio de la propiedad es parte de la libertad personal.

Los atributos de la propiedad se extienden pues a todo actuar lícito sobre el bien, aunque no esté comprendido en la clásica relación de facultades (usar, disfrutar, disponer y reivindicar). Una de esas conductas que derivan de la propiedad y que no está señalada en la ley es la conducta negativa, es decir el *“dejar hacer”*. El propietario puede dejar de usar, disfrutar o disponer del bien, porque es su decisión y en esa forma ejerce su libertad económica.

El ejercicio de los atributos de la propiedad debe guardar armonía con el *interés social*, dice el Código Civil, pero la Constitución de 1993 señala que la propiedad debe ajustarse al *bien común*. Evidentemente se ha modificado el Código. La Constitución de 1993 es posterior y produce un efecto derogatorio o modificatorio sobre toda norma anterior. El *bien común* puede ser interpretado como la suma de intereses individuales, es un concepto básicamente liberal, mientras que el *interés social* tiene un contenido de solidaridad<sup>1</sup>.

Ahora bien, ¿qué significa que el actuar del propietario debe armonizar con el *bien común*?. Claro está que la ley señala límites al ejercicio de la propiedad en diversos ámbitos y no sólo en pro del *bien común* sino por una serie de razones (humanitarias, históricas, sociales, ambientales, religiosas, económicas, culturales, urbanísticas etc.)<sup>2</sup>, por ello parecería interesante que exista un límite general y abstracto que obligue a los propietarios a ejercer los atributos del dominio en armonía con el *bien común*; una responsabilidad del propietario de ejercer su derecho sin irrumpir contra el *bien común*.

Esta restricción al dominio sólo tiene interés práctico en la medida que se refiera a supuestos diferentes a los señalados expresamente en las leyes (reglas de zonificación, normas sobre construcción, límites a la velocidad de vehículos motorizados, patrimonio cultural, etc.), ya que las limitaciones contenidas en normas expresas no requieren sustentarse en el *bien común*, sino en cualquier otra causa que resulte de interés general. Sin embargo, veremos que en el Perú, *bien común* y respeto por los derechos de los demás se equiparan, lo cual resulta en definitiva acorde con el régimen económico que la Constitución consagra.

En la medida que la restricción a favor del *bien común* se refiere a los derechos individuales de terceros o a la suma de ellos, se hace

<sup>1</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo 3, p. 365.

<sup>2</sup> Las limitaciones al derecho de propiedad reguladas en la ley pueden tener diversos sustento, pero no por ello son arbitrarias. Están referidas y concordadas con los lineamientos básicos del Régimen Económico establecido en la Constitución.

más objetiva la limitación. Significa que la propiedad no se puede ejercer contraviniendo los derechos de las demás personas, lo que implica que las víctimas tienen que ser titulares de un derecho subjetivo que se ve afectado, o que existe una situación protegida a través de normas prohibitivas. La objetividad que encierra esta interpretación es una garantía de certeza para los propietarios y por tanto un elemento que va en la línea del régimen económico que describimos antes. Si los propietarios no son limitados por abstracciones sino por normas concretas que reconocen derechos subjetivos o imponen prohibiciones, la propiedad está más segura lo cual es un incentivo para la generación de riqueza.

La indicación constitucional y legal que comentamos implica que la propiedad no es absoluta. La propiedad termina donde comienza el derecho de los otros y por tanto actuar lesionando el derecho de los demás es actuar fuera de la propiedad, es actuar sin derecho. Es el caso de quien produce ruidos molestos desde su predio, por encima de los permitidos, quien conduciendo un vehículo particular se estaciona en un lugar reservado para los bomberos, o quien mediante una construcción clandestina invade los aires del vecino.

Ahora bien, que la propiedad no puede invadir otro derecho subjetivo o transgredir normas prohibitivas es un hecho que no requería decirlo la Constitución. Por tanto, debemos entender que tal limitación no es otra cosa que la afirmación de los derechos subjetivos o valores reconocidos en el ordenamiento, a través de las normas que describen tales derechos o la misma propiedad, así como prohibiciones que se imponen al dueño. Entonces, el ejercicio de la propiedad acorde con el *bien común* no tiene otro significado que el reconocimiento de los derechos que coexisten con el dominio. Es decir, contrariamente a lo que se podría creer, el *bien común* en el Perú no es un valor diferente o separado de los derechos que el sistema legal admite para las personas ajenas al propietario que ejerce sus atributos. El *bien común* está constituido por esos derechos, por separado, por la suma de ellos y por las normas prohibitivas.

