

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 299-324

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.10>

El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993

The Common Good in the Political
Constitution of Peru of 1993



ANTONIO PÁUCAR LINO

Corte Superior de Justicia de Pasco

(Cerro de Pasco, Perú)

Contacto: apaucarl@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7829-8984>

RESUMEN

El bien común como fortaleza espiritual, moral y corporal del ser humano se introduce en la definición y ejercicio de la propiedad constitucional, que cumple un rol de garantía de inversión y seguridad jurídica en el país. Por ello, en este artículo explicaremos la importante función que cumple en la sociedad.

Palabras clave: bien común, propiedad, interés social, función social, régimen económico.

ABSTRACT

The common good as a spiritual, moral and corporal strength of the human being is introduced in the definition and exercise of constitutional property, which fulfills a role of guarantee of investment and legal security in the country. Therefore, we will explain in this article the important role it plays in society.

Key words: Common good, property, social interest, social function, economic system.

Recibido: 25/05/18 Aceptado: 15/09/18

1. INTRODUCCIÓN

El bien común se sustenta en principios y elementos básicos que le dan satisfacción al ser humano en su fortaleza espiritual, moral y corporal, para así lograr la paz y la convivencia social.

Este concepto es introducido por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1993 cuyo artículo 70 dispone el ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común, dejando atrás su ejercicio en armonía con el interés social consagrado en la Constitución de 1979, que ponía en peligro la inversión privada. El bien común tiene como antecedentes de definición un tanto elaborados los últimos concilios papales de la Iglesia católica y un sustento de fundamentación en los derechos humanos. Se incide en el estudio del bien común introducido en la institución jurídica de la propiedad porque en estos tiempos la propiedad cobra mayor importancia al ser una garantía de inversión y seguridad jurídica para el país ante el ejercicio de la libertad económica, cuyo desarrollo se orienta a lograr el bien común.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete y de control normativo, reconoce en el propietario la función social que le es consustancial en la búsqueda del bien común.

2. EL BIEN COMÚN

2.1. Definiciones

El bien común, de acuerdo con su consolidación definitoria en el decurso histórico, se contextualiza en la aspiración de las sociedades y como obligación de los Estados modernos para garantizar su vigencia actual según nuestra realidad en la búsqueda de la convivencia pacífica y el desarrollo de los pueblos. Las definiciones del bien común son numerosas, por ello en esta investigación comentaremos algunas que sustentan su institucionalidad:

- Es un bien auténtico de la comunidad, que busca satisfacer las necesidades de la humanidad en los aspectos espiritual, moral y físico. Garantiza su paz, su cultura y todo aquello que lo requiera en su vivencia cotidiana. Asimismo, se denomina común porque trasciende a la sociedad en general.
- Al ser de todos, el bien común promueve el beneficio general y no a favor de un grupo o clase alguna. Ello lo diferencia del denominado interés social, que más adelante analizaremos.
- Es una realidad tangible. El Estado asume directamente su deber de planificar y coordinar la cooperación social para satisfacer todas las necesidades urgentes de sus integrantes. Realiza ello mediante la elaboración de una amplia gama de políticas públicas que lleguen a garantizar el ejercicio de derechos humanos, como la vida, la salud y la ayuda que se necesitan para vivir dignamente. Las organizaciones públicas consolidadas en armonía harán que los miembros de la comunidad se orienten hacia su desarrollo y se genere el mayor bien deseado.
- El bien común como elemento necesario de toda comunidad busca que la sana convivencia social se exprese en una cultura que trascienda en su devenir histórico y su desarrollo. La cultura como conjunto de significados y valores democráticos le dará sentido de existencia y destino a la comunidad. Los miembros de

la sociedad tomarán conciencia de ser los artífices y promotores de los valores culturales¹ de su comunidad para mantenerse.

- El bien común se practica cuando se hace efectiva la defensa de los derechos fundamentales en un Estado constitucional de derecho. La democracia participativa perfecciona la existencia y el desarrollo de la comunidad. La justicia social² se alcanza mediante la participación de todos en la construcción, empoderamiento y disfrute del bien común.
- El bien común no es una simple suma de bienes particulares, como tampoco la sociedad es la sola adición de sus miembros. Comprende mucho más, es la suma del civismo de la persona, la fortaleza espiritual del hombre en relación con los bienes públicos o privados, la valoración que se hace de los bienes para darle significado al bien común.

De otro lado, existen principios éticos que se encuentran implícitos en el bien común, que fortalecen su definición, mencionamos algunos:

- El bien particular y el bien común se conjugan, principio antropológico que analiza el ser del hombre como individuo y

1 Los valores culturales los conforman las creencias, actividades y relaciones que hacen posible que los miembros de la sociedad se expresen y se relacionen. Si bien es cierto que los valores culturales se refieren a las tradiciones, lenguajes, arte, gastronomía, valores, ritos etc., se puede inferir que estas, entre otras manifestaciones, forman parte de la categoría del valor cultural si son aceptados y adoptados por una cultura, grupo o sociedad.

