

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 113-148

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1144>

Función social de la propiedad: ¿un caso de mutación constitucional en el Perú?

The social function of property: A case of constitutional mutation in Peru?

Função social da propriedade: um caso de mutação constitucional no Peru?

FRANKLIN GREGORIO GUTIÉRREZ MERINO

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: franklin.gutierrezm@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0009-0000-1215-3061>

FELIPA ELVIRA MUÑOZ-CCURO

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: felipa.munoz@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9572-1641>

ANA LUCÍA HEREDIA MUÑOZ

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: ana.hereditam@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7431-502X>

RESUMEN

El Estado liberal exaltó que el derecho de propiedad otorga los atributos de usar, disfrutar y disponer de un bien. Pero, a partir de 1911, León Duguit introdujo el concepto de función social de la propiedad para

referir que el propietario no solo debe buscar su satisfacción individual, sino también la satisfacción de la colectividad.

Desde su irrupción, la función social de la propiedad fue acogida en las constituciones de diferentes Estados. Sin embargo, el constituyente del Perú de 1993 se apartó conscientemente de ello, y fue así que el artículo 70 de nuestra carta política solo contempló que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y, hasta la fecha, dicho texto se mantiene invariable. Por consiguiente, el primer objetivo de la investigación es analizar la validez de la función social de la propiedad como una categoría jurídica universal del derecho constitucional.

La metodología ha incluido la revisión de dos sentencias del Tribunal Constitucional de España y cuatro sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la propiedad. Además de ello, se examinaron cinco sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que este órgano interpretó que el artículo 70 de la Constitución debe entenderse —más allá de su semántica— como una referencia a la función social de la propiedad. Esta labor interpretativa aparejó la oportunidad de estudiar otra institución del derecho constitucional, como es la mutación constitucional, para lo cual se revisaron treinta y seis artículos científicos.

Todo ello permitió encontrar que la función social de la propiedad está presente en las constituciones y la jurisprudencia de los tribunales porque responde a una realidad social. Como conclusiones, no solo se validó el concepto de función social de la propiedad, sino que se aceptó que fue acertada la mutación constitucional del Tribunal Constitucional peruano respecto al artículo 70 de la Constitución de 1993.

Palabras clave: propiedad privada; bienestar social; mutación constitucional; derecho civil; derecho constitucional.

ABSTRACT

The liberal State emphasized that the right to property grants the attributes of using, enjoying, and disposing of an asset. However, beginning in 1911, Léon Duguit introduced the concept of the social function of property, asserting that the owner must not only seek personal satisfaction but also contribute to the well-being of the collective.

Since its introduction, the social function of property has been incorporated into the constitutions of various states. However, the Peruvian constituent assembly of 1993 deliberately departed from this approach, and thus, Article 70 of our Constitution merely states that property shall be exercised in harmony with the common good—a provision that remains unchanged to this day. Consequently, the first objective of this research is to analyze the validity of the social function of property as a universal legal category within constitutional law.

The methodology involved reviewing two rulings by the Constitutional Court of Spain and four rulings by the United States Supreme Court concerning property. In addition, five rulings by the Peruvian Constitutional Court were examined, in which the Court interpreted Article 70 of the Constitution—beyond its semantics—as a reference to the social function of property. This interpretative effort also allowed for the study of another constitutional law institution: constitutional mutation, for which thirty-six scholarly articles were reviewed.

These findings reveal that the social function of property is present in both constitutions and court jurisprudence because it responds to a social reality. The conclusions confirm not only the validity of the concept of the social function of property, but also support the Peruvian Constitutional Court's constitutional mutation with regard to Article 70 of the 1993 Constitution.

Key words: private property; social welfare; constitutional mutation; civil law; constitutional law.

RESUMO

O Estado liberal exaltou que o direito de propriedade confere os atributos de usar, gozar e dispor de um bem. Mas, a partir de 1911, León Duguit introduziu o conceito de função social da propriedade para referir que o proprietário não deve apenas buscar sua satisfação individual, mas também a satisfação da coletividade.

Desde o seu surgimento, a função social da propriedade foi acolhida nas constituições de diferentes Estados. No entanto, o constituinte do

Peru de 1993 se afastou conscientemente disso, e foi assim que o artigo 70 de nossa carta política apenas contemplou que a propriedade é exercida em harmonia com o bem comum e, até a data, tal texto se mantém inalterado. Portanto, o primeiro objetivo da pesquisa é analisar a validade da função social da propriedade como uma categoria jurídica universal do direito constitucional.

A metodologia incluiu a revisão de duas sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha e quatro sentenças da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a propriedade. Além disso, foram examinadas cinco sentenças do Tribunal Constitucional peruano nas quais este órgão interpretou que o artigo 70 da Constituição deve ser entendido — além de sua semântica — como uma referência à função social da propriedade. Esse trabalho interpretativo trouxe a oportunidade de estudar outra instituição do direito constitucional, como é a mutação constitucional, para a qual foram revisados trinta e seis artigos científicos.

Tudo isso permitiu encontrar que a função social da propriedade está presente nas constituições e na jurisprudência dos tribunais porque responde a uma realidade social. Como conclusões, não apenas se validou o conceito de função social da propriedade, mas também se aceitou que foi acertada a mutação constitucional do Tribunal peruano em relação ao artigo 70 da Constituição de 1993.

Palavras-chave: propriedade privada; bem-estar social, mutação constitucional; direito civil; direito constitucional.

Recibido: 16/2/2025
Aceptado: 19/6/2025

Revisado: 27/3/2025
Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

Es plausible admitir que, desde la concepción de un Estado liberal de derecho (Copelli y Morais, 2022), la propiedad puede ser utilizada por su titular para beneficio propio (propiedad liberal); es decir, un derecho subjetivo pleno (Baciero, 2017; Jacobsen, 2020). De esta teoría surgen los clásicos atributos de la propiedad, tales como el usar, el disfrutar y el disponer de un bien (casi siempre relacionados con un bien mueble o inmueble). Sin embargo, concordamos con la historiadora del derecho, Jordán (2020), respecto a que la crisis del liberalismo y el surgimiento del Estado social trajeron nuevas concepciones sobre la propiedad y, específicamente, sobre su función social (lo que, a su vez, generó varios tipos de propiedades).

Diversos autores, entre los que se encuentra Henao (2023), otorgan la autoría de este pensamiento social al francés Léon Duguit. Así, Henao ubica el nacimiento de la teoría de la función social de la propiedad (Babie y Viven-Wilksch, 2019) entre los años anteriores a la Primera Guerra Mundial y los iniciales años posteriores a dicha guerra; se tiene como escenario a una Europa sufriendo una crisis alimentaria por la disminución de las tierras de cultivo, el apogeo de la industria bélica (por encima de la agricultura), la pérdida posguerra de millones de seres humanos y el impacto en la valoración de la propiedad (Azzam *et al.*, 2024).

Sobre la función social de la propiedad se ha ocupado el Tribunal Constitucional de España en las STC 111/1983 y 37/1987 (Rodarte, 2020; Sarrión, 2017). También la Corte Suprema de Estados Unidos ha emitido pronunciamiento en los casos *Campbell vs. Holt*, *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell*, *Mugler vs. Kansas*, entre otros. En el Perú, el artículo 70 de su Constitución Política no acoge el postulado de la función social de la propiedad (Babie y Viven-Wilksch, 2019), pero ha sido su Tribunal Constitucional el que —en el desarrollo de su jurisprudencia— ha interpretado que la función social de la propiedad sí se encuentra presente en dicho texto constitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano se enmarcan en el instituto jurídico de la mutación constitucional, lo cual ocurre cuando

el texto constitucional se mantiene semánticamente inalterable, pero con una interpretación nueva o distinta. Entre estas sentencias, que le dan una reinterpretación al artículo 70 de la Constitución peruana, se pueden citar las siguientes: STC n.º 00008-2003-AI/TC, STC n.º 00048-2004-AI/TC, STC n.º 00228-2009-AA/TC, STC n.º 06251-2013-PA/TC y STC n.º 0014-2015-PI/TC.

