

El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la propiedad privada

(el caso de la tutela del patrimonio cultural en la Provincia de Santa Fe, Rep. Arg.)

Cósimo Gonzalo SOZZO^(*)

Sumario

Introducción. Omnipresencia del modelo propietario clásico y protección del patrimonio cultural en Santa Fe. Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: 1° acto. Dicotomía público/privado. Propiedad pública y propiedad privada. El modelo de separación dicotómica. Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: Episodio II. La pérdida de nitidez de la distinción público/privado. Principio solidarista y contenido positivo del orden público. El movimiento de socialización. Modelo de frontera interna: la teoría del abuso del derecho. Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: III parte. La teoría de la función social de la propiedad. Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: IV estación. El modelo dialógico: sus implicancias sobre la comprensión de los límites al ejercicio de la propiedad privada. Globalización y la estrategia democratizadora de los poderes propietarios. Lo público y lo privado en la globalización. El problema de la concepción del Derecho Privado subyacente en producción normativa sobre patrimonio cultural. Perspectivas acerca del orden público. Los principios opuestos. Otras concepciones necesarias: el paradigma provisional de la convivencia. El regreso de las ideas propietarias y nuevos límites a la apropiabilidad. Democratizando la gestión de los bienes: nuevos patrones de apropiabilidad. Democratizando el ejercicio de los poderes propietarios: nuevas estrategias para ampliación de las decisiones respecto de los bienes. La constitucionalización del Derecho Privado. Proyección limitativa del derecho fundamental del patrimonio cultural sobre el derecho a la propiedad. Algunas experiencias legislativas criticables. La normativa de la ciudad de Santa Fe. La futura legislación provincial. Problemas no resueltos y necesidad de figuras jurídicas dialógicas. Nueve directivas posibles para una política de tutela de los bienes culturales.

Resumen

La tesis central de este ensayo es que el modelo explicativo de la teoría de la propiedad privada con base en la dicotomía público/privado se encuentra en una crisis terminal, lo que se evidencia cuando se enfrenta el problema de los bienes culturales y debe, por tanto, ser sustituido por un modelo capaz de dar cuenta de lazos de coordinación entre las diferentes especies que integran el

sistema propietario. Desde la óptica del patrimonio cultural, aquel modelo, es un obstáculo para su efectiva tutela, al mismo tiempo que una regulación del sistema propietario que atienda a los bienes culturales constituye una estrategia democratizadora del sistema propietario.

^(*) Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

Introducción

Existe un reclamo social vinculado a la tutela del patrimonio cultural, aunque muy ligado a la protección del patrimonio arquitectónico; así lo atestiguan manifestaciones como el “abrazo” al *Parque del Sur*, el debate en torno al color que debía darse al puente colgante reconstruido, el reclamo —que culminó juridizándose— de algunos vecinos para que no sea trasladado el monumento del *General Brigadier Estanislao López* a la *Plaza de Mayo*, el intento por preservar el patrimonio ferroviario de la ciudad, la lucha para que se restaure la llamada *Casa de la Cultura*. Estas acciones han sido protagonizadas por asociaciones profesionales, organismos estatales, Concejales municipales, asociaciones civiles, y activistas ambientales y culturales. Hasta cierto punto puede afirmarse que el problema se ha instalado en el debate público. El consenso gira alrededor de la necesidad de proteger el patrimonio cultural y el medio ambiente urbano. Esta tendencia, sin embargo, no ha logrado instalarse definitivamente, aunque no puede dejar de reconocerse —al mismo tiempo— la existencia de avances parciales en el campo institucional como sin dudas es la creación de una repartición municipal en la ciudad de Santa Fe encargada del problema, las sanciones de algunas normas de orden municipal, de una ley marco en el orden provincial y por último, la existencia de proyectos de una ley provincial para la tutela del patrimonio cultural.