2 «La justicia social consiste en un conjunto de políticas que tienen la misión de resolver situaciones en las que se plantea desigualdad y exclusión entre el colectivo social de un lugar determinado. La misión es que a través de las mismas el Estado se haga presente presentando servicios que les ayuden a estas personas a superar o salir de una situación de vulnerabilidad social. Cada nación dispone de herramientas estadísticas que le permiten conocer las zonas sensibles y afectadas por la falta de justicia social, entonces, hacia allí deberán destinarse los mencionados esfuerzos de asistencia para solucionar efectivamente la problemática» (Ucha 2010).

como ser social (persona). En sentido religioso, Juan Pablo II señaló en su discurso a la Unión de Juristas Católicos Italianos, el 7 de diciembre de 1979: «La persona se ordena al bien común porque la sociedad a su vez está ordenada a la persona y a su bien, estando ambas subordinadas al bien supremo, que es Dios».

- Limitaciones del derecho ciudadano ante la exigencia del bien común. En ocasiones queda justificado por el bien común que el bien particular se someta a las exigencias de la colectividad. Pío XI al respecto recalcó, dejando a salvo los derechos primarios y fundamentales, que la propiedad algunas veces tendrá restricciones por el bien común. De tal manera que el propietario en algún momento sea recompensado.
- Gradualidad en el goce del bien común, privilegiando en grado distinto. Por ejemplo, beneficiar de modo prioritario a los más débiles y necesitados.
- El bien común es para todos y no solo se trata de bienes económicos, es también riqueza espiritual y las necesidades familiares. Se distingue las necesidades urgentes para subsistir, como la morada, y los más importantes, como la educación y los valores democráticos.
- Valores que forman parte del bien común como la defensa de la soberanía, el uso de la lengua, la justicia, los servicios públicos, la defensa del medio ambiente, etc.
- El bien común respeta la ley natural porque está unido a la naturaleza humana, acata la tolerancia con sus límites. De ahí que algunos bienes anteriores pueden ser postergados ante un bien mayor.
- El bien común tolera el bien posible, porque un gobernante no puede hacer lo mejor, sino lo que fuera posible. Este mensaje se relaciona con lo dicho por Pío XII: «Un político cristiano no puede —hoy menos que nunca— aumentar las tensiones sociales

internas, dramatizándolas, descuidando lo positivo y dejando perderse la recta visión de lo racionalmente posible».

El bien común, asimismo, cuenta con elementos que le son constitutivos o básicos para su mejor entendimiento y aplicación en la vida diaria por los ciudadanos y autoridades, que sintetizamos:

- Un conjunto de bienes y servicios de toda clase. Con esto nos referimos a los bienes y servicios materiales, culturales y morales, que deben darse en la proporción exigida en el tiempo y lugar. Los materiales deben estar subordinados a los culturales y unos y otros a los morales.
- Una justa distribución de los bienes, los cuales deben estar al alcance de los miembros de la sociedad para el necesario aprovechamiento y su pleno desarrollo, según su vocación, talentos y prestación. La propiedad debe cumplir su función social y los bienes excedentes deben destinarse a favor de los demás.
- Debe permitir unas condiciones sociales externas para el desarrollo de las personas, al ejercer sus derechos y cumplir sus deberes. Ello dará lugar a la implantación y mantenimiento del orden público, el ejercicio de las libertades ciudadanas y la paz social.

3. LA PROPIEDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

3.1. Interés social y bien común en la propiedad

La propiedad es regulada en las constituciones sobre sus grandes principios, no le corresponde establecer las normas detalladas de su contenido y ejercicio, que desde su origen fue puramente civil.

El artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993 trata de la propiedad como un derecho privado que pertenece a una persona

de derecho privado o a personas de derecho público, que detenta, sin embargo, su propiedad como de derecho privado.

La propiedad es entendida en el derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho.

La Constitución de 1979 establecía en su artículo 124: «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. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad». El artículo 125 señalaba: «La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización [...]». Esta carta política consagró la obligación de ejercer la propiedad en armonía con el interés social en coherencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, cuyo artículo 21 señala: «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».

La Constitución de 1993, en su artículo 70, ha regulado diferente: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. [...]».

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José. Adoptado durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Incorporación a la legislación peruana: el Perú la suscribió el 27 de julio de 1977. Se aprobó por Decreto Ley n.º 22231 del 11 de julio de 1978 y se encuentra en vigencia para el Perú a partir del 28 de julio de 1978.