Con todo lo expuesto, el primer objetivo de esta investigación es confrontar la validez de la función social de la propiedad como una categoría jurídica del derecho constitucional; y, como segundo objetivo, determinar si existe legitimidad en la utilización de la mutación constitucional por parte del Tribunal Constitucional peruano. La investigación, desde el lado teórico, se justifica porque no se han encontrado antecedentes respecto de una exploración científica que abarque estas dos categorías (función social de la propiedad y mutación constitucional). Asimismo, la investigación es relevante desde el punto de vista social porque se estima que podrá coadyuvar a mejorar la buena convivencia entre el titular de un derecho de propiedad y las demás personas (Gregory, 2013).

La investigación, como ya se dejó entrever, abarca dos categorías de estudio: la función social de la propiedad y la mutación constitucional. Para la primera categoría se abordarán principalmente las constituciones de algunos países, los códigos civiles y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Para la mutación constitucional en el caso peruano, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también se analizarán las corrientes de pensamiento a favor y en contra de esta institución jurídica, expuestas en artículos científicos que han abordado la referida mutación.

2. APROXIMACIONES EN EL MUNDO SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Función social de la propiedad es una acepción que no es coetánea con el derecho civil de la propiedad, sino que nació mucho tiempo después. Siguiendo a Otárola (2024), esta teoría social conceptualiza que el propietario no solo debe utilizar los bienes para la satisfacción de sus necesidades individuales, sino también para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Desde que Duguit (1912) la introdujo como una categoría jurídica, la mayoría de los países la asimilaron al derecho constitucional y empezaron a incorporarla a sus textos constitucionales alentados —en mayor o menor medida— por su particular momento histórico o por los cambios en el orden mundial que ocurrieron desde los primeros años del siglo XX y que desencadenaron la crisis del Estado liberal (conflictos sociales, transiciones de gobiernos dictatoriales a gobiernos democráticos, guerras, fenómenos económicos, etcétera).

Por ejemplo, la función social de la propiedad privada y de la herencia está declarada expresamente en el artículo 33 de la Constitución de España de 1978 (Sarrión, 2017), la cual se dio poco tiempo después de la muerte de Francisco Franco en 1975 y cuando España viraba hacia un régimen de democracia representativa. La propia Constitución española encargó a la ley ordinaria la regulación de dicha teoría social y, con el transcurrir de los años, fue el Tribunal Constitucional español el que avanzó en el desarrollo jurisprudencial de lo que debe entenderse por función social de la propiedad.

La Constitución de Chile de 1833 también acogió el pensamiento social de la propiedad desde su reforma en 1967 por la Ley 16.615 (Valenzuela y Lobos, 2022). Por entonces, gobernaba Chile el conservador Eduardo Frei Montalva, quien postulaba el humanismo cristiano con clara tendencia a favor de las políticas sociales. El chileno De Rosas (2023) recuerda que la modificación constitucional en su país hizo posible que años después naciesen nuevos derechos reales, como el de la conservación ambiental (Ley 20.930 de 2016). Por este derecho real —y pensando en la colectividad— el propietario de un predio acuerda con una persona natural o jurídica la conservación del valor ambiental de su predio, pero manteniendo la propiedad o dominio de la finca o inmueble.

También la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 182) señala que la propiedad urbana debe cumplir una función social (Lobo y Muratori, 2015). Para Pasquale (2014), el caso brasileño es paradigmático para ilustrar lo que llama un «progresismo legislativo» en lo que se refiere a la propiedad privada. Esto es, en un contexto como el brasileño, donde escasean las zonas urbanas y abundan los sectores populares, la función social ha resultado importante para el acceso de dichos sectores a un

suelo urbano, generando normas que imponen deberes al propietario e, incluso, un sistema de control de dichos deberes y obligaciones que —en caso de ser incumplidas— podrían llevar a la expropiación del predio por el Estado.

Pero no se crea que este concepto de la función social solo se queda en el ámbito de la propiedad inmueble, su significado ha permitido extender el entendimiento del derecho a la propiedad más allá de los derechos reales (Otárola, 2024). Por ejemplo, basta con revisar legislación y conceptos básicos del derecho societario para darse cuenta de que la función social imprime a los directores de una empresa el deber de no anteponer los intereses individuales para lograr maximizar el valor de la porción de riqueza de los accionistas o propietarios de la empresa.

Incluso la función social de la propiedad también se encuentra presente en instrumentos internacionales, como bien lo apuntaron Alarcón *et al.* (2024), quienes aluden al Tratado de Marrakech de 2013, que —haciendo excepciones al derecho de autor y propiedad intelectual— permite que se reproduzcan obras en el sistema braille para facilitar el acceso a las personas invidentes.

Sin embargo, y a pesar de su ramificación entre las entrañas del derecho, el entendimiento del concepto de función social de la propiedad —como casi todas las categorías jurídicas— no ha sido lineal entre los países y un ejemplo de ello es el caso peruano. En el Perú, la función social de la propiedad estaba presente en sus constituciones de 1933 y de 1979, pero fue retirada —libre y conscientemente— por los constituyentes de la Constitución peruana de 1993.

A partir de aquí, entonces, se empezarán a estudiar comparativamente las constituciones de Perú y de otros países a fin de alcanzar el primer objetivo de la investigación, cual es verificar la validez de la función social de la propiedad como categoría del derecho constitucional. Dicho análisis comparativo también abarcará el estudio de los códigos civiles y de la jurisprudencia relevante.

3. MARCO CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

La Constitución Política de Perú de 1993 le ha dedicado un capítulo entero a la propiedad (capítulo III del Título III, sobre el Régimen

Económico). Pero, en lo extenso de los cuatro artículos constitucionales (del 70 al 73) dedicados a la propiedad, y las doscientas treinta y dos palabras utilizadas por la carta política peruana, no se emplea en lo absoluto la palabra «social» o «función social».

Así, el artículo 70, sin entrar a definirla, enuncia que la propiedad es inviolable y que está garantizada por el Estado. Este artículo se destaca por expresar que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y, además, que las expropiaciones obedecen a causas de seguridad nacional o necesidad pública (Marais, 2015). El artículo 71 se refiere a la propiedad de los extranjeros, mientras que el artículo 72 trata sobre las restricciones y las prohibiciones temporales a la adquisición, la posesión, la explotación y la transferencia de determinados bienes. Por último, el artículo 74 consagra que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

Como se podrá corroborar más adelante, el constituyente peruano de 1993 no quiso emplear la palabra «social» para poder diferenciarse de sus inmediatos antecesores, por cuanto el artículo 124 de la Constitución de 1979 sí establecía expresamente que la propiedad obligaba a usar los bienes en armonía con el interés social, mientras que el artículo 125 enumeraba que las expropiaciones podrían ocurrir por causas de necesidad y utilidad pública o «interés social». Por su parte, y retrocediendo aún más en el tiempo histórico, el artículo 34 de la Constitución peruana de 1933 también señalaba que la propiedad debía usarse en armonía con el «interés social», y su artículo 29 establecía que la privación de la propiedad solo era permitida por causa de «utilidad pública probada legalmente».

Ambos antecedentes constitucionales peruanos (1979 y 1933) fueron influenciados, seguramente, por la Constitución de Querétaro de 1917, la cual significó la culminación de la revolución mexicana y el nacimiento de un constitucionalismo social. El profesor Abat (2017) describe que este constitucionalismo social mexicano «abarca los principios y derechos de carácter social, los avances en derechos laborales; la nacionalización de los recursos naturales y la consolidación de la separación entre Estado y la Iglesia» (pp. 281-282). Fue la primera Constitución Política en el mundo que introdujo los derechos programáticos (incluso,

es anterior a la Constitución de Weimar de 1919, que también incluye el postulado del ejercicio de la propiedad en armonía con el interés social), y su influjo en el Perú (ya sea por la cercanía geográfica con México o por la simpatía que pudiesen haber despertado personajes como Pancho Villa o Emiliano Zapata en las gestas revolucionarias) tuvo gran repercusión en el pensamiento político peruano de inicios del siglo XX.