Entre las diversas causas de esta falta de consolidación de una política pública de protección del patrimonio cultural y de instrumentos técnicos que la sustenten, subyace la subsistencia de una concepción de la propiedad privada (en todos los actores) anclada en el paradigma individualista e inserta en la dicotomía público/privado. Estas ideas deben ser superadas; la salida es la democratización del sistema propietario.

Omnipresencia del modelo propietario clásico y protección del patrimonio cultural en Santa Fe

El principal problema que se desprende de los diálogos que políticos (concejales de la *Municipalidad de la Ciudad de Santa Fe* funcionarios del Poder Ejecutivo municipal y provincial), abogados, arquitectos, historiadores, expertos en gestión cultural, etc. mantienen en diversos eventos formales e informales —promovidos por la dirigencia política municipal y provincial— es el de la posible afectación del derecho a la propiedad privada de quienes son titulares de bienes que resulten incorporados al régimen de protección diferenciada del patrimonio cultural.

En pocas palabras, el problema es que aún los sectores progresistas que plantean la protección del patrimonio cultural, culturalmente se encuentran atravesados por el discurso propietario más duro.

Si bien los discursos de los diferentes actores presentan matices, pueden identificarse tres líneas discursivas. Primero están aquellos que vaticinan una “avalancha” de acciones de amparos promovidas por los propietarios a quienes se les estaría “expropiando” sus facultades dominiales, ante las que la autoridad provincial o municipal se encontraría inerte. Estas ideas son sostenidas por los profesionales del derecho en general y es predecible que puedan ser avaladas judicialmente. Este planteo se incardina con la argumentación —segunda línea— que hace más de una década se sostiene desde el discurso oficial, presente entre quienes cumplen la función de administrar fondos estatales, sean provinciales o municipales, de que el Estado no cuenta con recursos para este tipo de “aventuras” sino sólo para atender cuestiones a las que llaman “básicas”, entre los que no se cuentan la educación y la cultura. Por último, se encuentran otros que fundándose en las experiencias de los países del *primer mundo* y aún de otras provincias impulsan denodadamente la imposición de obligaciones propias del régimen de protección diferencial, confiados en la replicabilidad de dichas experiencias —activistas culturales.

Pese a que algunos discursos son favorecedores del desarrollo de la tutela del patrimonio cultural

y otros no, es común el convencimiento de que con el establecimiento de un régimen diferencial de protección a los bienes del patrimonio cultural se estará afectando la propiedad privada. Esta idea se basa en la fuerte raigambre cultural del modelo clásico de la propiedad privada y, en parte, en la falta de difusión –y por ciertas carencias que presenta aún el desarrollo– de las ideas más actuales que procuran armonizar este derecho con otros derechos fundamentales colectivos y que, en definitiva, conduce al inmovilismo en la materia.

Es que sostenemos como una tesis de fondo que el modelo del Derecho Moderno actúa como un elemento inhibitor de prácticas y políticas sociales libertarias (al decir esto tenemos muy presente la obra de Boaventura de Sousa Santos). Esta constatación conduce a la idea contraria: el derecho –como técnica que es (y, a no dudarlo, sólo eso es)– no sólo puede sino que debería contribuir a un proyecto emancipador. El derecho puede desempeñar un rol en el diseño técnico de las instituciones sociales (conf. Unger Roberto Mangabeira, 1996).

En cuanto a la propiedad, el derecho puede contribuir al ideal emancipador desarrollando construcciones técnicas que sustenten el discurso político/social en temas de medio ambiente, bienes culturales y disposición del cuerpo humano. Es necesario construir una política emancipadora en materia de propiedad privada a partir de los bienes colectivos, y para ello se requiere de un discurso jurídico acorde.

A continuación ensayamos un recorrido por los diferentes estadios sub-paradigmáticos por los que ha atravesado el discurso jurídico acerca de la propiedad privada, dirigido al desmoronamiento de aquellos presupuestos que sustentan el argumento de la afectación de la misma.