En opinión de Marcial Rubio son «conceptos de contenido ideológico distinto: El bien común puede ser interpretado como la suma de los intereses individuales en un concepto esencialmente liberal. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993». Además, recalca que «el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles, standard, que pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinado al bien común de toda la sociedad» (1999: 365).

El artículo 70 de la Constitución nos muestra un nuevo escenario donde la propiedad privada está siendo protegida al máximo, únicamente limitada por razones extraordinarias (bien común) y sustraída por causas aún más extraordinarias (necesidad pública y seguridad nacional). La sustracción del concepto de interés social como justificación para limitar el derecho y para la expropiación no fue cuestión de estilo en la Constitución. Según las actas de debate de la comisión que elaboró el proyecto que dio lugar a la Constitución de 1993, los congresistas eliminaron el concepto de interés social porque con él se ponía en peligro la inversión privada necesaria para el modelo económico que se estaba aprobando (Congreso Constituyente Democrático 2001: 1951-1963).

El interés social había facilitado expropiar por cualquier causa y a favor de cualquier grupo social, lo que generó abuso y desincentivo para los propietarios. Antes de 1994 se expropió muchas veces para fines de titulación y a favor de invasores privados, se invocaba el interés social del artículo 125 de la Constitución de 1979 (Mejorada 2009: 76). Los ejemplos claros fueron la Reforma Agraria de los años sesenta, la intervención del sistema financiero y de seguros en los ochenta, las leyes de alquileres o imponer tarifas en el transporte

público. Es decir, aquello que beneficiaba a un determinado sector social y no una herramienta de inversión y promoción del esfuerzo privado. Se evidenciaba así una clara inseguridad para los propietarios e inversionistas en el Perú⁴.

Avendaño Valdez señala: «El concepto de interés social para regular el ejercicio del derecho de propiedad está en la Constitución de otros países. A diferencia de ello, en ninguna Constitución hemos encontrado la referencia al bien común» (2005: 944).

Es obvio, como referimos anteriormente, que las constituciones de otros países de Latinoamérica consagran el interés social del ejercicio de la propiedad, porque la mayoría están suscritas a la Convención Americana de Derechos Humanos, que regula la propiedad en función del interés social. Mientras que el bien común de aporte de la doctrina de la Iglesia católica y de los derechos humanos, que investigamos desde un inicio, consagra nuestra Constitución de 1993 aunque solo expresamente en el tema de la propiedad (artículo).

El ejercicio de la propiedad y el bien común del Código Civil es interpretado según la Constitución de 1993 por ser preconstitucional (1984), al respecto el artículo 923 indica lo siguiente: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y

4 Ilustramos un caso patético que sucedió en el Perú según comentario de Alfredo Bullard: «Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger dónde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica, reduciendo sus opciones finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle qué quiere decir el artículo 923 del Código Civil. Según este artículo la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran qué cosa quiere decir el “interés social”, la explicación no era muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuáles eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a qué límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado es que invirtió en Chile» (2003: 121).

reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley»⁵. Como se advierte, la propiedad es un poder jurídico cuyos atributos no son los definitivos en las facultades del poder jurídico, en razón de que en el ámbito privado rige el principio constitucional «nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe». Esto da lugar a que el propietario de un bien puede hacer respecto de él no solo lo que la norma señala, sino todo lo que se le venga en gana, siempre que no sea contrario a una norma legal imperativa. Además, la norma constitucional le facilita aquello al regular: «No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley» (artículo 2, inciso 24, literal b). Obviamente, el ejercicio de la propiedad es parte de la libertad personal. En efecto, los atributos de la propiedad se extienden a todo actuar lícito sobre el bien y no solo a lo señalado

5 Rubio Correa define estos atributos seguidamente: «El **usar** consiste en servirse del bien: si es un cuaderno, escribir sobre él; si es una casa, habitarla y así sucesivamente. El **disfrutar** consiste en percibir los frutos y productos que ofrece la cosa. Los frutos son los provechos renovables del bien sin que disminuya ni se altere su sustancia (artículo 890 del Código Civil). Se subdividen en frutos naturales (las frutas, por ejemplo) y civiles (los alquileres que da una casa). Los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894 del Código Civil). Tales, por ejemplo, la transformación de la cebada en cerveza, o de la harina en pan. La regulación de los frutos y productos en el Derecho peruano, se halla entre los artículos 890 y 895 del Código Civil. El **disponer** consiste en entregar todo o parte de los derechos correspondientes a la propiedad a un tercero para que se sirva del bien. Cuando presto una casa estoy disponiendo de ella. Cuando la vendo o la regalo también. No importa el tipo de acto de disposición sino el hecho del traslado total o parcial, temporal o permanente, de los atributos de la propiedad (todos o algunos de ellos). El **reivindicar** es el recuperar el bien objeto de la propiedad de quien lo posee sin derecho a ello. Es lo que se llama el *derecho de persecución* por excelencia del bien: el propietario encuentra el bien de su propiedad y puede dirigir la acción reivindicatoria de carácter imprescriptible contra quien lo tenga, para que se lo devuelva. Desde luego, si la persona lo tiene legítimamente, entonces no podrá solicitarse la reivindicación hasta que se cumplan los plazos o las condiciones que daban el bien a quien no era el propietario (por ejemplo, la expiración de un contrato de alquiler)» (1999: 371-372).