Comparando el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993 con el artículo 33 de la Constitución española de 1978, aparece una notoria diferencia; mientras que el texto español hace referencia expresa a la función social de la propiedad, el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993 evita en su texto la palabra «social» y opta por el «ejercicio en armonía con el bien común».

Este tratamiento diferenciado entre constituciones políticas podría poner en peligro la «categoría constitucional» o la «validez universal» del propio concepto de función social de la propiedad, y toda la tesis de León Duguit. Un axioma que pretendiese resaltar estas distancias entre las constituciones podría proponer que si dos o más países tratan marcadamente distinta a la función social de la propiedad, entonces dicho concepto (función social de la propiedad) no sería válido ni fundamental por falta de representatividad entre los ordenamientos jurídicos (Stern, 2013).

Con lo dicho en este punto, la pregunta que surge inmediatamente es si es que existe alguna diferencia entre el «bien común» que utiliza la Constitución peruana de 1993 y la «función social» que emplea la Constitución española de 1978 (Barbaro, 2023). Para responder a dicha interrogante, se ha recurrido al *Diario de los debates* de la Constitución peruana de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 1993) que, como fuente directa, permite conocer que para los constituyentes peruanos de 1993 los conceptos ya anotados («bien común» y «función social») no eran sinónimos y se diferenciaban claramente. Así, en el *Diario de los debates* del Congreso Constituyente peruano se aprecia que el capítulo referido a la propiedad en el proyecto de la Constitución peruana de 1993 fue sustentado ante el Pleno del Congreso Constituyente por Carlos Torres y Torres Lara (en ese entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento). La exposición de este constituyente no

tuvo un buen punto de partida, pues el texto que presentó ante el Pleno, y que habían trabajado las comisiones en instancia previa, no había contemplado en absoluto los conceptos de «interés social» o el de «bien común» ni ninguno otro similar.

A continuación, una breve historia acerca del artículo 70 de la Constitución.

3.1. El debate en el Congreso Constituyente peruano de 1993

El «olvido» del texto constitucional que había sido trabajado en las comisiones no pasó desapercibido para el Pleno del Congreso Constituyente de 1993. Apenas iniciado el debate respecto al capítulo de la propiedad, el constituyente Alex Kouri Bumachar, del Partido Popular Cristiano (PPC), intervino para recalcar que la propiedad tiene una función social, y reclamó la incorporación de dicho concepto en el texto de la Constitución. Incluso el constituyente Kouri Bumachar llegó a pronunciar —con una clara tendencia al iusnaturalismo—:

siempre hemos entendido, dentro de una correcta interpretación de la Doctrina Social de la Iglesia, que hay un destino universal de los bienes y un derecho natural derivado de la persona a tener una posesión, una propiedad privada sobre los bienes [...]

[...] creemos que este uso de los bienes, de la propiedad privada constituye, también, un mecanismo de respeto a sí mismo y de respeto al prójimo. Eso se da en un sentido de convivencia social, en el cual el uso de los bienes que uno detenta en aquel momento constituye patrimonio de todos. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 881)

En su mismo discurso, pero ya en un tono iuspositivista, el propio Kouri Bumachar explicó que la «omisión» u «olvido» del interés social en el texto constitucional conllevaría, por ejemplo, a la derogación tácita de la Ley n.º 24513 (la cual había declarado de preferente interés social el saneamiento de los pueblos jóvenes o asentamientos humanos, que eran lugares donde se agrupaban personas de escasos recursos que migraban

desde la sierra peruana hacia la costa, principalmente a Lima, ciudad capital) (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 882).

Carlos Ferrero Costa (Nueva Mayoría-Cambio 90), del bloque político oficialista, también planteó una tesis sobre la dualidad de la propiedad. Señaló que, en principio, los bienes están para que cualquiera pueda alcanzarlos (destino universal de los bienes); pero además conllevan que uno pueda ser, privadamente, propietario de algo para poder ser libre (continuación del margen de libertad individual) (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 887). En una parte de su disertación, aceptó que la propiedad no podía entenderse como un derecho absoluto y, por ello, era necesario que lleve un «apellido» («utilidad social», «función social», «bien común», «utilidad pública»).

Enrique Chirinos Soto (Renovación Nacional) también fue expreso al sostener que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social y, en un discurso muy breve, fue el autor de la propuesta para que el texto constitucional recoja que la propiedad deba usarse en armonía con el bien común porque «es la noción cristiana por excelencia, más que la función social» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 888). Dicha propuesta fue apoyada por Rafael Rey Rey (también de Renovación Nacional), quien recordó —en sentido de desaprobación— que el término «interés social» fue utilizado por el expresidente de la República Alan García Pérez (1985-1990) para intentar estatizar o nacionalizar la banca privada (experiencia que, finalmente, no llegó a concretarse).

Las críticas contra el proyecto de texto constitucional no solo provinieron de los sectores de la derecha, sino también de la izquierda peruana. Henry Pease García (Movimiento Democrático de Izquierda), por ejemplo, señalaba que el texto constitucional debería contener una disposición que diga que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 888). Pero la confrontación de ideas se hizo más evidente con la intervención de Gustavo García Mundaca (también del Movimiento Democrático de Izquierda), quien alzó la voz para sostener que se buscaba eliminar o preterir el término «función social» de la propiedad por los malos o falsos recuerdos que traía la Reforma Agraria de 1969 (durante la dictadura militar y como medida para frenar los latifundios) o por la mala invocación

del referido término («interés social») del expresidente Alan García Pérez para la estatización de la banca (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 894).

Finalmente, la Comisión de Constitución y Reglamento aceptó la propuesta del Pleno del Congreso Constituyente a fin de incluir un texto que enuncie que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Sometida a la votación del Pleno, la propuesta fue aprobada con cincuenta votos a favor y cuatro votos en contra, y llegó a convertirse en el actual artículo 70 de la Constitución peruana.

4. MARCO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Toca ahora realizar un análisis respecto de la norma más importante del segundo nivel: el Código Civil. El Código Civil peruano de 1984 define a la propiedad en su artículo 923 y señala que se trata de un poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Lo relevante (por no decir sorprendente) de esta disposición es que expresamente menciona que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. Entonces, por un lado, el Código Civil peruano de 1984 establece que la propiedad se ejerce en armonía con el interés social (en coherencia, también, con la Constitución peruana de 1979), pero la Constitución peruana de 1993 retrocedió respecto de la tesis social y empezó a señalar que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común.

Ha sido importante en párrafos anteriores remitirse al *Diario de los debates* del Congreso Constituyente Democrático del Perú de 1993 porque ello ha permitido conocer que, durante el debate constitucional, la propuesta de incluir la frase «bien común» en el texto constitucional era para diferenciarse de otros conceptos como el de «interés social», término que fue rechazado por los constituyentes peruanos. Específicamente, fueron los constituyentes de Renovación Nacional (Enrique Chirinos Soto y Rafael Rey Rey) los autores de la propuesta para incluir el término «bien común», la cual fue finalmente aceptada por el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento y por el Pleno de dicho Congreso Constituyente.

Por tanto, es válido admitir *prima facie* que el texto de la Constitución peruana de 1993 tenía un «espíritu» distinto y reformador a lo regulado por el Código Civil de 1984 y que, además, dicho espíritu constitucional (alejado de la función social) debería prevalecer en términos formales sobre el texto del Código Civil de 1984 (tanto por jerarquía normativa como por temporalidad). Ello, a su vez, debería propiciar que la función social de la propiedad que recoge el Código Civil peruano tenga que limitarse o replegarse bajo el concepto de «bien común» del texto constitucional peruano.

Sin embargo, como se verá más adelante, ello no llegó a consolidarse ni tampoco viene ocurriendo al momento en que se viene escribiendo este artículo, puesto que el Tribunal Constitucional peruano, desde hace algunos años, ha venido interpretando el artículo 70 de la Constitución Política del Perú (mutación constitucional) para abrazar de nuevo el postulado de la función social y le ha dado así un significado a la Constitución Política que va más allá de su semántica. Consiguientemente, el ejercicio de la propiedad en el Perú (materia del Código Civil) también contempla la función social.