Modelo Propietario	Paradigma de Separación Dicotómica	Paradigma de Frontera Interna	Paradigma de Complementariedad	Paradigma Dialógico
Público/privado	Separación tajante	Separación dicotómica	Separación difusa	Separación/comunicación
Estado(funciones)	Garante	Garante	Interventor	Mediador
Público: rol estructural	Externo	Externo	Elemento estructural	Elemento del sistema/ externo
Público: rol funcional	Ninguna	Delimitadora	Complementaria	Opuesto/complementario
Función social	Poco protagonismo	Poco protagonismo	Aumento de protagonismo	Gran protagonismo
Poder de decisión	Absoluto	Relativo	Relativo	Relacional
Estadio	Institucionalizado/histórico/cultural	Institucionalizado/vigente	Institucionalizado/vigente	Emergente

Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: acto 1°

Dicotomía publico/privado

La existencia de dos esferas, una pública y otra privada, es una de las características de la modernidad, de su discurso político. En la esfera privada, actúan los individuos; en la de lo público lo hacen los ciudadanos que poseen derechos frente al Estado. Una de las áreas es eminentemente política: la pública; la otra, esencialmente neutra o apolítica. Estas ideas tuvieron su correlato en el nivel jurídico.

Este modelo es defensivo de lo privado frente a lo público. En esta concepción la Constitución es un instrumento de defensa de los individuos frente a los eventuales abusos del Estado (lo público). La primera modernidad procuró lograr la autodefinición de los individuos y en el camino hacia la consecución de este objetivo, esta dicotomía contribuyó desde el ámbito del derecho.

Así, el Derecho Privado se diseñó tomando la dicotomía absoluta—carente de canales de diálogo—entre lo público y lo privado que es una de las ideas básicas del proyecto de la modernidad (Santos, Boaventura de Sousa, 2001:273).

En efecto, esta distinción en el plano social tiene su correlato en el plano jurídico donde existe una esfera pública y otra privada o privativa.

Con la modernidad aparece la relación entre el individuo y el Estado, y la consecuente necesidad de coordinarla y regularla garantizando al individuo sus derechos frente al Estado. En el derecho, esta tarea la llevaron adelante las constituciones que se ocuparon de regular básicamente los derechos del individuo frente al Estado (Derecho Público). Paralelamente, el Derecho Privado fue concebido como el conjunto de disposiciones puestas a criterio de los individuos/ciudadanos para que éstos las utilicen libremente.

Esta distinción moderna entre lo público y lo privado se da también en otro plano: en el ámbito de lo público, el Derecho Público se ocupó de la cuestión de la regulación de las relaciones de poder, mientras que el Derecho Privado, partiendo de la ficción de que todos los hombres son iguales frente a la ley (igualdad formal), no se encargó de regular las relaciones de poder en su interior ya que consideraba (ficciosamente) que le eran ajenas. Es decir, se despolitizó el Derecho Privado ocultando las relaciones de poder existentes entre los individuos.

El Estado se despolitizó mediante la estatización del derecho. Luego, la distinción Derecho Público/Derecho Privado fue construida siguiendo la *ilusión de que el derecho privado es un derecho no estatal* (Santos, 2001:143). Esto significó despolitizar el Derecho Privado (y también el Estado); alienó el problema del poder respecto del Derecho Privado confinándolo a la esfera del Derecho Público. En cierta forma, la idea de que el Estado puede intervenir en el contenido contractual y en la propiedad privada importa una revisión de esta ficción y el reconocimiento de que el poder es un problema no sólo del Estado sino también de los particulares.

La sociedad civil en el ámbito privado regulaba libremente las relaciones económicas.

La distinción de lo público y lo privado también se encuentra presente en la teoría del contrato en la que se dió prevalencia a lo privado soslayando el costado público que, en la teoría clásica del contrato, estaba confinado a desempeñar sólo un rol suplementario (a través de la idea de orden público, en la teoría de la interpretación con el principio de buena fe, en el sector de los cuasicontratos, en la teoría del objeto y la causa, etc.) bajo la creencia de que si en la primera prevalece lo privado es *o controlada por las partes, garantiza la autonomía individual o libertad, pero si fuese pública o controlada por el Estado, infringiría la autonomía individual* (Dalton, 1985).