en la norma. Por ejemplo, el propietario ejerce el poder jurídico de no usar, disfrutar, disponer o reivindicar el bien, que es una de las formas de ejercer su libertad económica.

Sobre el armonizamiento al bien común, debemos precisar que la ley señala límites al ejercicio de la propiedad en diversos ámbitos, como dijera Martín Mejorada: «no solo en pro del bien común sino por una serie de razones [humanitarias, históricas, sociales, ambientales, religiosas, económicas, culturales, urbanísticas, etc.]» (2004: 129).

Consideramos, según nuestra investigación, que el límite al ejercicio de la propiedad por norma especial o general debería ser todo en pro del bien común, que es un concepto amplio y abarca todos los aspectos para una convivencia pacífica. El citado autor también señala: «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» (Mejorada 2004: 129). Esto se entiende porque la restricción es a favor del bien común, la restricción a los derechos individuales de terceros o a la suma de ellos. Se hace más objetiva porque la propiedad no se puede ejercer contraviniendo los derechos de las demás personas, lo que implica que las víctimas tienen que ser igualmente titulares de un derecho subjetivo que se ve afectado o que existe una situación protegida a través de normas prohibitivas. Si los propietarios no se ven limitados por abstracciones sino por normas concretas que reconocen derechos subjetivos o imponen prohibiciones, la propiedad estará más segura siendo un incentivo económico. Sintetiza Mejorada: «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» (2004: 130)⁶.

6 A manera de ilustración es preciso explicar la idea: es comprensible con esta explicación que la Constitución y la norma legal que se mencionó no sustenta que

En el Perú, el bien común «no es un valor contrario, 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» (Mejorada 2004: 130).

El bien común importa una seguridad para los propietarios de que solo serán afectados en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, pero ya no sobre la base de criterios arbitrarios de su antecedente el «interés social». Nos parece interesante referirnos a la diferencia que hace Avendaño Valdez sobre los términos bien e interés: «la noción de “bien” alude a beneficio, a lo que es conveniente. El “interés”, por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad» (2003: 187-189).

Como consecuencia de ello, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia por interés social pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos, lo cual no se daría con el bien común. Desde luego, la propiedad en el Perú seguirá generando responsabilidad o compromisos para sus propietarios, pero solo soportará las limitaciones o responsabilidades que la ley señala. Obviamente, no dejará de ser solidario, pero se hará en una vía segura. Por ejemplo, a través de los tributos el Estado recauda impuestos, contribuciones, derechos, tasas, etc., de los propietarios

la propiedad sea absoluta. «La propiedad termina donde comienza el derecho de los otros y por tanto actuar lesionando el derecho de los otros 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» (Mejorada 2004: 103).

para que pueda cumplir su rol asistencial y sus objetivos de bien común. Vemos así que los titulares del dominio son solidarios con los demás, es la solidaridad consagrada jurídicamente. Esto guarda total coherencia con los postulados del bien común aportados por la Iglesia, Juan XXIII en su carta encíclica sobre la propiedad (1961) repite las observaciones de Pío XII:

Al defender la Iglesia el principio de la propiedad privada, persigue un alto fin ético-social [...] La Iglesia mira sobre todo a lograr que la institución de la propiedad privada sea lo que debe ser, de acuerdo con los designios de la divina Sabiduría y con lo dispuesto por la naturaleza. Es decir, la propiedad privada debe asegurar los derechos que la libertad concede a la persona humana y, al mismo tiempo, prestar su necesaria colaboración para restablecer el recto orden de la sociedad.