Comparando el orden jurídico civil peruano con el de España, ya se había dicho que el artículo 33 de la Constitución española, en sus tres incisos, trata sobre la propiedad y, al igual que las cartas políticas peruanas de 1978 y 1993, la española tampoco contiene una definición de lo que es propiedad, lo cual también ha sido apuntado por Pérez (2016). Ello, a juicio de esta investigación, es acertado, por cuanto corresponde a la Constitución la consagración de la propiedad como uno de los derechos fundamentales, mientras que el rol de los códigos civiles es la regulación del ejercicio de dicho derecho. Así, el primer inciso del artículo 33 de la Constitución española únicamente enuncia que la propiedad y la herencia son reconocidas como derechos, mientras que el segundo inciso, de manera expresa, establece que la propiedad estará delimitada por la función social.

Habría que añadir que el Código Civil de España se remonta al Real Decreto del 24 de julio de 1889. Por su antigüedad, resulta evidente que dicho código ha sufrido varias modificaciones, pero, para fines de esta investigación, la más relevante es la que se refiere al artículo 348 (con

vigencia desde enero de 2022), que define a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Esto es, al igual que en el Código Civil peruano, el código español tampoco recoge el «carácter social» de la propiedad; pero, como se dijo anteriormente, el Código Civil está reservado para regular el ejercicio de la propiedad, mientras que la consagración del pensamiento social de la propiedad es una materia constitucional. En la misma línea, la STC 37/1987 del Tribunal Constitucional español aclara que la definición del Código Civil conceptualiza la propiedad como una figura jurídica de tipo abstracto. Mientras que una definición completa de propiedad debe tomar en cuenta los cambios que ha venido sufriendo tal instituto en general a partir del desarrollo de la función social.

5. MARCO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

5.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Ha quedado claro que función social y bien común no significan, objetivamente, lo mismo. Y así ha sido registrado en el *Diario de los debates* de la Constitución peruana de 1993. Sin embargo, como todo constructo jurídico, la hermenéutica —especialmente la interpretación del Tribunal Constitucional— ha jugado un rol importante para un mejor entendimiento sobre la función social de la propiedad. Incluso, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha realizado una mutación constitucional del texto del artículo 70 de la Constitución referida al derecho a la propiedad.

La mutación constitucional en el caso peruano se inició con la Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] n.º 00008-2003-AI/TC, caso «tarifas mínimas en el transporte», en la cual se puso como premisa que el Estado presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, según los artículos 3 y 43 de la Constitución de 1993, y citando a García Pelayo explicaba que este tipo de Estado no puede obviar ni los principios ni los derechos básicos como la libertad y la propiedad privada, sino que debe procurar la mayor efectividad de

ellos dotándolos de una base y un contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas ni contradictorias, sino que ambas tienen implicación recíproca (considerando 11). Más adelante, en tono filosófico, el Tribunal peruano expresó que el bien común del capítulo económico de nuestra Constitución es idéntico al interés de la sociedad; y llegó a apoyarse en la encíclica *Mater et magistra* (considerando 12).

Reforzando la mutación, en la STC n.º 00048-2004-AI/TC (caso «regalías mineras»), el Tribunal Constitucional peruano refirió que el Estado social y democrático de derecho implica velar por el bien común, esto es, intervenir para corregir las inequidades sociales (considerandos 12 y 13). Los considerandos 76 y siguientes reiteraron que la propiedad es una garantía institucional de la Constitución Política y que cuando el artículo 70 alude a que debe ejercerse en armonía con el bien común, es una referencia a la función social que el derecho de propiedad posee en su contenido esencial. En este punto, el Tribunal explica que la propiedad tiene una doble dimensión: por un lado, la obligación del Estado de proteger la propiedad; y, por otro lado, un conjunto de deberes y obligaciones que conlleva su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la nación.

En la STC n.º 00228-2009-PA/TC, caso Chiquitoy u «operación acordeón», el Tribunal —ampliando la mutación constitucional— dijo que la propiedad, *prima facie*, implica una garantía de indemnidad o inviolabilidad en el patrimonio de la persona. Pero, a su vez, no se trata de un concepto absoluto, pues se encuentra sujeto a limitaciones que impone el interés general. Precisa que dichas limitaciones nunca podrán sustituir a la persona humana como titular de la libertad, ni tampoco imponer trabas intensas que desconozcan la indemnidad del derecho a la propiedad.

En la STC n.º 06251-2013-PA/TC, caso «reserva de terreno para el Metro de Lima», el Tribunal peruano declaró infundada una demanda de amparo contra una ordenanza municipal que había prorrogado por diez años adicionales la reserva de un inmueble de propiedad de una empresa privada para que la municipalidad o gobierno local pueda ejecutar la construcción del proyecto de transporte conocido como «Metro

de Lima». La empresa demandante, titular del inmueble, consideraba que la ordenanza limitaba su derecho al uso del predio. En esta sentencia, el Tribunal estimó que la ordenanza no era desproporcionada, atendiendo a que la construcción del Metro de Lima había sido declarada de necesidad pública y era de gran envergadura. Priorizó, por tanto, la función social de la propiedad por encima del interés particular de la empresa titular del dominio del inmueble.

Finalmente, y consolidando la mutación constitucional, en la STC n.º 0014-2015-PI/TC, caso «Ley 29618 e imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado», el Tribunal trató sobre la propiedad de los bienes del Estado. En el Perú, el Estado es titular de los bienes de dominio público y de los bienes de dominio privado. En estos supuestos, el Tribunal reconoció que ambos tipos de bienes están destinados a obtener un fin social. En el caso de los bienes de dominio público el fin social es directo porque están destinados a un uso o servicio público (como las carreteras, vías férreas, playas, etcétera), mientras que en los bienes de dominio privado el fin social se presenta de forma indirecta, puesto que no están destinados al uso público, aunque el Estado sí ejerce una administración de carácter tuitivo. En esta oportunidad, el Tribunal volvió a señalar el doble carácter de la propiedad, aunque con alguna variante: la propiedad no solo es un derecho subjetivo o individual, sino también una institución objetiva portadora de valores y funciones.

5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

De otra parte, el Tribunal Constitucional español dictó la STC 111/1983 y la STC 37/1987, en las que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la propiedad. En el primer caso, fue debido a una ley sobre expropiaciones por razones de utilidad pública e interés social del Gobierno de la Nación y, en el segundo, sobre una ley de reforma agraria emitida por la Comunidad de Andalucía.

En el caso de la STC 111/1983, el Tribunal Constitucional de España señaló que el derecho de propiedad que está recogido en el artículo 33 de su Constitución es un derecho reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual y, además, que el derecho de

propiedad se vuelve un «derecho debilitado» cuando el bien común es mayor. Este afloramiento de la debilidad genera que el derecho de propiedad cambie o se convierta en su equivalente económico, lo cual legitima la expropiación.

Para el caso de la STC 37/1987, el Tribunal de España refirió que la Constitución Política de su país no reconoce el derecho a la propiedad privada únicamente como un haz de facultades individuales, sino —al mismo tiempo— como un conjunto de deberes y obligaciones que se establecen, según la ley, en atención a los valores o intereses de la colectividad. En tono epistemológico, el Tribunal español señaló que la función social debe ser entendida como parte integrante de la definición misma del derecho de propiedad; esto es, utilidad individual y función social definen el contenido del derecho de propiedad. Un último tema importante que abordó esta sentencia es que reconoce que existen diferentes finalidades sociales dependiendo de los distintos tipos de bienes sobre los que recae el derecho de propiedad, lo cual lleva a reconocer que existen diferentes tipos de propiedades con estatus jurídicos diversos.

