

**SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LAS PROPIEDADES CONSTITUCIONALES**  
**ON THE OPERABILITY OF THE CONSTITUTIONAL PROPERTIES**

Salvi, Nicolás<sup>1</sup>

Universidad San Pablo-Tucumán

Resumen: En este breve ensayo deseamos plantear las problemáticas que suelen presentarse en la legislación de los derechos de propiedad en los sistemas legales continentales contemporáneos. De manera sucinta queremos responder que representa exactamente el reconocimiento constitucional de las propiedades en su articulado. En otro orden, nos proponemos intentar demostrar que la mera enunciación en una carta magna no basta para dar operatividad a la propiedad, y que es menester la regulación en otro texto legal para conseguir la eficacia.

Palabras clave: Derechos de propiedad – Eficacia normativa – Garantías constitucionales

Abstract: In this brief essay we wish to raise the problems that often arise in the legislation of property rights in contemporary continental legal systems. Succinctly we want to answer what exactly does the constitutional recognition of property represent in its articles. On the other hand, we intend to demonstrate that the mere enunciation in a constitutions not enough to make property operational, and that it is necessary to regulate it in another legal text in order to achieve effectiveness.

Key words: Property rights - Regulatory effectiveness - Constitutional guarantees

*I. Notas introductorias*

Los sistemas legales del *Civil Law*<sup>2</sup> siempre han inscripto a los derechos de propiedad tanto en sus constituciones como en otros cuerpos normativos. A partir de un pequeño repaso histórico, veremos cómo la positivización del derecho de propiedad

---

<sup>1</sup> nsalvi@uspt.edu.ar

<sup>2</sup> Preferimos no tocar a los sistemas de *Common Law* ni las experiencias socialistas en este ensayo, dadas las amplias diferencias en materia de derechos reales con los sistemas continentales (claramente por distintas razones).

absoluto en las cartas magnas de los gobiernos modernos tuvo como contracara la regularización en los códigos civiles. Luego cómo se dio un proceso similar en el giro colectivista del siglo XX con las reformas constitucionales que absorbieron la teoría de la función social de la propiedad en conjunto con recodificaciones que adaptaron al instituto. Y, por último, dejamos en evidencia que este proceso no se ha dado en las propiedades colectivas, lo que muestra el déficit estructural de su marco legal y explica los problemas de eficacia que se encuentran en estos derechos de raigambre constitucional.

Nos centraremos en el caso argentino, donde podemos diferenciar en su Constitución Nacional al menos dos tipos de propiedad (privada y comunitaria indígena), y en el cual ambas han tenido un tratamiento distinto. La primera cuenta con una esquematización detallada en el Código Civil y Comercial, mientras que la segunda aún no posee una regulación fuera de su reconocimiento legal.

## *II. Contexto histórico*

El debate sobre el derecho de propiedad ha sido una discusión central en los actos legislativos desde los inicios del derecho como técnica de regulación social. La búsqueda de las personas para excluir a otros del uso de una cosa, sea de manera individual o colectiva, dieron forma a diversas reglamentaciones desde tiempos antiguos (Earle 2017).

En la modernidad, fue bien definido que el tercero que debería garantizar el respeto por la propiedad privada sería el poder público ostentado por el Estado Moderno (Cordero Quinzacara 2008). La mayor lucha de los iusnaturalistas racionalistas como Hugo Grocio o John Locke fue la de dar un fundamento metafísico ontológico a la propiedad privada y a las facultades que estas otorgaban a los propietarios. Todo esto, en aras de sostener el sistema económico capitalista, que tiene como una de sus bases al concepto abstracto de propiedad privada absoluta y al Estado central y absoluto como su garante (Salvi 2019).

Las revoluciones burguesas engendraron a las repúblicas y monarquías modernas que sellaron el nacimiento legal-positivo de la propiedad absoluta con sus Constituciones. El segmento social que realizó estos actos revolucionarios debía dejar en claro las reglas de juego, y garantizar el derecho de propiedad como había sido esquematizado por los

iusnaturalistas y de la que el capitalismo decidió hacerse eco en los gobiernos liberales. La guía en esta materia fue sin dudas el afamado artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789:

“Artículo 17. Siendo 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 a condición de una justa y previa indemnización.”

El ejemplo de ese artículo fue repetido en prácticamente todo occidente, con el objetivo de garantizar la protección de la única propiedad reconocida por los Estados Modernos. Solo por citar algunos ejemplos, se tienen reinos europeos como España con la Constitución de Cádiz de 1812,<sup>3</sup> las de las primeras experiencias revolucionarias americanas como la Constitución Imperial de Haití de 1805<sup>4</sup> o la de las repúblicas decimonónicas como la Constitución Argentina de 1853.<sup>5</sup> Una función central del Estado decimonónico fue la de eliminar todo rastro de bienes colectivos, siguiendo una conducta de legislador liquidador, para poder centrarse en el objetivo de defensa del derecho de propiedad única necesario para el funcionamiento del mercado (Grossi 1990:508).