Asimismo, sobre la función social⁷ de la propiedad señala: «Pero nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el

7 «La concepción cristiana de la propiedad entiende la función social de esta como “el ejercicio o uso de la propiedad ordenada directamente e inmediatamente al bien común”, en donde se aprecia que la propiedad “tiene” y no “es” una función social. En palabras de Aspiazú: “tener una función social indica no pocas veces encerrar una finalidad, una tendencia dirigida al bien de la sociedad”, en donde puede apreciarse la identificación de los términos “función” y “finalidad”. Esta posición, sin embargo, ha sido objeto de variadas críticas, siendo la principal la ensayada por el francés Duguit, quien afirmara que la propiedad no es un derecho subjetivo (poder), es una función social. En esta afirmación, hay una toma de posición distinta a la anterior, en donde no se enfoca a la función como una meta a alcanzar, como algo externo a la propiedad como concepto, sino como componente o parte integrante del concepto mismo de propiedad. Es Rodotá en Italia, quien resume de la mejor forma la crítica a la concepción cristiana de la función social de la propiedad. [...] La concepción cristiana revela, en verdad, “que su auténtica característica no es la funcional, sino la finalista, que confirman que “el móvil y el fin se colocan en el exterior” de la Institución. Y es que, para el citado autor, debe distinguirse entre “fin” y “función” de una determinada estructura:

—Fin, sería, “el destino a una tarea abstractamente fijada e inmutable”.

principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social» (Juan XXIII 1961).

Es claro que la responsabilidad de los propietarios de ejercer la propiedad en armonía con el bien común se hace equivalente a un ejercicio dentro de los límites de la ley de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución de 1993 y el Código Civil interpretado desde la visión constitucional. Garantiza que el ejercicio de la propiedad no se limita a las conductas positivas, sino comprende todos los ámbitos de decisiones del propietario, inclusive, por cierto, las decisiones y conductas negativas.

3.2. El bien común en el régimen económico constitucional

Los derechos de la propiedad siempre están relacionados con el régimen económico que opera en la sociedad, es una relación innegable y necesaria. El régimen económico es el plan de acción para generar los recursos que permiten alcanzar el bienestar general y, por qué no decirlo, el bien común. La propiedad privada es la pieza clave en todo ese plan económico, cualesquiera que sean sus características o base ideológica. Cantuarias Salaverry señala:

—Función, en cambio, “la histórica y concreta toma de actitud frente a situaciones siempre renovadas y diversas, siendo este último el significado que se atribuye a la función en el uso jurídico más frecuente: en la forma de contraposición entre una estructura rígida y siempre idéntica a sí misma y una función mudable [...]”.

La discusión si es o tiene función social la propiedad es referida a la doctrina italiana por su artículo 42, segundo párrafo de la Constitución italiana de 1947. En el Perú sencillamente es pacífica la recepción de la sinonimia función y finalidad. La sustitución de los términos “interés social” por el de “bien común” en la Constitución de 1993, hace viable una interpretación “finalista” del precepto constitucional, próximo a la interpretación socialcristiana criticada por Rodotá. En efecto, se entiende la función social de la propiedad al conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común» (Fernández 1994: 156-158).

[...] el sistema económico actual se centra en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios, el derecho tiene que reaccionar ante estas necesidades reconociendo derechos «erga omnes» e incentivando el intercambio patrimonial de bienes. Como bien explica Kozolchyk, es a partir de la Revolución Francesa y en especial en los momentos actuales, que el valor de la propiedad contemporánea se encuentra inseparablemente unida a su libre transferencia (1993: 56-57).

Juan XXIII⁸ señala como tesis inicial: «la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada de los individuos, ya actúen estos por sí solos, ya se asocien entre sí de múltiples maneras para procurar sus intereses comunes». Asimismo, «[...] es imposible una convivencia fecunda y bien ordenada sin la colaboración, en el campo económico, de los particulares y de los poderes públicos, colaboración que debe prestarse con un esfuerzo común y concorde, y en la cual ambas partes han de ajustar ese esfuerzo a las exigencias

8 En la carta encíclica del 15 de mayo de 1961 existen varios postulados al respecto que nos interesa recordar: «[55] Pero manténgase siempre a salvo el principio de que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no solo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólume los derechos esenciales de la persona humana. [151] Sin embargo, es preciso que los gobernantes se limiten a adoptar tan solo aquellas medidas que parezcan ajustadas al bien común de los ciudadanos. Las autoridades deben cuidar asiduamente, con la mira puesta en la utilidad de todo el país, de que el desarrollo económico de los tres sectores de la producción —agricultura, industria y servicios— sea, en lo posible, simultáneo y proporcionado, con el propósito constante de que los ciudadanos de las zonas menos desarrolladas se sientan protagonistas de su propia elevación económica, social y cultural. Porque el ciudadano tiene siempre el derecho de ser el autor principal de su propio progreso. [152] Por consiguiente, es indispensable que también la iniciativa privada contribuya, en cuanto está de su parte, a establecer una regulación equitativa de la economía del país. Más aún, las autoridades, en virtud del principio de la función subsidiaria, tienen que favorecer y auxiliar a la iniciativa privada de tal manera que sea esta, en la medida que la realidad permita, la que continúe y concluya el desarrollo económico por ella iniciado».

del bien común en armonía con los cambios que el tiempo y las costumbres imponen».