5.3. La influencia de la jurisprudencia norteamericana en la distinción entre «propiedad constitucional» y «propiedad civil»

Con lo desarrollado hasta ahora va quedando claro que ya no puede hablarse de un solo tipo de propiedad, sino de que existen varios tipos de propiedades, y que tanto la Constitución Política como el Código Civil tienen un espacio propio y diferenciado para el tratamiento de esta. Abundando en el tema, Perú no es el único país en el que su Constitución Política consagra a la propiedad como un derecho fundamental sin llegar a definirlo, mientras que, en paralelo, su Código Civil se limita a regular el ejercicio de tal derecho. Similar escenario ocurre, por ejemplo, en Chile, en el cual el artículo 19.24 de su Constitución Política de 1980 garantiza la propiedad con función social y, de modo similar, su Código Civil de 1855 se encarga de regular el ejercicio de dicho derecho. Otárola (2024) llama a este fenómeno la «doble dimensión de la propiedad». Esto es, por un lado se trata de un instituto jurídico que la Constitución Política debe garantizar a todos los ciudadanos en armonía con el interés social,

mientras que la ley (Código Civil y otros cuerpos jurídicos de segundo nivel) debe regular las limitaciones y las obligaciones que se deriven de dicha función social.

Agrega la citada autora que los bienes que son objeto de propiedad no tienen un único fin, sino fines distintos; y ello es la razón para que aparezcan diferentes regímenes jurídicos a fin de dar respuesta a cada situación jurídica (más allá del Código Civil), ejercitando, a su vez, la función social. Razón por la cual no se puede hablar de propiedad (en singular), sino de propiedades (en plural).

Ocupándonos en específico de la dimensión constitucional de la propiedad en los países del *civil law* (como Perú, España, Chile y otros), es válido sostener que sus antecedentes provienen, paradójicamente, de las sentencias del *common law*, en específico, de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, finalmente, propiciaron enmiendas constitucionales o interpretaron las normas de su Constitución.

Para entender las sentencias de la Corte Suprema norteamericana es importante comprender el origen o nacimiento de los Estados Unidos. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos se remonta al 4 de julio de 1776, pero su Constitución fue sancionada el 17 de septiembre de 1787 (y entró en vigencia en 1789). El texto constitucional consta de siete artículos, los cuales se concentraron en la división de poderes y las reglas para conseguir el equilibrio entre dichos poderes (*check and balances*), así como en la forma de gobierno federalista. El artículo 7 previó que la Constitución inicie su vigencia una vez que haya sido ratificada por nueve de los trece Estados que conformaban, por entonces, la Unión. A quienes apoyaban la ratificación se les conocía como federalistas y a quienes no la apoyaban se les llamaba antifederalistas.

El principal argumento de los antifederalistas denunciaba que la Constitución no contemplaba ningún derecho civil básico y ello generaba desconfianza hacia la nueva forma de gobierno y el temor a que prosigan los mismos abusos que anteriormente había cometido la Corona británica, y contra los cuales habían luchado. Para contrarrestar dichos temores y desconfianzas fue importante la promesa de campaña federalista que pregonaba el «votar ahora, enmendar después» que, en resumen, era un compromiso de palabra de los federalistas para declarar

los derechos básicos una vez instalado el primer Congreso. La campaña federalista triunfó, se consiguió la ratificación de más de nueve Estados y se instaló el Primer Congreso; y, cumpliendo las promesas electorales, durante dicho Primer Congreso se aprobaron las primeras diez enmiendas constitucionales conocidas como *Bill of Rights* o Carta de Derechos.

Para esta investigación resulta importante la Quinta Enmienda Constitucional, la cual garantiza que la propiedad privada no puede ser incautada sin una justa compensación; esto es, permite la expropiación, pero contra el pago de una indemnización (Xu, 2019). Con el transcurso de los años se sucedieron otras enmiendas, entre las cuales destaca la Decimocuarta, que se remonta a 1868 (luego de la Guerra Civil entre 1861 y 1865) y es mayormente conocida por su regulación sobre la ciudadanía por nacimiento y para resolver los casos de segregación racial en las escuelas públicas. Pero, además de dichos temas, también contiene una regulación sobre la propiedad, específicamente la primera parte de la Decimocuarta Enmienda sostiene que ningún Estado puede privar a una persona de su propiedad.

La STC n.º 0008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional peruano (que como se recordará fue la primera en el Perú que habló sobre la función social de la propiedad) invocó el caso *Campbell vs. Holt*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (1885), en la que llegó a sostener que el concepto constitucional de propiedad es diferente y más amplio que en el derecho civil. Así, mientras en el derecho civil el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales que puedan ser susceptibles de valoración, en el derecho constitucional la propiedad se extiende a los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona (también susceptibles de apreciación económica).

Como recuerda Arribas (2023), el caso *Campbell vs. Holt* trataba de una disputa sobre el reclamo de tierras y esclavos por parte de Holt (hija) luego de la muerte de su madre. Sucedió que a la muerte de la causante Holt era aún menor de edad y su padre (Campbell) dispuso de todos los bienes, pero años más tarde Holt contrajo matrimonio y su padre murió; es así que el esposo de Holt demandó a quienes administraban los bienes de Campbell. Mendoza del Maestro (2013), comentando la sentencia de *Campbell vs. Holt*, destaca que la Corte Suprema de Estados

Unidos entendió que la propiedad se extiende *in totum*, esto es, tanto a los bienes materiales como inmateriales de una persona y que por ello tienen una estimación económica; agrega que mientras que en el Código Civil existe una lista *numerus clausus* de lo que se entiende por propiedad (artículo 881), en la Constitución se asemeja a una lista abierta.

Pero, además de *Campbell vs. Holt*, existen otras sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que pueden servir de antecedentes para la función social de la propiedad. Para entender mejor dichas sentencias es importante ubicarlas en un contexto histórico, esto es, existe un primer grupo de sentencias que fueron emitidas entre el año de vigencia de la Constitución Política y la ratificación de la Decimocuarta Enmienda (1790-1870, aproximadamente), y un segundo grupo que fueron emitidas después de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda.

Del primer grupo destaca la sentencia *Fletcher vs. Peck* (1810). En 1780 el Estado de Georgia firmó contratos de concesión de tierras estatales con la empresa La Yazoo Land, pero esta empresa estaba representada ocultamente por congresistas, senadores y jueces; lo que demostraba que la concesión de tierras no fue legítima y existieron casos de corrupción. En 1800, John Peck compró gran parte de las tierras a dicha empresa y en 1803 vendió las tierras a Robert Fletcher. Luego de que fuese descubierta la corrupción, la concesión para la venta de tierras fue anulada por ley estatal, lo que —en buena cuenta— llevó a que las compras de Fletcher también fueran anuladas. Fletcher decidió demandar a Peck y el caso llegó a la Corte Suprema, que le dio la razón a Peck porque consideró que este había adquirido las tierras de buena fe y porque, además, el artículo I, sección 10 de la Constitución, protege a los contratos privados. Si bien esta sentencia priorizó la propiedad individual, antes que la función social, resulta importante mencionarla porque dicha posición de los jueces supremos se mantuvo vigente hasta *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell* (1934), la cual permitió modificar las cláusulas de un contrato por necesidad pública.

Luego de la Gran Depresión de 1929, el Estado de Minnesota promulgó la Ley de Moratoria Hipotecaria (1933), que permitía extender el tiempo para que los deudores paguen sus obligaciones sobre propiedades a los prestamistas. Siegan (2017) cuenta que en virtud de dicha ley los

Blaisdell consiguieron una ampliación de tiempo para pagar sus deudas y un tribunal ordenó que paguen US \$ 40.00 al mes a favor de su acreedor (Home Building and Loan Association). Home llevó el caso a los tribunales porque consideraba que la Ley de Minnesota era inconstitucional. La Corte Suprema, interpretando el artículo 1, sección 10 de la Constitución, consideró que la Constitución no debía interpretarse de manera demasiado rígida y que la necesidad pública puede restringir los derechos privados. Esta sentencia se alejó del precedente *Fletcher vs. Peck* y, sin lugar a dudas, refleja en todo sentido el pensamiento social de la propiedad.