La legitimidad de los derechos y normas prohibitivas que limitan la propiedad depende de que se ajusten al rol que la Constitución ha previsto para el dominio. No todo derecho subjetivo o prohibición que detiene el ejercicio libre de la propiedad se ajusta a la Constitución. Por ejemplo, el artículo 882° del Código Civil (norma preconstitucional) señala que “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”. Es decir, en ejercicio de la propiedad el dueño no puede obligarse a no enajenar sus bienes, aunque asumir tal obligación sea parte de un negocio sumamente atractivo para él y para otros agentes económicos. Esta prohibición no se ajusta a los principios de libertad económica, pues significa que el Estado se sustituye en las decisiones económicas de los privados sobre sus bienes, entendiéndose que mediante dicha prohibición se es más eficiente en el tráfico.

El Estado no debe intervenir en la actividad económica mediante actos administrativos ni legislativos, a menos que sea para afirmar la libertad o para limitarla en salvaguarda de derechos superiores colectivos o individuales, como la vida, la salud, la seguridad, etc. El bienestar económico no es en ningún caso un argumento para limitar la propiedad, pues precisamente, en el esquema de la Economía de Mercado, es el ejercicio libre del dominio lo que genera el bienestar individual y colectivo.

Es cierto que el concepto *bien común* no tiene definición legal y por tanto la lectura que se haga de él parece invitar a la arbitrariedad. Sin embargo, es muy importante utilizar la técnica del contraste y la interpretación histórica para confirmar su contenido. Esto significa ver qué decía la Constitución anterior sobre el particular, atendiendo además al hecho cierto de que el tratamiento de la propiedad en uno y otro régimen legal es sustancialmente distinto. La Constitución de 1979 decía que el ejercicio de la propiedad debe armonizar con el *interés social*. Este concepto fue desterrado deliberadamente por los constituyentes porque no se quería que la propiedad esté al servicio de los demás sino que fuera una herramienta de inversión y promoción del esfuerzo privado<sup>3</sup>. Durante la vigencia de la Constitución del 1979 (y también antes de ella) se invocó el *interés social* en muchas ocasiones para irrumpir contra la propiedad a favor ciertos sectores de la población que no gozaban de ella. La Reforma Agraria de los años 60 y la intervención del sistema financiero y de seguros en los 80 son ejemplos claros del alcance de este concepto.

Pues bien, como quiera que se entienda hoy el *bien común*, definitivamente no se le puede atribuir el significado que se le dio al *interés social*. *Bien común* puede ser todo menos *interés social*. El *interés social* sí permitía limitar e intervenir en la propiedad en base a un valor no recogido expresamente como un derecho subjetivo a favor de alguien o como una prohibición concreta y expresa. Este concepto hacía responsable al propietario en virtud de un valor abstracto que lo podía limitar en cualquier momento y en circunstancias no previstas expresamente por el ordenamiento. Situación clara de inseguridad para los propietarios.

En cambio, el *bien común* importa una garantía para los propietarios de que sólo serán afectados en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, pero ya no sobre la base de criterios arbitrarios.

Esto no significa que la propiedad en el sistema jurídico peruano actual no genera responsabilidades o compromisos para los dueños. Todas las propiedades del mundo generan responsabilidades. Lo que ocurre es que la del Perú sólo soporta las limitaciones o responsabilidades que la ley señala. Esto tampoco significa que en el Perú la regulación de la propiedad es ajena a criterios de solidaridad; no es así. Empero, la aplicación de tales criterios se debe hacer en una vía segura como la tributaria, la misma que a su vez está rodeada de principios que dan garantías a la propiedad para que por ese camino tampoco se afecte el dominio al punto de hacerlo inútil (artículo 74° de la Constitución). El Estado recauda tributos de los propietarios; esos son los recursos con los que el Estado tiene que cumplir su rol asistencial y es la forma como los titulares del dominio son solidarios. Esta es la solidaridad consagrada jurídicamente; la otra, la que proviene del corazón de los hombres, es ajena a estas disquisiciones.