En las «economías cerradas» el Estado genera los bienes con su actividad empresarial, la propiedad privada no está muy protegida porque no es la fuente principal de riqueza, sufren severas limitaciones y abundan las causales de expropiación. Mientras que en las «economías abiertas» la riqueza no la genera el Estado sino la actividad libre de los particulares, que requieren de incentivos, como la especial protección de la propiedad, la cual no es absoluta, pero está muy protegida.

En el Perú, la Constitución de 1979 acogía una economía social de mercado, pero con un rol mucho más activo del Estado, que intervenía no solo promoviendo sino realizando actividad empresarial (artículo 113) y eventualmente tomaba parte en las actividades económicas privadas (artículo 114). Respecto a la propiedad, el artículo 124 del capítulo III del título III 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». Es decir, define a la propiedad como una obligación y no como un derecho, lo que generaba responsabilidades antes que atribuciones. El nivel de compromiso de la propiedad frente a lo social era sin duda mayor, estaba impregnado de intervencionismo en materia económica y de limitaciones al derecho de propiedad.

Mientras que la Constitución de 1993 se ocupa de la propiedad en el capítulo III del título III, referido al «Régimen económico», el artículo 70 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 ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley [...]». El artículo 58 indica: «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». Asimismo, se regula la libertad como principio ordenador de la actividad económica como la «libertad de empresa» (artículo 59) y la «libertad de contratos» (artículo 62).

La actual economía social de mercado en el Perú, por sus mismas características, no es estrictamente de este tipo de economía sino de la economía de mercado. García Toma al analizar el régimen económico de la Constitución vigente dice:

Es dable advertir que la Constitución de 1993 formalmente mantiene la opción escogitada por los constituyentes de 1979, en favor de la Economía Social de Mercado; empero una visión integral de su texto indica que el escaso acento expresado en su normatividad en la defensa de criterios vitales como justicia e interés social, en realidad manifiesta una adhesión encubierta a favor de una economía de mercado (1998: 116).

Del conjunto de normas del régimen económico podemos advertir que con la Constitución de 1993 la riqueza en el Perú no la genera el Estado sino los particulares. El Estado no realiza actividad económica, solo orienta, promueve y actúa en sectores específicos como salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El cambio no significó optar por una propiedad ajena a lo social; al contrario, se configuró un derecho instrumental, comprometido con el desarrollo y el bienestar de todos. La diferencia con la Constitución del 79 es la manera de conseguir el bienestar a través de la propiedad. No se realizaría mediante la asignación o distribución directa de bienes o realizando actividad empresarial, sino creando las condiciones para el sostenimiento autónomo y digno de cada persona.

En nuestro régimen económico actual, la propiedad tiene que ser especialmente protegida, porque es la garantía de la inversión, la seguridad para el ejercicio de la libertad económica. En términos

de Martín Mejorada: «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. Solo asegurando una propiedad sólida y protegida contra el Estado y otros privados es posible pensar en un verdadero ejercicio de la libertad económica» (2004: 128). En efecto, cuando el Estado limita más la libertad sobre la propiedad o interviene en materia económica, causará menor incentivo en los particulares en la generación de la riqueza.

El desarrollo legal de la propiedad después de la Constitución se extiende a una serie de normas de desarrollo como el Código Civil, que trata en mayor amplitud legal la propiedad, que debe ser orientada en su desarrollo con la Constitución (artículo 70) para ejercerse en armonía con el bien común, que es parte del contenido de la propiedad, la cual debe ajustarse al régimen económico vigente.

La ley y demás normas de desarrollo que establecen de qué modo se adquiere, transmite y extingue el derecho de propiedad no pueden ser arbitrarias; deben ajustarse a las normas y principios del régimen económico.

3.3. Orientación del Tribunal Constitucional

La propiedad también fue abordada por el Tribunal Constitucional peruano, en relación con 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. El Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad porque se trataba de una actividad económica privada donde rige la libertad económica. El Tribunal describe ampliamente nuestro régimen económico y, con ello, se ocupa de la propiedad, específicamente en su sentencia sostiene:

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 solo 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 en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial**. Así, **en la propiedad no solo 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 [las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2003).

Se debe recalcar que la propiedad tiene una funcionalidad social que le es consustancial. Como analizamos anteriormente, desde la posición cristiana la función social de la propiedad entendida como la «finalidad» es la ordenada al bien común. No es que la función social suena a «interés social», como señala Mejorada al comentar este fallo: «¿Qué es eso de funcionalidad social? Eso suena al interés social claramente desterrado de la Constitución» (2004: 131). En ese sentido, una jurisprudencia chilena hace referencia a que la función social se encamina al bien común:

Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el D. L. 211, no es solo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica [...]. Que el D. L. 211 **cumple, así, una trascendente función social**, de alto interés nacional, ya que dice relación con la satisfacción de las necesidades vitales de las personas, para lo cual, **velando por el bien común**, crea adecuadas condiciones económico-sociales en el mercado [...] [las negritas son nuestras] (Evans 2001: 227-237).

