

La función social de los bienes inmuebles de dominio estatal



*Mariela E. Blanco**

I. Introducción

Nuestro país tiene un déficit habitacional¹ que requiere de soluciones concretas para concretar el derecho fundamental de la vivienda. En el presente trabajo abordaré la función que cumplen los bienes inmuebles de dominio del Estado y, en particular, analizaré la reciente normativa de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) sobre el proceso de expropiación de los inmuebles sobre los que se asienta el barrio popular El Torero Resolución 126/2021 (publicada en el BO el 17/08/2021)–. Conceptos como “dominio público” y “función social” servirán para elaborar las reflexiones finales.

II. El concepto del dominio público del Estado

El régimen jurídico de los bienes imbricados en el dominio público otorga a la Administración ciertas limitaciones y, a la vez, le reconoce una serie de privilegios exorbitantes de las relaciones y normas del derecho privado, todo ello en virtud del interés colectivo que los bienes están llamados a satisfacer (Sammartino, 2010).

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires e investigadora. Es profesora Adjunta de Teoría General del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), de Función Social de una Administración Democrática de Justicia, Jefa de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho y Ayudante de Primera del Taller de Escritura y Argumentación de la Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina). Contacto: profmarielablanc@gmail.com

1 Cuatro millones de personas viven en miles de villas y asentamientos y el déficit de hogares en el país afecta, según cifras oficiales, a 3.8 millones de familias.

Si se sigue una perspectiva constitucional, el régimen del dominio público se concibe como un título de intervención:

los bienes públicos en la República Argentina no constituyen una categoría estática sino un concepto subordinado a actividades que es necesario satisfacer: el progreso y prosperidad de la Nación a través de la disposición y uso del dominio, entre otras actividades (Salomoni, 2000).

Por su parte, Marienhoff sostiene que el dominio público “es un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política del pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto– de los habitantes” (Marienhoff, 1996).

III. Regulación de los bienes de dominio público

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los bienes de dominio público en su artículo 235, en tanto que el artículo 236, los de dominio privado. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

Y el artículo 75, inciso 5 de la Constitución Nacional regula el uso y la enajenación de las tierras de propiedad nacional, requiriendo la autorización del Congreso Nacional.

IV. Análisis del proceso de expropiación dispuesto por la Resolución AABE N° 126/2021

La AABE, mediante la Resolución N° 126/2021, ordenó la expropiación de los bienes sobre los que se asienta el barrio popular El Torero, en la localidad de Rafael Castillo, partido de La Matanza, de la provincia de Buenos Aires. Y ello puede realizarse en virtud de lo establecido en las leyes N° 21499, N° 27453 y N° 27488.

- *La expropiación.* La Ley N° 21499 establece el régimen general de expropiaciones. El capítulo 1 determina la calificación de utilidad pública.² Al respecto, en un reciente fallo³ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el ministro Rosatti dijo: “la posibilidad de sujetar los derechos a limitaciones razonables encuentra su máxima expresión en la expropiación por causa de utilidad pública prevista en el art. 17 de la Constitución Nacional” y cita a Bidart Campos: “[Su fundamento] no radica en un supuesto dominio eminente del Estado como atributo de la soberanía, sino en: a) el bien común

2 La utilidad pública es el bien protegido inmediatamente por el régimen del dominio público Y es precisamente para tutelar esa relación de utilidad colectiva y asegurar el cumplimiento de los fines para los cuales fueron consagrados como tales que el ordenamiento proporciona a la Administración un complejo de prerrogativas sustanciales y adjetivas, no exentas de deberes y obligaciones.

3 “U.N.I.R.E.C. c/ Ramos E. Iglesias E. y otros s/ expropiación” (CSJ 303/2017/CS1).

o la realización del valor justicia como bien del Estado; b) el carácter relativo de la propiedad privada con función social” (Bidart Campos, 1996). Y la Sra. procuradora recordó que “la expropiación es un fenómeno jurídico de conversión y sustitución del particular a favor de la comunidad”.