En este sentido, la responsabilidad de los propietarios de ejercer el dominio en armonía con el *bien común* se torna equivalente a un ejercicio dentro de los límites de la ley (artículo 70° de la Constitución). Contrariamente a lo que se desprende de la literalidad del Código Civil, el ejercicio del dominio no se limita a las conductas positivas, sino que comprende todos los ámbitos de decisiones del dueño, incluso por cierto las decisiones y conductas negativas.

<sup>3</sup> Ver: Debate Constitucional Pleno – 1993. Lima: Publicación Oficial, 1998, tomo I, p. 879.

El contenido de la propiedad ha sido abordado recientemente por el Tribunal Constitucional, a propósito de la sentencia expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia 140-2001 que permitió la fijación de tarifas mínimas para el transporte terrestre en el Perú. Se trata de la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003 en la causa N° 008-2003-AI/TC. El Tribunal declaró que es inconstitucional fijar tarifas para el transporte porque se trata de una actividad económica privada donde rige la libertad económica. Al ocuparse de este tema el Tribunal describe ampliamente, por primera vez, todo el alcance del régimen económico consagrado en la Constitución y al hacerlo se ocupa de la propiedad.

Como ya nos tiene acostumbrados, el Tribunal Constitucional ha producido una extensa sentencia que abunda en teoría y citas bibliográficas, y concluye en tan interesantes como discutibles afirmaciones sobre los temas que aborda. En este caso, luego de afirmar los principios económicos de libertad y mercado que recoge la Constitución de 1993, se refiere a la propiedad en términos un tanto confusos. Dice el Tribunal en el acápite a) del parágrafo 26 de la sentencia:

*“El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución **es fundamental que el propietario reconozca la funcionalidad social que le es consustancial**. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. **Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.**”* (subrayado agregado)

A simple vista esta conclusión difiere de nuestras afirmaciones sobre el contenido de la propiedad. ¿Qué es eso de *funcionalidad social*? Eso suena al *interés social* claramente desterrado de la Constitución. Pero luego dice que todo aquello significa que la propiedad debe usarse conforme al destino natural que corresponde a los bienes en la economía. ¿Qué significa eso? ¿Cuál es el destino natural de los bienes en la economía? ¿A qué economía se refiere?.

El Tribunal afirma la existencia de la Economía de Mercado y las

libertades económicas como elementos centrales del régimen económico. Por ello cuando indica que los bienes se deben usar de acuerdo a su destino natural en la economía, sólo se puede entender que es la Economía de Mercado. Esto significa que los bienes no tienen un destino natural invariable pues precisamente la Economía de Mercado se sustenta en el libre ejercicio de la propiedad, con el único presupuesto de que el titular del dominio es un comerciante diligente que toma decisiones razonables sobre sus bienes. Es contrario a la Economía de Mercado atribuir una forma de usar los bienes que se encuentre previamente señalada por alguien ajeno al titular del dominio, mucho por menos por el Estado. Por tanto, la conclusión del Tribunal resulta innecesariamente aparatosa, pues al final termina en lo mismo que nosotros hemos concluido: los bienes se explotan conforme a las decisiones libres de sus propietarios (tal es el destino natural de los bienes en la Economía de Mercado), con los límites que derivan de las normas prohibitivas y los derechos subjetivos de los demás.

En otros pasajes del desarrollo de la propiedad (siempre en el acápite a) del parágrafo 26 de la sentencia), el Tribunal afirma más directamente la libertad que debe primar en el ejercicio del dominio. Dice:

*“... la propiedad se encuentra sujeta a limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podría sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho”*. La claridad de estas afirmaciones en pro de la libertad nos releva de mayor comentario.

Finalmente, debemos reconocer que no hemos criticado el régimen económico y su reflejo en el tratamiento de la propiedad. Simplemente hemos descrito el contenido jurídico del derecho de propiedad. Sin embargo, no se puede negar que el régimen económico y el tratamiento legal del dominio no han logrado generar el anhelado bienestar y desarrollo económico. Las conclusiones de la Comisión de la Verdad sobre las causas de la terrible violencia en las décadas pasadas dan cuenta de que el dominio (como fuente de bienestar) fue ajeno a la mayoría de peruanos. Tanto en el tiempo que la Constitución ordenaba su adecuación al *interés social*, como cuando tal adecuación tenía que ver con el *bien común*, el tratamiento de la propiedad no ha logrado satisfacer a las mayorías.

Urge pues una revisión del régimen legal de la propiedad, de modo que abramos paso a un país justo, un país en paz, de algún modo un país donde todos seamos propietarios libres.