Para finalizar este apartado sobre algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se tiene a la sentencia *Mugler vs. Kansas* (1887), que fue emitida cuando ya había entrado en vigencia la Decimocuarta Enmienda. El Estado de Kansas emitió una legislación que prohibía la fabricación y venta de licores espirituosos, lo cual afectaba los derechos de propiedad y de empresa de *Mugler*. Sin embargo, la Corte Suprema le dio la razón al Estado de Kansas, puesto que la prohibición tenía por finalidad proteger la salud, la seguridad y la moral de la comunidad; lo que revela, precisamente, la supremacía del interés colectivo por encima del interés individual o de una empresa (Newman, 2004).

6. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Las modificaciones a la norma constitucional siguen, principalmente, dos caminos. El primero es el de la reforma constitucional a través del procedimiento que la propia Constitución de cada país prevé en su norma constitucional (los más comunes son, por ejemplo, votación con mayoría calificada, votación continua en dos o más legislaturas, referéndum, etcétera). El segundo camino es el de la interpretación constitucional sin modificar el texto constitucional, que se conoce como mutación constitucional.

Lo que ha ocurrido en el Perú, donde su Tribunal Constitucional ha interpretado el término «bien común» del artículo 70 de su Constitución para dirigirlo hacia la «función social de la propiedad», a pesar de que ello no fue la voluntad del constituyente que redactó la Constitución, es un caso de mutación constitucional.

Dicha experiencia peruana trae consigo la oportunidad de tratar sobre una característica que es inherente o propia de toda norma constitucional: la indeterminación de sus conceptos. Konrad Hesse, citado por Pedra (2012), señalaba que el carácter abierto de la Constitución necesita de la interpretación. La labor del intérprete, por tanto, se vuelve fundamental y una especie de bisagra entre la realidad social y el texto constitucional.

Los métodos de interpretación clásicos son muchos y no es objeto de esta investigación estudiar la clasificación de los métodos de interpretación constitucional. Pero, en dicha labor interpretativa de una disposición constitucional, más allá de los métodos de interpretación, surge otro debate (menos estudiado y que sí es objeto de esta exploración científica): el de interpretar la disposición constitucional conforme a su sentido original o, en todo caso, el de interpretar la disposición constitucional en función de la evolución y los nuevos contextos. En otras palabras, ¿cuáles son los límites del Tribunal Constitucional cuando decide poner en práctica la mutación constitucional?

En el caso español ha sido la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional la que ha complementado el concepto de función social de la propiedad, prevista en su Constitución, pero sin llegar a alterar el enunciado constitucional. En buena cuenta, no se advierte en España un caso de mutación constitucional sobre el derecho a la propiedad. Tampoco existe mutación constitucional en Chile ni en Brasil porque, como ya se vio, la función social está presente en las constituciones de dichos países. Sin embargo, en el caso peruano, lo que ha ocurrido es una «evolución interpretativa» de su Tribunal Constitucional; evolución que partió desde el significado de «ejercicio en armonía con el bien común» del constituyente peruano de 1993 y terminó migrando hacia el concepto de función social de la propiedad.

El juez español Fernández (2013) resalta que la mutación constitucional es un concepto diferente al de reforma constitucional. Básicamente, la mutación no altera el enunciado de la norma o regla constitucional; en cambio, la reforma sí altera dicho enunciado. Fernández también recuerda que el origen del término mutación constitucional se debe a los juristas alemanes, Paul Laband en 1895 (en su obra *Die Wandlungen der*

deutschen Reichsverfassung) y Georg Jellinek en 1906 (luego de un discurso ante la Academia Jurídica de Viena). Laband había detectado que las normas de la Constitución del Imperio alemán de 1871 se contraponían a las situaciones reales, lo cual era un problema serio para los pensadores positivistas de la época. Once años más tarde, Jellinek reconoció expresamente que las reglas jurídicas no dominan al poder estatal y que, más bien, las fuerzas políticas reales actúan bajo sus propias reglas y de forma independiente al orden jurídico positivo.

La mutación, en buena cuenta y como señala el profesor español Rollnert (2014), es el cambio de significado de una norma constitucional, y ello se justifica porque la realidad es contraria a la Constitución (o la Constitución contraria a la realidad). Aunque también, siguiendo a Rollnert, la mutación sí debe estar sujeta a límites estrictos y no puede llegar a normalizarse (sino aplicarse en casos excepcionales), ya que, en el supuesto de una normalización de dicha figura jurídica, la propia Constitución perdería el sentido de su fuerza normativa. Más adelante se retomará sobre los límites a la mutación constitucional.

6.1. Originalismo y no originalismo

El profesor Risso (2017) sostiene que la mutación constitucional, también conocida como interpretación no originalista o evolutiva, es un tema recurrente en la actualidad. Este autor llega a distinguir o clasificar tres subtipos de mutaciones: la primera, las mutaciones en sentido estricto (para referirse a las que conllevan una interpretación en sentido contrario al texto constitucional); el segundo subtipo, las mutaciones impropias (modificaciones profundas sobre la interpretación dominante); y el tercer subtipo, las mutaciones sin calificativos (que engloba las dos anteriores).

Agrega Risso que la mutación constitucional trae consigo el debate entre el originalismo (interpretivismo) y el no originalismo (no interpretivismo). Por el originalismo, los jueces atienden los casos según el texto constitucional o que está, claramente, implícito en la disposición constitucional. Mientras que por el no originalismo la interpretación podría realizarse en función de disposiciones que no aparecen en el texto constitucional. Y, dentro de los diferentes matices que presenta el originalismo,

el más radical es el que postula que la Constitución debe ser interpretada tomando en cuenta su significado original, esto es, de acuerdo con el pensamiento del constituyente en el tiempo en que se creó la norma constitucional.

Un exponente reconocido de este originalismo es el exjuez de la Corte Suprema de Estados Unidos Antonin Scalia. Liendo (2015), estudiando al juez norteamericano, recuerda que lo que buscaba Scalia en la Constitución era el significado original del texto, más que la redacción original. Evidentemente, se trata de una posición (del juez Scalia) bastante impregnada de la epistemología. Scalia consideraba como su adversario teórico a la *Living Constitution* o *Constitución viviente*, que defendía, por ejemplo, el abogado graduado en la Universidad de Harvard, David A. Strauss. El juez Scalia sostenía que la corriente del *Living Constitution* o no originalismo implicaba un riesgo de abandonar el entendimiento o significado original de la disposición constitucional.

En cambio, para los que defienden a la Constitución viviente, esta puede cambiar con el tiempo, se adapta a los nuevos contextos o circunstancias sin necesidad de que pueda ser modificada de manera formal. Carbonell (2011) recuerda algunos ejemplos prácticos que esbozó Strauss para defender a la *Constitución viviente*. Así, por ejemplo, y siempre en el contexto norteamericano, Strauss mencionaba que aceptar el originalismo hubiese implicado permitir la segregación racial en las escuelas o la discriminación de las mujeres.

Para los detractores de la *Constitución viviente*, su principal debilidad es que se trata de un concepto vago. Y, sobre todo, se presta a la manipulación de las personas encargadas de realizar la interpretación del texto constitucional.

Otra categoría jurídica que está relacionada con la *Constitución viviente* es la de *Constitución abierta*, cuyo exponente más conocido es Peter Häberle. El pensamiento de la *Constitución abierta* demanda que cualquier ciudadano pueda tener una participación efectiva en la hermenéutica de la Constitución. La investigadora brasileña Hennig (2010), quien estudió a Häberle, sostiene que la justificación de una *Constitución abierta* ocurre por los cambios en la cultura o los contextos sociales. Esto es, la Constitución se puede interpretar de manera diferente en el

tiempo y en el espacio porque la cultura constitucional también es diferente. Hennig habla incluso de la democratización de la interpretación (interpretación democratizada, más que interpretación técnica), en el sentido de tener que ampliar el círculo de los intérpretes a fin de que los ciudadanos ejerzan la democracia en un sentido real (y no solo formal).