Si bien esa garantía ya era de vital importancia para los movimientos burgueses, los mismos decidieron dar orden y regla a las relaciones de propiedad. Esto se consiguió principalmente con la legislación de este derecho en los códigos civiles de cada nación, con el *Code Civil* francés como ejemplo a utilizar.

En aras de mantener una seguridad jurídica férrea en materia de bienes, habitualmente se respetó la idea de *numerus clausus* en cuestión derechos reales, y se legisló con especial atención a la propiedad o dominio como el más “perfecto” de los derechos reales. Se le otorgó los caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo, y las facultades de uso, goce y disposición a sus titulares. Ciertamente, todas estas condiciones

---

<sup>3</sup> Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

<sup>4</sup> Art. 6. La propiedad es sagrada, su violación será rigurosamente perseguida.

<sup>5</sup> Art. 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 11. 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.

fueron reglamentadas en los códigos (contenedores de definiciones y reglamentaciones) y no en las constituciones (terreno de garantías y guías/principios).

Cuando el siglo XX vivió la crisis del Estado Liberal Clásico, en occidente se comenzaron a formar los llamados Estados de Bienestar influenciados por las ideas económicas de John Maynard Keynes. En el ámbito de la propiedad, tomó fuerza la teoría de la función social de la propiedad desarrollada por el francés León Duguit, la cual se basa en limitar el carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad. Se cambió el eje del individuo hacia la sociedad, hacia el bien común (Pasquale 2014). Este concepto sería impecable para los nuevos programas planteados por los gobiernos intervencionistas de la época.<sup>6</sup>

Sin embargo, de nuevo, aunque las nuevas ideas político-económicas fueron inscritas con tinta en la Constitución, fue necesaria su profundización en los Códigos Civiles, donde la propiedad se encontraba desarrollada y definida. Se utilizaron remedios legales, por ejemplo, de la teoría del abuso del derecho. Asimismo, en leyes especiales sobre todo en lo que refiere a fundos rurales. De esta forma, esta reinención del capitalismo fue plasmada en los textos jurídicos para servir de herramienta a una sociedad que había cambiado. La reforma fue cursada sustancialmente por recodificaciones,<sup>7</sup> que pudieron ir en algunos casos acompañadas por reformas constitucionales.

La reforma de la Constitución Argentina en 1949 trajo el canon de los derechos sociales al centro de la discusión jurídica. Con su derogación por parte de la dictadura militar autodenominada “Revolución Libertadora”, se rescataron gran parte de sus directrices y principios en el artículo 14bis producto de la reforma de 1957. Pero la materialización en materia de propiedad se vio recién en 1968 con la reforma parcial del Código Civil producto de la ley 17.711. En esta fue receptada la teoría del abuso del

---

<sup>6</sup> Podemos ver, solo por dar algunos ejemplos, la función social de la propiedad en el artículo 33 de la Constitución española, el artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Alemana, o el capítulo IV de la Constitución Argentina de 1949 titulado “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”.

<sup>7</sup> La recodificación es un interesante proceso, diferente a la codificación. Como explica Manuel Gonzalo Casas: “El proceso de codificación es diferente al de recodificación. La codificación genera sistematicidad, un orden totalmente nuevo. Dificilmente se sabe con precisión de dónde provienen sus normas. Es que a la codificación le precede una situación legislativa dispersa, inorgánica, le antecede la ausencia de sistematicidad sobre reglas y usos. Por el contrario, la recodificación es el reemplazo de un código o parte de éste por uno nuevo o por otras normativas y por lo tanto posee un régimen de referencia más amplio”. (Casas 2016:3).

derecho, lo que puso en jaque la absolutez de la propiedad y animaría a la interpretación de las normas de derechos reales a encaminarse hacia la función social.

Como vemos, aunque un programa de gobierno y de política económica pueda estar delineado en una constitución, al menos en el sistema de derecho continental se debe confiar a otros instrumentos jurídicos —como códigos y leyes especiales— la definición de los institutos allí contenidos. Las directrices y principios, por su configuración, no se bastan así mismos para regular a la conducta en sus especificidades cotidianas.

### *III. Las propiedades constitucionales en argentina*

En la República Argentina contamos con, al menos, dos tipos de propiedad contenidas en nuestra constitución. El primero y más conocido es el de la propiedad privada contenida en el artículo 17.