- *Los barrios populares.*⁴ La Ley N° 27453 establece el régimen de regularización dominial para la integración socio-urbana, que fue reglamentada mediante el Decreto N° 819/2019. El artículo 2 de la ley designa como autoridad de aplicación a la Secretaría de Integración Socio-Urbana (SISU) y a la AABE.

LA AABE requerirá a las provincias, a los municipios y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la información que considere necesaria para avanzar con los procesos expropiatorios. Estos procesos serán progresivos y responderán a la urgencia y a los criterios técnico-financieros de priorización que fije la autoridad de aplicación.

Por su parte, el capítulo XI del Decreto N° 2670/2015 crea el Registro Nacional de Barrios Populares en proceso de integración urbana.

V. Una posible crítica: acerca de la función social del derecho

Uno de los cuestionamientos que pueden hacerse es ¿por qué las provincias, los municipios o la Ciudad de Buenos Aires cederían sus tierras a la AABE? Daré una posible respuesta a este planteo a partir del análisis de la función social del derecho y, luego, de la propiedad.

El concepto de la función social del derecho es un tema de debate que tuvo centralidad en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en Madrid en el año 1973. Varios autores han trabajado la temática, la que reconocieron como relevante al momento de enfrentarse a problemas sobre la interpretación y aplicación correcta del derecho. Recorramos los trabajos de Joseph Raz, Norberto Bobbio y Carlos María Cárcova para conocer de qué trata el concepto.

V.1. Las funciones del derecho para Joseph Raz

El autor, exponente del iuspositivismo, señala que los filósofos se refieren a las funciones del derecho en, al menos, tres diferentes contextos:

- Algunos se ocupan de las funciones que todos los sistemas jurídicos necesariamente realizan, considerando ciertas funciones como parte de la definición de un sistema jurídico. La realización de ciertas

⁴ Se consideran barrios populares a aquellos barrios comúnmente denominados villas, asentamientos y urbanizaciones informales que se constituyeron mediante distintas estrategias de ocupación del suelo, que presentan diferentes grados de precariedad y hacinamiento, un déficit en el acceso formal a los servicios básicos y una situación dominial irregular en la tenencia del suelo, con un mínimo de 8 familias agrupadas o contiguas, en donde más de la mitad de sus habitantes no cuenta con título de propiedad del suelo, ni acceso regular a al menos 2 de los servicios básicos –red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal–.

funciones podría ser una característica definitoria de ciertas ramas del derecho (por ejemplo, el derecho previsional, el derecho de familia, el derecho penal, etc.).

- También hay teóricos interesados en aquellas funciones realizadas por algunos sistemas jurídicos. Su tarea consiste en comparar el grado en el cual tales funciones son llevadas a cabo y las técnicas por las cuales son promovidas en varios sistemas jurídicos.
- Finalmente, los teóricos están interesados en pretender que los sistemas jurídicos en general, o bajo ciertas circunstancias, deben realizar ciertas funciones de cierta manera.

Raz advierte que las funciones sociales del derecho deben ser distinguidas de la clasificación de las normas jurídicas en distintos tipos normativos. Dice que el carácter normativo de una norma jurídica es una cuestión de sus propiedades lógicas. Es una cuestión de las implicaciones lógicas de un enunciado que afirma a tal norma. Las funciones sociales, por otro lado, son consecuencias sociales del derecho intentadas o efectivas (Raz, 1985).

Si bien es posible producir un esquema clasificatorio de los tipos de normas, la tarea se hace más difícil al intentar el análisis de las funciones del derecho a partir de una clasificación. Y esto es porque, dice el autor, no podríamos agotar todas las funciones sociales que los sistemas jurídicos hayan realizado.

Raz ve como un peligro que el análisis de las funciones del derecho se vincule íntimamente a principios políticos y morales particulares, de forma que puede ser inútil para cualquiera que no respalde exclusiva y totalmente tales principios.

Para el autor es posible determinar toda norma jurídica a una categoría normativa que explique su carácter normativo. Y no es posible adscribir una diferente función social a cada norma jurídica.