Para los *ius privatistas* el panorama era claro: aquí lo privado, allá lo público.

A su tiempo esta dicotomía constituye para los operadores del Derecho Privado una matriz teórica de análisis de los conflictos, pues se los enfoca desde el umbral de la mayor realización posible de los intereses privados con el límite que proviene del interés general.

Propiedad pública y propiedad privada

Durante centurias primó la idea de que existe una propiedad pública y una propiedad privada. Esta dicotomía es propia del Derecho Moderno y quedó plasmada en los códigos decimonónicos (artículos 2.339, 2.340, 2.342, 2.344 y 2.347 del Cód. Civ. argentino). Esta dualidad caracterizó al régimen jurídico moderno de la propiedad. Es el primer *sistema propietario*. Si bien la propiedad pública importa que el sujeto titular de la misma es el Estado y la propiedad privada corresponde a los particulares, este criterio de distinción por el sujeto no es perfecto pues ocurre en ocasiones que bienes apropiables por los particulares revisten un interés general por tratarse de bienes productivos (Perlingieri, 1991:432).

Desde la perspectiva de la propiedad privada esta duplicidad importó porque el único límite a la apropiabilidad de los bienes estaba dado por los bienes públicos que tienen como característica ser

inenajenables. En el discurso propietario individualista, la propiedad privada se vincula con la libertad de la persona en la que se fundamenta.

Esto hizo que, en el contenido de la propiedad privada el goce libre de los bienes por el titular fuera natural. En otros términos, la libertad de decisión del propietario es total ya que no resulta vinculante para los terceros se guía por un principio autoritario; en cambio las decisiones públicas, por ser vinculantes, son tomadas mediante mecanismos democráticos.

Esta diferenciación entre propiedad pública y privada enfrenta hoy un problema fundamental con las concesiones administrativas para la explotación de bienes del Estado destinados a la producción (como una empresa petrolera que se privatiza o se hace lo propio con el servicio de agua, etc.). Se trata de bienes de propiedad pública pero sujetos a la explotación privada, por la que los particulares adquieren fuertes prerrogativas; un verdadero *poder propietario*.

Mas allá de esto, resultó desde siempre difícil poder hallar los datos comunes que permitan hablar de la existencia de una cierta unidad en el sistema propietario. Parecería que son más las diferencias, que el fondo común entre las distintas clases de propiedad (Perlingieri, 1991:432).

El recorrido que sigue procura mostrar el estadio en el que se encuentran enclavados los discursos existentes en la ciudad de Santa Fe acerca del patrimonio cultural y, al mismo tiempo, dónde deberían estar.

He secuenciado la novela de la propiedad privada como background necesario a los fines de tratar el problema territorial del patrimonio cultural en la Provincia de Santa Fe y el teórico: la dicotomía público/privado.

El modelo de separación dicotómica

Un primer modelo propietario que se incardina con las ideas anteriores es el que denomino modelo de la separación dicotómica.

En este modelo lo público da la espalda a lo privado y viceversa; cada uno se mira a sí mismo y no se interesa por *el otro*. Esto es así porque se basa en una concepción ultraindividualista de la propiedad privada que es la más difundida y enraizada culturalmente en la sociedad argentina. Esto se demuestra por el hecho de que todas las corrientes de opinión o discursos que intervienen en el debate acerca del patrimonio cultural la admiten como un presupuesto, aunque con matices. Y lo hacen así —como *background*— pues aún los discursos más progresistas se hacen (cargo hasta internalizar los temores) que las limitaciones provenientes de coordinar el derecho al disfrute del patrimonio cultural pueda imponer a la propiedad privada.

En el modelo propietario de la separación dicotómica lo público y lo privado aparecen tajantemente separados. No existen canales de comunicación entre ambos y funcionan independientemente. Resulta difícil vislumbrar aquí un modelo único, la apariencia es de dos esferas separadas autónomas. En verdad, responden a una misma lógica: la que imponía la filosofía liberal individualista.