“Art. 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 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”.

Aquí se encuentra contenido el derecho de propiedad privada individual clásico. De igual manera se halla la limitación fundamental del instituto de la expropiación por utilidad pública, un esbozo de la propiedad intelectual y otras protecciones a la propiedad con la eliminación de confiscación y requisiciones de bienes. Sin embargo, estas garantías localizan su sustanciación en otras leyes.

La propiedad privada está principalmente definida, limitada y esquematizada en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), sobre todo en el Libro Cuarto en el

instituto de Dominio,<sup>8</sup> el procedimiento de declaración de utilidad pública y expropiación, así como la reglamentación están contenidos en la ley 21.499; y la propiedad intelectual cuenta con un régimen legal descrito en la ley 11.723 y sus posteriores modificaciones.

Por otro lado, contamos en el propio texto constitucional de 1994 con el reconocimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena.

“Artículo 75. Corresponde al Congreso: Inc. 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Varias constituciones provinciales tienen enunciados similares, como la constitución rionegrina de 1988<sup>9</sup> o la tucumana de 2006.<sup>10</sup>

En este caso, no existe una reglamentación clara en una ley especial. El CCyCN por su parte secunda la declaración de la constitución al reconocerle a los pueblos originarios el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus territorios.<sup>11</sup> Además,

---

<sup>8</sup> Art 1941. Dominio perfecto. 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.

<sup>9</sup> Art. 42. El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse.

<sup>10</sup> Art. 149. La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial. Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama. Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo.

<sup>11</sup> Art. 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas

las leyes nacionales 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades y la 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. En ninguna de estas normas, se define al instituto, se demarcan los caracteres, ni se especifican las facultades de esta.

Hasta ahora, de la propiedad comunitaria indígena se tiene una declaración de reconocimiento, una identificación de los sujetos (los pueblos originarios) y del objeto (las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano), así como varias sentencias que favorecen este reconocimiento.<sup>12</sup> Pero no contamos, al menos legalmente, con un concepto claro de la cuestión.

Queda un tercer caso que es el de la propiedad colectiva. La misma se encuentra legislada en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“Art 17. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Este caso es más complicado. Esta Declaración ha sido añadida a una gran cantidad de países en sus bloques constitucionales —incluida la Argentina— equiparando todos sus enunciados a los propios de la Constitución. Pero no queda claro si con esto hay un reconocimiento expreso de la propiedad colectiva *in sé*. De igual forma no contamos con una definición de propiedad colectiva, aunque podríamos subsumir a la propiedad comunitaria como una especie dentro del género de las propiedades colectivas.

No obstante, este último tipo de propiedad demuestra que sin un texto que defina a la propiedad en su contenido y alcances, la misma queda en una declaración con muy limitados ámbitos de acción, sea para el potencial titular como hacia el Estado que pretenda garantizarlo. Es por esto por lo que experiencias como los encierros comunitarios y ganaderos de la provincia de Santiago del Estero (Villalba et al. 2020), donde los límites de la propiedad no están definidos dentro de los cánones del código, y

---

y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

<sup>12</sup> Destacándose actualmente el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” de 2020, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró culpable al Estado Argentino por la violación del derecho de propiedad de las comunidades. También encontró a la Argentina culpable de violar los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua, y llama a una legislación más eficaz para operativizar el derecho de propiedad comunitaria indígena. Recuperable en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf)

podrían ser entendidos doctrinariamente como propiedad colectiva, no encuentran una respuesta legal por parte del derecho privado que les sea satisfactoria. De esta manera terminan siendo subsumidas por figuras como el condominio, para ser comprendidas por el sistema que rige este tipo de relaciones.

#### *IV. Perspectivas*

Sin dudas, vemos un problema a atender ante esta falta de legislación. No pretendemos decir que los derechos constitucionales no sean operativos, pero los mismos se ven más que restringidos y condicionados en su operatividad al no contar con una reglamentación. Como explica Antonio Gambaro (2018), en los textos constitucionales suele hacerse una declaración de protección de la propiedad, pero no se la define. Esta definición sigue siendo objeto de otros textos legales.<sup>13</sup>

En lo que respecta a lo más urgente en nuestro derecho, la propiedad comunitaria indígena precisa una legislación para conseguir tanto el respeto como el auxilio que el texto fundamental llama a garantizar. Empero, no hay una sola posibilidad.