En la misma orientación, Evans Espiñeira sobre el derecho de propiedad chilena manifiesta: «[...] estamos tratando sobre las limitaciones al ejercicio de los derechos derivados del bien común, nos abocaremos a tratar en específico, respecto del derecho de propiedad, la consagración de la función social en el texto de la Carta Fundamental». Conforme a su Constitución señala lo siguiente:

Es preciso distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio o propiedad, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, mientras que el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. [...] la función social de la propiedad, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, «significa que esta tiene un valor individual y social» por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad [...] (Constitución chilena 1980, art. 19, n.º 24).

El concepto de bien común también ha estado muy presente en la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema como una noción ineludible a la que el Tribunal en sus once etapas históricas (1863 a la fecha) ha acudido necesaria y frecuentemente para fundar sus decisiones, considerando a la función social encaminada al bien común. Por ejemplo, en la quinta etapa (1955-1958) «La asignación de una función social de la propiedad privada solo tiene el alcance de someterla a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común, sin abatir los poderes de usar y disponer de ella». La decimoprimer etapa (1990) indica:

Durante este periodo hay una intención de armonizar los derechos de los particulares con las exigencias del bien común tanto en materia de derechos personales como en los de contenido económico. [...] hay varias sentencias que tutelan adecuadamente el derecho de propiedad como base de la economía de mercado. En materia de derechos personales, se tendió a abandonar la concepción individualista que primó en el periodo anterior (Poder Judicial argentino 1990).

La sentencia del Tribunal Constitucional en análisis también alude a que en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber, una obligación. Claro está que no lo dice expresamente, como lo regulaba la Constitución de 1979. Nosotros consideramos que la propiedad importa responsabilidad, su punto de partida se encuentra en la misma Constitución vigente. Si bien la propiedad es la riqueza en sí misma, cuyo nacimiento, permanencia y extinción es parte central del ejercicio de la libertad, pues la responsabilidad es una excepción a esa libertad y las excepciones a la libertad económica tienen que ajustarse a los criterios del régimen económico.

El Tribunal afirma la existencia de la economía de mercado y las libertades económicas como elementos centrales del régimen económico. Asimismo, en la misma sentencia señala que la libertad debe primar en el ejercicio del dominio:

En el sistema constitucional personalista⁹ —caso de nuestra Constitución— la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían 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 (Tribunal Constitucional 2003).

9 El personalismo es una antropología que surge en Europa entre las dos guerras mundiales y que tiene la virtud de ofrecer una alternativa tanto al individualismo como al colectivismo. Frente al individualismo que exalta a un individuo meramente autónomo, el personalismo remarca el deber de la solidaridad del hombre con sus semejantes y con la sociedad; y frente a los colectivismos que supeditan la persona a valores abstractos como la raza o la revolución, remarca el valor absoluto de cada persona concreta e individual (Burgos 2007).

Siguiendo la misma orientación, el Tribunal Constitucional favorece un proceso constitucional de amparo:

Resulta válido afirmar que el constituyente, al haber establecido la función social del derecho de propiedad, ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y como derecho subjetivo, no satisfaga únicamente los intereses privados de sus titulares, sino que al propio tiempo también satisfaga los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien (Tribunal Constitucional 2009).

Esto se refiere al cumplimiento del bien común, puesto que hace referencia al artículo 70 de la Constitución vigente.

Finalmente, se debe precisar que el régimen económico y el tratamiento legal del dominio no han logrado generar el bienestar y desarrollo económico a nuestros tiempos. Mejorada respecto a las conclusiones de la Comisión de la Verdad sobre las causas de la terrible violencia en las décadas pasadas apunta: «[...] 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» (2004: 131).

Consecuentemente, es indispensable una revisión del régimen legal de la propiedad que debe ser fuente de la riqueza, armonizado con el bien común que estudiamos, para consolidar un país justo, en paz y que todos seamos propietarios libres generadores de riqueza.

4. CONCLUSIONES

1. El bien común en su mejor estructuración conceptual cuenta con principios y elementos básicos que le dan consistencia, una de sus acepciones interesantes es que se trata de un bien genuino y auténticamente común, porque da satisfacción a las necesidades

del ser humano en su entera naturaleza espiritual, moral y corporal, proporcionándole la paz, la cultura y todo lo necesario para el desenvolvimiento pleno de su existencia; es común, porque es un bien de la sociedad entera.