Raz clasifica a las funciones sociales del derecho en funciones *directas* e *indirectas*. Las *funciones directas* son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las *funciones indirectas* son aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación. Las funciones indirectas que las disposiciones jurídicas efectivamente realizan son resultado de su existencia o de seguirlas o aplicarlas.⁵

Las *funciones directas*, a su vez, las divide en *primarias* y *secundarias*. Dice que las *funciones sociales primarias* del derecho afectan la población en general y en ellas se encuentra la justificación de la existencia del derecho. Raz identifica cuatro funciones primarias: a) prevención de comportamiento indeseable y obtención de comportamiento deseable; b) proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos; c) proveimiento de servicios y redistribución de bienes y; d) resoluciones de disputas no reguladas.

5 Raz, J., Ob. cit., p. 212.

En tanto entiende que las *funciones sociales secundarias* del derecho tienen que ver con el propio funcionamiento del sistema jurídico. Estas funciones proveen a su adaptabilidad, a su eficacia y a su funcionamiento uniforme e ininterrumpido. Hay dos funciones secundarias: a) la determinación de procedimientos para cambiar el derecho y, b) la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del derecho.

Por último, Raz señala que, en las *funciones sociales indirectas*, los efectos sociales del derecho casi siempre dependen, para su logro, de factores no jurídicos; especialmente de la actitud general hacia el derecho y de su interacción con normas sociales e instituciones. Advierte que algunas de estas funciones son realizadas por instituciones jurídicas específicas y otras, por la existencia del propio sistema jurídico. Los efectos sociales indirectos son muchos y varían según su naturaleza, extensión e importancia.

V.II. Las funciones del derecho para Norberto Bobbio

El filósofo italiano reflexiona sobre los distintos intentos que se han realizado para analizar la función o las funciones del derecho. Los caracteriza como poco satisfactorios porque, por un lado, entiende que son una recopilación de cosas conocidas, que no agregan nada a nuestro conocimiento del fenómeno jurídico y, por el otro, porque están compuestos de elementos heterogéneos como “función” y “derecho”, que precisan de una clarificación de los presupuestos conceptuales y de la eliminación de las confusiones terminológicas (Bobbio, 1982).

Bobbio señala tres dificultades en el análisis funcional del derecho:

1. *Función ¿respecto a qué?:* En toda teoría social están presentes siempre dos polos: a) sociedad como totalidad y; b) los individuos, que son las partes componentes de esa totalidad, que interactúan entre sí y con ese todo. Cuando se indaga acerca de cuál es la función del derecho, ¿a cuál de esos dos polos se refiere? Recoge lo dicho por Hans Kelsen⁶ y Rudolf von Ihering⁷ acerca de la función del derecho para advertir que estos dos puntos de vista no son arbitrarios, sino que representan dos modos diferentes de mirar los problemas sociales: la función social del derecho es relevante para los gobernantes, esto es, para quienes el derecho es un instrumento de gobierno; la función individual del derecho es la relevante para los gobernados, esto es, para quienes ven en el derecho un instrumento de protección, de garantía, de liberación, etc. de los miembros individuales de la sociedad. Estas dos posiciones no son antagónicas, pero se deben considerar al momento de analizar la función del derecho.

2. *Función ¿a qué nivel?:* La segunda razón de la confusión es que las funciones del derecho no se colocan siempre en el mismo nivel, sino que representan distintos grados o momentos de la influencia del derecho en la sociedad. La lógica del análisis funcional es la lógica de la relación medio-fin, para la que un fin, una vez conseguido, se convierte en un medio para la consecución de otro fin hasta que un

⁶ El derecho es una técnica de organización social cuya función es la de hacer posible la paz social.

⁷ El fin del derecho es garantizar las condiciones de existencia de la sociedad, entendiendo por condiciones de existencia a “los presupuestos a los que subjetivamente está ligada la vida” física o espiritual de los individuos.

fin sea puesto o aceptado como último. La respuesta a ¿cuáles son las funciones del derecho? cambia según en qué nivel de fin estemos situados en el análisis.