La propiedad comunitaria —así como otras experiencias colectivas— pueden ser legisladas en el propio Código Civil y Comercial, enumerándolas como nuevos derechos reales. Eso permitiría no romper el principio de *numerus clausus*, y posibilitar una mayor armonización con el derecho de Dominio. No obstante, en los primeros bocetos del nuevo código se había previsto esta posibilidad, y la misma fue rechazada por la mayoría de las comunidades que no vieron con buenos ojos el trabajo realizado por la comisión de reforma.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> “The topic of constitutional protection of property rights is connected with the need to define the general meaning of the word ‘property’, but brings it in a particular direction. Constitutions normally promise protection to property, and in particular to private property, but they do not define what such expressions mean. Their sense must be inferred from a context which is outside the constitutional texts”. (Gambaro 2018).

<sup>14</sup> “En el caso del proyecto de mención, su forma de conceptualizar la propiedad comunitaria indígena fue tan equivocada que numerosas organizaciones indígenas demandaron, en primer lugar, por no haber sido consultados; en segundo lugar, por hacer prevalecer lo ya contemplado en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas; finalmente reclamaron la formulación de una ley especial que lleve adelante un ordenamiento territorial respetando el derecho a ser consultados” (Ramírez 2015).

La otra opción es la de una ley especial, como la del proyecto de ley de instrumentación de la propiedad comunitaria indígena.<sup>15</sup> Ésta, suponen sus partidarios, permitiría una mayor libertad en la legislación y a la formación de un derecho *sui generis* que escape a las ataduras de un cuerpo como un código. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el mismo choque con las disposiciones del código y del propio sistema, genere dificultades en los conflictos normativos que queden en manos de los jueces. Una norma, dentro o fuera de un código, no puede no armonizar con el sistema en su conjunto.

Por último, puede obviarse la definición y dejar que las comunidades consigan desenvolver su relación con el territorio de manera más cercana a su cosmovisión y sin ninguna cadena legal que pueda estorbarles. Esto, empero, puede generar una inconmensurabilidad de cosmovisiones normativas y la dificultad de solución de conflictos entre la comunidad con terceros.

Ninguna solución es perfecta, y toca analizar qué punto se prefiere priorizar y cuál es la solución más beneficiosa para la operatividad del derecho. Lo que es imposible de obviar es que mientras se siga hablando de propiedad, no puede dejarse de lado al derecho privado. Las comunidades originarias son preexistentes al Estado argentino, y mientras se intente legislar sobre una cuestión real, la situación será más propia de la esfera privatista (aunque se actúe en colectivo). Pensar en una propiedad pública llevaría a dejar en manos del Estado el dominio formal del territorio, a menos que la discusión pase al campo de la determinación de nuevos sujetos federales con una autonomía especial.

Queremos concluir considerando que una propiedad constitucional no tiene una existencia plena en cuanto a su eficacia. La declaración constitucional permite una garantía a la protección y un llamado a la reglamentación.

Esta relación sobre las cosas pretende ser regulada por un sistema jurídico, y tiene sus reglas internas para dar orden a sus factores. No habrá derecho de propiedad pleno sin su definición y la especificación de sus caracteres, facultades y límites para su nota de exclusión. Todo esto servirá tanto para el ejercicio de los titulares, como para el respeto que deben los terceros.

---

<sup>15</sup> Expediente 2957-D-2019, en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados. Recuperable en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2957-D-2019>

*Bibliografía*

Casas, M. G. (2016). La recodificación del derecho privado francés: una esperada reforma. *La Ley*. Año LXXX N° 105. 1-4.

Cordero Quinzacara, E. (2008). De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso*, 31: 493-525

Earle, T. (2017). Property in prehistory. In *Comparative Property Law*. Edward Elgar Publishing.

Gambaro, A. (2018). Toward a European Property Law: Opportunities and Obstacles. En Tarabal Bosch, J & Lauroba Lacasa, M.E. (Coord). *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Grossi, P. (1990). “Assolutismo giuridico e proprietà collettive”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19(1), 505-555.

Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica; Universidad de Oviedo. *Área de Derecho Constitucional; Historia Constitucional*; 15; 1; 93-111

Ramírez, S. (2015). Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena. En Kasosvsky, F., & Ivanoff, S. L. *Dossier: Propiedad Comunitaria indígena*. Comodoro Rivadavia: EDUPA. P.21.

Salvi, N. (2019). Poder y Propiedad: el gran relato del dominio y el control social. *Fuegia: Revista de estudios sociales y territorio*, 2 (2), 76-84.

Villalba, A. E., Herrera, A. G. G., & Paz, R. G. (2020). Comunalidades rurales en reedición: encierros comunitarios y ganaderos en Santiago del Estero (Argentina). *Revista de Economía e Sociología Rural*, 58(3).