2. En la Constitución de 1979 se obligaba a ejercer la propiedad en armonía con el interés social, pues también la Convención Americana sobre los Derechos Humanos lo establecía así. Los constituyentes de la nueva Constitución (1993) lo eliminaron porque ponía en peligro la inversión privada, desincentivando a los propietarios e inversionistas en el Perú, como sucedió con la Reforma Agraria de los años sesenta y la intervención del sistema financiero de los años ochenta. La nueva Constitución dispone el ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común con aporte conceptual de la Iglesia y los derechos humanos.
3. Los atributos de la propiedad se extienden a todo actuar lícito sobre el bien y no solo a lo señalado en la norma (artículo 923 del Código Civil). Su armonización con el bien común implica encontrarse sujeto a limitaciones en su ejercicio, que no puede ejercerse contraviniendo los derechos de las demás personas (titulares de derechos subjetivos) que se ven afectados o están protegidos por normas prohibitivas, lo que hará una propiedad más segura con un incentivo económico. Serán afectados solo en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, sin dejar de ser solidario, que es la función social ordenada al bien común.
4. La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, que en la práctica y por sus características es una economía de mercado. Aquí la propiedad privada tiene que estar especialmente protegida como una garantía de inversión y seguridad para el ejercicio de la libertad económica. Su desarrollo está orientado al fin de la sociedad, que es el bien común.

5. El Tribunal Constitucional, al abordar la propiedad y el régimen económico importante en el país, ha establecido que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Además, la propiedad no solo reside en un derecho sino en un deber, lo que importa la responsabilidad de ser propietario, que es una excepción a la libertad que debe ajustarse a los criterios del régimen económico en la búsqueda del bien común.

5. RECOMENDACIONES

1. El régimen económico y el tratamiento legal de la propiedad en el Perú no han logrado generar bienestar y desarrollo económico en nuestros tiempos, porque la propiedad no ha conseguido satisfacer a las mayorías del país. Es necesario revisar el régimen legal de la propiedad, que debe ser fuente de riqueza a fin de asegurar el bien común.
2. El bien común por su mismo postulado de ser aspiración de la sociedad y el objetivo del Estado para el desarrollo económico y la convivencia pacífica, debe ser tratado por los poderes del Estado en sus tareas legislativas y de ejecución teniendo en cuenta la doctrina del bien común.
3. Al no ser solo de aplicación en el tratamiento y desarrollo de la propiedad y la economía, sino también de otros aspectos como la política y sobre todo en los derechos humanos, debe fortalecerse el estudio del bien común en todas las disciplinas para consolidar el bien de todos.
4. Igualmente, el bien común debe ser materia de estudio y profundización en las áreas académicas universitarias y en la misma Academia de la Magistratura para fortalecer la conciencia humana. Así podemos contribuir desde el lugar que nos corresponde al sentido solidario, la justicia, la paz,

la conciencia cívica, la fortaleza moral, el sentido ético, todos ordenados al bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2003). *Código Civil comentado. Comentario al artículo 923*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.
- ____ (2005). *La Constitución comentada. Comentario al artículo 70.º*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica.
- BULLARD GONZALES, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- BURGOS, Juan Manuel (2007). *¿Qué es el personalismo?* Recuperado de <http://www.clubdellector.com/entrada-de-blog/que-es-el-personalismo-juan-manuel-burgos>
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (1993). «La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca». *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 53-128.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (2001). *Diario de debate constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*. Tomo IV. Lima: Congreso de la República del Perú.
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2001). «El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales». *Revista Chilena de Derecho*, 28, 2, 227-237.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (1994). «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». *Themis. Revista de Derecho*, 30, 149-173.
- GARCÍA TOMA, Víctor (1998). *Análisis sistémico de la Constitución peruana de 1993*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

- JUAN XIII (1961). *Mater et magistra: carta encíclica sobre el reciente desenvolverse de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana*. 15 de mayo de 1961.
- JUAN PABLO II (1979). *Alocución del Santo Padre Juan Pablo II a la Unión de Juristas Católicos Italianos*. 7 de noviembre de 1979.
- MEJORADA CHAUCA, Martín (2004). «La propiedad y el bien común». *Foro Jurídico*, 11, 3, 128-131.
- ____ (2009). «La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320». *Ius et veritas*, 38, 74-79.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia n.º 008-2003-AI/TC*. Lima: 11 de noviembre de 2003.
- ____ (2009). *Sentencia n.º 5614-2007-PA/TC*. Lima: 20 de marzo de 2009.
- UCHA, Florencia (2010). *Justicia social*. Recuperado de <https://www.definicionabc.com/social/justicia-social.php>
- VIDAL STUARDO, Jorge (s. f.). «El bien común en la sociedad». Recuperado de <http://revistamarina.cl/revistas/2005/2/vidal.pdf>