3. *¿Qué derecho?:* Esta última dificultad nace de la ambigüedad y vaguedad de la expresión “derecho”. Cuando se utiliza el término “derecho” en el análisis funcional, se hace referencia a dos cuestiones: si el derecho tiene una función represiva o también distributiva, promocional, etc.; y si tiene una función de conservación (o de estabilización) o también de innovación y dentro de qué límites. Estas dos cuestiones son distintas porque la primera refiere a los remedios empleados por el derecho para ejercitar su función primaria (pero no exclusiva), que es la de condicionar el comportamiento de los pertenecientes a un determinado grupo social, la segunda se refiere a los resultados obtenidos respecto de la sociedad considerada en su conjunto. Es decir que quien se plantea el problema en términos de función represiva o promocional mira al medio con el que el derecho actúa; quien se plantea el problema en términos de función conservadora o innovadora mira a lo que las reglas consideradas prescriben o permiten en cada ocasión y a su eficacia.

Además, el concepto del derecho es tan amplio que no resulta útil para el análisis de la funcionalidad. Por eso es necesario hacer algunas distinciones. La primera distinción es entre derecho público y derecho privado, en que Bobbio destaca las dos principales funciones que tradicionalmente vienen atribuidas a un ordenamiento jurídico: la función de permitir la coexistencia de intereses particulares divergentes, a través de reglas que deben servir para morigerar los conflictos y de otras reglas que deben servir para resolverlos después de que hayan surgido; y la función de dirigir intereses divergentes hacia un fin común, a través de reglas imperativas y generalmente restrictivas.

El autor también recoge, en su análisis, la distinción hecha por L. A. Hart entre normas primarias y secundarias,⁸ al que le asigna un criterio discriminador funcional: la función de las normas de conducta es la de hacer posible la convivencia de individuos o grupos en los que cada uno persigue fines específicos, mientras que la función de las normas de organización es la de hacer posible la cooperación de individuos o grupos en los que cada uno persigue un fin común según su papel específico. Cuando Hart recurre a criterios funcionales para caracterizar los tres tipos de normas secundarias, se tiene como consecuencia que un sistema jurídico, en cuanto está compuesto de normas primarias y de normas secundarias, además de estructuralmente es distinto de un sistema normativo no jurídico.

Bobbio señala que el problema típico de todo análisis funcional radica en la relación entre estructura y función,⁹ donde no hay correspondencia biunívoca porque la misma estructura puede tener las más variadas funciones, así como la misma función puede ser desarrollada mediante distintas estructuras normativas.

8 Bobbio las refiere como normas de conducta y normas de organización, respectivamente.

9 Hart explica la estructura partiendo de la función (en el sentido de que el derecho tiene esa función porque tiene esa estructura) y no a la inversa, mientras que la Teoría General del Derecho de Kelsen explica la función (el mantenimiento del orden) a partir de la estructura (el derecho como ordenamiento de la fuerza).

V.III. Las funciones del derecho para Carlos María Cárcova

La primera cuestión que el filósofo argentino, exponente de la Escuela Crítica del Derecho, advierte es si se puede prescindir de la determinación y de la especificación del marco histórico del derecho para analizar su función social. Una institución, como una norma o una práctica jurídica, adquieren sentido en el sistema al que pertenecen. Cada formación histórica ha generado prácticas materiales y culturales heterogéneas, en las que ciertos discursos sociales adquirieron, según la etapa, un rol predominante o un rol subordinado respecto del resto de los otros discursos de la misma índole.

Cárcova observa que Raz y Bobbio consideraron las funciones del derecho atendiendo a las características que este posee en las actuales sociedades occidentales, centrales o desarrolladas. Dice que quien vea al derecho solo como un conjunto de normas, puede inclinarse a considerar lateralmente, o a no considerar, los componentes históricos.

Para la posición crítica, el derecho se visualiza como una práctica social específica que expresa, históricamente, los conflictos y tensiones de los grupos sociales y de los individuos que actúan en una formación social determinada. Entonces, para estudiar las funciones del derecho debe especificarse la formación social de que se trate.