En defensa de la rigidez constitucional se sitúa el catedrático español Ferreres (2000), quien básicamente expone que la rigidez constitucional se justifica para darle estabilidad a un sistema o estructura de gobierno y evitar que las mayorías parlamentarias modifiquen dicho sistema de gobierno de acuerdo con sus intereses grupales. En cuanto a los derechos y las libertades, Ferreres reconoce que la rigidez constitucional puede parecer insuficiente o dañina para el reconocimiento de los derechos morales de los individuos, pero, finalmente, mantiene su férrea defensa sobre la rigidez al señalar que la Constitución debe emplear términos abstractos (no específicos), o técnica de la abstracción, al momento de enunciar los derechos y las libertades. En síntesis, plantea lo que él denomina una *Constitución abstracta* a fin de que la Constitución rígida mantenga en el tiempo su capacidad para enunciar nuevos derechos y libertades, permitiendo que los intérpretes entiendan que la enunciación de un derecho constitucional es solo *prima facie* porque también se admiten excepciones implícitas (Emerton, 2018).

6.2. La mutación de la función social de la propiedad en el Perú

En el caso del Perú, se ha demostrado que el constituyente de la carta política de 1993 no tenía la intención de incorporar el concepto de función social de la propiedad dentro del texto constitucional. Y fue entonces que, cerca de treinta años después, este concepto de función social fue desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

¿Puede entonces el Tribunal Constitucional interpretar un dispositivo constitucional yendo incluso en sentido contrario a la voluntad del constituyente? En otras palabras, ¿hasta qué punto el Tribunal Constitucional puede interpretar o reinterpretar un concepto sin afectar la identidad de dicho concepto?

El postdoctor en derecho brasileño Pansieri (2024) se plantea estas preguntas y recurre a la paradoja de Teseo o del barco de Teseo para incorporar el concepto de la identidad ante los retos de la mutación constitucional. Según el mito, después de muchas batallas y campañas, Teseo regresó con su navío a Atenas y, como quiera que para los atenienses dicho barco representaba el símbolo de las victorias y la grandeza de su época, decidieron conservarlo. Con el transcurso del tiempo iban reemplazando las maderas o tablas viejas por otras nuevas, y así lo hicieron durante más de cien años hasta que ya no quedó ninguna de las tablas originales del navío de Teseo. Entonces, la paradoja se interroga si es que ese barco —sin ninguna tabla original— seguiría siendo el navío de Teseo u otro diferente; y dicha situación es también trasladada hacia la mutación de la norma constitucional ante la nueva interpretación, con sentido diferente, de un texto constitucional.

Para Pansieri, como para el ya citado Rollnert y para los autores de este texto, la mutación constitucional sí debe tener límites porque, fundamentalmente, el concepto interpretado por el Tribunal Constitucional no debe perder su identidad. Específicamente, Pansieri señala que al momento de practicar una mutación constitucional el máximo intérprete de la Constitución no debe olvidar algunos principios, como la distinción entre poder constituyente y poder constituido, la rigidez y la supremacía de la Constitución, así como la fuerza normativa de esta.

En el caso de la mutación constitucional del artículo 70 de la Constitución peruana, esta exploración científica considera que aquella sí resulta válida. Primero, porque históricamente en el Perú la teoría de la función social de la propiedad siempre estuvo presente desde las constituciones de 1933 y 1979 (como se anotó en apartados previos) y, en buena cuenta, la mutación del Tribunal Constitucional está regresando a dicha tesis social porque la realidad obliga y enseña que la propiedad no puede ejercerse solo en función de un interés individual o personal. Segundo, la mutación también es válida porque el derecho de propiedad no está perdiendo su «identidad constitucional» con la nueva interpretación del Tribunal Constitucional. Así, en el *Diario de los debates* se consignó que siempre existió consenso en reconocer que la propiedad tenía una misión social, pero algunos malos recuerdos de la política peruana

propiciaron que los constituyentes no incluyeran, finalmente, el término «función social» dentro del texto constitucional. Esto llevó a que el texto del artículo 70 de la Constitución peruana (con la frase «bien común» en lugar de «función social») sea más un fruto de una coyuntura política antes que de la tradición constitucional peruana que ya reconocía el pensamiento social de la propiedad desde los albores del siglo XX.

6.3. Función social de la propiedad y posesión precaria

Sánchez (2023) plantea la relación entre vivienda y dignidad. Señala, por ejemplo, que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966, reconocía el derecho de toda persona a contar con una vivienda adecuada, mientras que —a nivel europeo— el Tratado de Lisboa reconoce el derecho a una ayuda para el acceso a la vivienda, lo que genera que los Estados miembros de la Comunidad Europea deban desarrollar políticas de fomento a la vivienda.

Esta política europea, entonces, está vinculada estrechamente a la función social de la propiedad o, dicho en otros términos, al combate contra la pobreza. Se sabe que en muchas ciudades existe una relación inversa entre densidad demográfica y terrenos libres para vivienda. Esto es, por un lado, se incrementa la densidad demográfica; pero, por otro lado, existen menos terrenos libres para las construcciones, y ello lleva, entre otras consecuencias, al incremento de los alquileres y también a la posesión precaria.

7. CONCLUSIONES

- El pensamiento de que la propiedad lleva consigo una función social resulta válido en el derecho constitucional contemporáneo. Dicha «socialización» de la propiedad ha permitido ampliar la visión sobre este derecho más allá de las fronteras del derecho civil y de los derechos reales. La función social de la propiedad, por ejemplo, tiene un rol importante para que las empresas productoras o extractoras de algún recurso mineral busquen conservar el medio ambiente, para que las municipalidades o los gobiernos locales diseñen políticas de urbanismo en las ciudades o pueblos, o para que los directivos de

cualquier empresa busquen maximizar las utilidades a favor de los accionistas. En síntesis, la función social de la propiedad responde a los fenómenos sociales de la actualidad.

- La mutación interpretativa que realizó el Tribunal Constitucional peruano al artículo 70 de la Constitución peruana es legítima y válida, ya que, semánticamente, el texto constitucional (que solo recogía el «ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común») era más restringido que el Código Civil peruano de 1984 (que sí contemplaba la función social de la propiedad). Pero, sobre todo, dicha mutación es válida porque responde a las exigencias del tráfico jurídico moderno en el que la propiedad no solo se limita a bienes inmuebles, sino también a derechos abstractos como los derechos de autor y el medio ambiente.
- La mutación constitucional es, generalmente, consecuencia de una interpretación del órgano constitucional de un Estado. La interpretación implica una labor constante y durable en el tiempo, que requiere de maduración. Por ello, debe prestarse especial atención a los votos en minoría o votos en discordia de los jueces constitucionales, pues suele ocurrir que dichos votos en minoría, con el transcurso de los años, llegan a sustentar una mutación constitucional. En Estados Unidos, estos votos de los jueces en minoría son conocidos como *dissenting opinions*. Un ejemplo conocido es el voto en minoría del juez Harlan en 1896 sobre la segregación racial en las escuelas, que en 1954 llegaría a concretarse en enmienda constitucional en el famoso caso de *Brown vs. Board of Education of Topeka*.
- La función social de la propiedad es una categoría jurídica que incide sobre la generación de riqueza. Así, el desarrollo de esta categoría ayuda a que las personas, por ejemplo, tengan mayores oportunidades para una vivienda digna. En sentido contrario, la falta de atención o desarrollo de esta categoría jurídica conduce a que los índices de pobreza no decrezcan y a la posesión precaria o sin título.