Además de la cuestión histórica, el autor agrega al análisis la dimensión ideológica. El derecho es una práctica social, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es un discurso constitutivo porque asigna significaciones a los hechos y a las palabras. Esta operación está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere direccionalidad en relación con las formas en que esté efectivamente distribuido el poder en la sociedad. Es, en consecuencia, un discurso ideológico, en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres (Cárcova, 1988).

Cárcova dice que tanto Raz como Bobbio están pensando en el poder e incluso en formas en que este se adapta o cambia en el seno de una sociedad determinada. Y entiende que la deficiente caracterización que Raz y Bobbio hacen del marco teórico en cuanto a la relación poder-derecho conduce a algunos equívocos o, al menos, opaca lo que para la teoría crítica es el eje de la definición de la función del derecho, su carácter paradójal.

El discurso del derecho es discurso del poder. A través de él se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. Este derecho no es homogéneo, en tanto que es objeto de puja social y que, por ello mismo, su discurso contiene el de los dominados y el de los dominantes. Aunque haya siempre un discurso jurídico dominante, situando al derecho en una relación de poder, siempre hay otro derecho: si hay dominación hay resistencia.

Luego de este recorrido, las/os invito a reflexionar sobre la función social de la propiedad a partir del carácter paradójal del derecho y esta relación de poder de la que nos habla Cárcova.

VI. La función social de la propiedad. Reflexiones finales

A partir de la Constitución Nacional de 1949 y de la reforma de 1994, el concepto liberal de la propiedad es repensado atendiendo a la función social y a la necesidad de la intervención estatal.

El derecho de propiedad en sí mantiene su carácter de inviolable y, solo por excepción, puede privarse a alguien de él, y siempre cumpliendo un procedimiento específico (expropiación por ley previamente indemnizada o bien sentencia judicial). El derecho de propiedad incluye el uso, goce y disposición según la reglamentación razonable, pero con un criterio adicional y específico: el interés social (Etchichury, 2019).

Así, la función social de la propiedad consiste en la subordinación al interés social y en la tutela especial a ciertos bienes personales. La propiedad como título permanece, pero el uso y goce en ciertos casos –como el de los inmuebles sobre los que se asientan los barrios populares– sufre limitaciones en aras del bien colectivo.

Dada la importancia de los derechos tutelados, es necesario pensar en acciones conjuntas, propias de un federalismo concertado, que permitan formular planes conjuntos y coordinar soluciones integrales a los problemas habitacionales que son comunes a lo largo de todo el territorio nacional (Frías, 1980). Se trata de una toma de decisión a nivel horizontal entre los tres niveles de gobierno, que permitirá alcanzar la plena eficiencia de las medidas de fomento de la reasignación del dominio público, y la correspondiente utilidad al bien público.

La Resolución AABE N° 126/2021 pone de resalto cómo una administración racional y eficiente de los bienes del Estado es un activo clave para fortalecer las políticas sociales y redistributivas, concretizando la función social.

VII. Bibliografía

- Bidart Campos, G. (1996). Régimen constitucional de la expropiación. En AA. VV, *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, Tomo 3 (pp. 785 y ss.). Buenos Aires: La Ley.
- Bobbio, N. (1982). Dificultades con las que se enfrenta el análisis funcional del derecho. *Revista chilena de derecho*, 9(1). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649371>
- Cárcova, C. (1988). Acerca de las funciones del derecho. *Crítica Jurídica Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/issue/view/205>
- Etchichury, H. (2019). La función social de la propiedad en la Constitución argentina: Tres momentos del Siglo XX. *Revista de Historia Constitucional*, 20, 1036 y ss.
- Frías, P. (1980). *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial* (pp. 41 y ss.). Buenos Aires: Depalma.

- Marienhoff, M. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 5 (pp. 165 y ss.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayo sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9817>
- Salomoni, J. (2000). El Régimen del Dominio Público en la República Argentina: Un intento de reconstrucción dogmática. *Actualidad en el Derecho Público*, (14), 100 y ss.
- Sammartino, P. (2010). El régimen del dominio público y sus implicancias procesales En AA VV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho* (pp. 863 y ss.). Buenos Aires: Ediciones Rap.