REFERENCIAS

- Abat, A. (2017). La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestivos desde el derecho constitucional comparado. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(36), 271-299. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2017.36.10866>
- Alarcón, A., Marulanda, D. y López, J. (2024). El derecho a la propiedad: construcción histórica y antecedentes en la historia constitucional republicana. *Justicia*, 29(46), 1-17. <https://doi.org/10.17081/just.29.46.7465>
- Arribas, G. J. (2023). Redimensionando la propiedad en el Perú. *Themis. Revista de Derecho*, (83), 49-61. <https://doi.org/10.18800/themis.202301.003>
- Azzam, M., Graw, V., Meidler, E. y Rienow, A. (2024). Enhancing property valuation in post-war recovery: Integrating war-related attributes into real estate valuation practices. *Smart Cities*, 7(4), 1776-1801. <https://doi.org/10.3390/smartcities7040069>
- Babie, P. y Viven-Wilksch, J. (2019). Léon Duguit and the Propriété Function Sociale. En P. Babie y J. Viven-Wilksch (eds.), *Léon Duguit and the social obligation norm of property* (pp. 1-32). Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-13-7189-9_1
- Baciero, F. T. (2017). El concepto de derecho subjetivo y el derecho a la propiedad privada en Suárez y Locke. *Anuario Filosófico*, 45(2), 391-421. <https://doi.org/10.15581/009.45.1295>
- Barbaro, S. (2023). Property, responsibility, and the community: Toward a new concept of property. En A. M. Baggio, M.-G. Baldarelli y S. O. Idowu (eds.), *Populism and accountability. CSR, sustainability, ethics & governance* (pp. 93-114). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-20032-8_5
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Diario de los debates. Debate constitucional Pleno 1993*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/diariodebates/debate-constitucional/1993/tomo1/index.html>

- Copelli, G. M. y Morais, J. L. B. (2022). A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. *Revista Direito, Estado E Sociedade*, (61), 136-159. <https://doi.org/10.17808/des.0.1396>
- Duguit, L. (1912). *Las transformaciones generales del derecho*. Librería Española y Extranjera.
- Emerton, P. (2018). The centrality and diversity of the invisible Constitution. En R. Dixon y A. Stone (eds.), *The invisible Constitution in comparative perspective* (pp. 146-166). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108277914.005>
- Fernández, F. (2013). Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, (89), 7-88. <https://doi.org/10.33426/rcg/2013/89/723>
- Ferreres, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), 29-47. <https://doi.org/10.14198/doxa2000.23.01>
- Gregory, A. (2013). Ownership and obligations: The human flourishing theory of property. *Cornell Legal Studies Research Paper No 13-93*, 1-11. <https://ssrn.com/abstract=2348202>
- Henao, J. E. (2023). Aproximaciones al dispositivo de la Función Social de la Propiedad en Argentina y Colombia. *Estudios de Derecho*, 80(176), 159-199. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v80n176a07>
- Hennig, M. (2010). La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 283-303. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806010>
- Jacobsen, M. (2020). Pursuing «the subjective» in «subjective rights»: A contribution to the conceptual history of subjective rights. *Danish Yearbook of Philosophy*, 55(1), 40-72. <https://doi.org/10.1163/24689300-bja10005>

- Jordán, G. (2020). La función social de la propiedad. Su desarrollo en el Derecho Constitucional cubano de la primera mitad del siglo XX. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278-1), 489-527. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-1.77361>
- Liendo, F. (2015). La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el derecho continental? *Forseti. Revista de Derecho*, 3(5), 192-221. <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i5.1149>
- Lobo, M. L. C. y Muratori, A. M. (2015). Aptidão urbana aos instrumentos do estatuto da cidade: perspectivas metodológicas. *RAEGA - O Espaço Geográfico Em Análise*, 34, 26-49. <https://doi.org/10.5380/raega.v34i0.36668>
- Marais, E. (2015). When does state interference with property (now) amount to expropriation? An analysis of the Agri SA Court's state acquisition requirement (Part I). *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 18(1), 2983-3031. <https://doi.org/10.4314/pej.v18i1.02>
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), 97-108. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803>
- Newman, D. G. (2004). Collective interests and collective rights. *The American Journal of Jurisprudence*, 49(1), 127-163. <https://doi.org/10.1093/ajj/49.1.127>
- Otárola, Y. (2024). La función social en la regulación del suelo urbano y rural desde la praxis judicial. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 15(1), 1-21. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art330>
- Pansieri, F. (2024). O fenômeno da mutação constitucional brasileiro: Origens e limites. *Revista Justiça do Direito*, 38(1), 167-185. <https://doi.org/10.5335/rjd.v38i1.15869>
- Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*, 15, 93-111.

- Pedra, A. S. (2012). Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 369-390. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200009>
- Pérez, J. A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 8(16), 176-191. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1538>
- Risso, M. (2017). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 217-253. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100008
- Rodarte, L. (2020). Efectividad de los derechos sociales en España. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(31), 55-93. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2020.37.14863>
- Rollnert, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34(101), 125-155. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-101-mayoagosto-2014/la-mutacion-constitucional-entre-la-interpretacion-y-la-jurisdiccion-constitucional-2>
- Rosas, J. I. de (2023). La función ambiental de la propiedad civil: la crisis de la división entre derecho público y derecho privado. *Revista de Derecho Ambiental*, 1(19), 45-78. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2023.68817>
- Sánchez, V. (2023). Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa. *Revista de Derecho Civil*, 10(1), 141-174. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/832>

- Sarrión, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de Derecho Político*, 1(100), 915-947. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20722>
- Siegan, B. (2017). *Property rights. From Magna Carta to the Fourteenth Amendmet*. Routledge. https://www.routledge.com/Property-Rights-From-Magna-Carta-to-the-Fourteenth-Amendment/Siegan/p/book/9780765807557?srsId=AfmBOopdM8yUC1zDsfhgTglfOfUSD-MZXvWcWKLEEkcrufUzxX_4C5vN
- Stern, J. Y. (2013). Property's Constitution. *California Law Review*, 101(2), 277-326. <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2576&context=facpubs>
- Valenzuela, R. y Lobos, R. (2022). Entre derecho y revolución: la circulación y apropiación de la función social de la propiedad en Chile (1930-1973). *Izquierdas*, (51), 1-18. <https://cyberleninka.ru/article/n/entre-derecho-y-revoluci-n-la-circulaci-n-y-apropiaci-n-de-la-funci-n-social-de-la-propiedad-en-chile-1930-1973>
- Xu, T. (2019). A law-and-community approach to compensation for takings of property under the European Convention on Human Rights. *Legal Studies*, 39(3), 398-414. <https://doi.org/10.1017/lst.2018.26>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 0008-2003-AI/TC (2003). Tribunal Constitucional (11 de noviembre de 2003).
- Expediente n.º 00228-2009-PA/TC (2011). Tribunal Constitucional (4 de abril de 2011).
- Expediente n.º 06251-2013-PA/TC (2017). Tribunal Constitucional (31 de agosto de 2017).
- Pleno Jurisdiccional. Expediente n.º 0048-2004-PI/TC (2005). Tribunal Constitucional (1 de abril de 2005).
- Pleno Jurisdiccional. Expediente n.º 0014-2015-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (10 de septiembre de 2019).

Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre. *Boletín Oficial del Estado n.º 298* (14 de diciembre de 1983).

Sentencia 37/1987, de 26 de marzo. *Boletín Oficial del Estado n.º 89* (14 de abril de 1987).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Franklin Gregorio Gutiérrez Merino: compilación de información, investigación, conceptualización, procesamiento, análisis de datos, redacción y conclusiones; revisión crítica y aprobación final de la versión que se publicará.

Felipa Elvira Muñoz Ccuro: compilación de información, redacción del trabajo y revisión de la escritura, investigación, análisis formal y transversal; revisión crítica, corrección de estilo y aprobación final de la versión que se publicará.

Ana Lucía Heredia Muñoz: compilación de información, redacción del trabajo y revisión de la escritura, borrador y original, metodología, análisis formal, revisión crítica y transversal; traducción y aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Los autores agradecen los alcances y los lineamientos brindados por el Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto. También es oportuno señalar un agradecimiento a Wilber Bustamante del Castillo por sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Franklin Gregorio Gutiérrez Merino es abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Lima) y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Cusco. Docente de posgrado en la Universidad Andina del Cusco y de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco.

Felipa Elvira Muñoz Ccuro es abogada por la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho Empresarial y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Docente de posgrado en la Universidad San Ignacio de Loyola y la Universidad Tecnológica del Perú. Investigadora Renacyt P0048432, nivel V. Miembro del Comité de Investigación del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Cuenta con más de veinticinco años de trayectoria como profesora de investigación.

Ana Lucía Heredia Muñoz es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid y doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de posgrado en la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro del Comité de Investigación del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Correspondencia

franklin.gutierrezm@epg.usil.pe