El Estado aparece como un garante del funcionamiento absolutamente libre de la propiedad privada; custodia el poder de decisión absoluto de los particulares y procura no intervenir en las relaciones propietarias; la Constitución garantiza esa no intervención; los derechos que la misma consagra constituyen una artillería defensiva de los particulares frente al Estado.

Visto el sistema propietario desde la perspectiva de la propiedad privada lo público no resulta un componente o elemento, sino un fenómeno externo. Así, lo público no juega rol alguno para lo privado; nada aporta a la construcción de la idea de la propiedad privada mas que el blanco lo hace con el negro.

Ahora bien, detengámonos un instante en la noción de orden público que consagran los códigos de Derecho Privado.

La existencia de un orden público es admitida por todos los autores como un principio general del Derecho Civil. El término orden público aparece por primera vez en el Derecho Moderno de la mano

del Código Civil francés de 1804 que en su artículo 6 señala que: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

El establecimiento de este principio se motiva en la creencia de la necesidad de limitar los excesos de la autonomía de la voluntad en el diseño que le habían dado los iusnaturalistas que *consideraban vinculables todos los convenios, por el hecho de haber sido queridos y por respeto a la libertad individual*; posición extrema, con la cual no comulgaban los autores del *Code* que, en consecuencia, decidieron imponerle un límite: las leyes en las que estuviera interesado el orden público (De Castro, 1982:1019-1020). Igual fórmula puede encontrarse en el Código Civil argentino en su artículo 21. La idea básica (y que Portalis expresa al defender el proyecto del artículo 6 del *Code*) es que los particulares, las normas convencionales que éstos crean, deben estar sometidas a la ley del Estado.

De todas formas entre la posición de los ius naturalistas no católicos y la opinión de los autores del *Code*, se optó por una fórmula intermedia: en efecto, se dice en el artículo 6 citado, que sólo prevalecen por sobre la voluntad de los particulares las leyes en las que está interesado el orden público y no aquellas en las que está interesado el orden privado.

Siguiendo esta línea, el Código Civil argentino establece en el artículo 21: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". Lo cual significa que estas normas son indisponibles para las partes. En el ámbito de la propiedad y de los derechos reales, la idea se plasmó en la teoría del *numerus clausus* y de los límites de la propiedad.

A partir de su recepción en la etapa de la codificación, la idea de orden público ha obligado a los hombres de derecho a la difícil tarea de precisar sus contornos conceptuales y de establecer su forma de funcionamiento; así desde aquellos tiempos hasta la actualidad, jueces, profesores y autores no cesan de dar definiciones acerca del orden público.

Con gran exactitud se encarga de destacar Federico De Castro el *concepto* de orden público es empleado en el ordenamiento jurídico en un sentido que se aparta demasiado de la noción vulgar de aquél mismo; además, por tratarse de un concepto que *carece de base sociológica*, siendo por el contrario, una pura abstracción jurídica, resulta más difícil de conceptualizar que aquellas nociones que sí cuentan con un respaldo fáctico; ambas circunstancias han contribuido al hecho de que la doctrina, unánimemente, se ocupe de destacar que se trata de un concepto que es harto difícil de configurar y ello, a su vez, a que los mismos autores hayan ensayado una innumerable cantidad de definiciones al respecto.

En efecto, no aparece tan claro entre los autores qué debe entenderse por orden público, pudiendo identificarse diferentes tendencias conceptualizadoras.

Por ello, con muy buen tino, la doctrina nacional en un reciente encuentro ha preferido concentrarse en el *contenido* de la expresión orden público y en sus funciones o virtualidades prácticas, más que en tratar de ponerse de acuerdo en torno a un concepto técnico de él. El encuentro de marras es el *IX Encuentro de Abogados Civilistas llevado a cabo en la ciudad de Paraná (Entre Ríos) en el año 1995*, cuya *Comisión N° 1* se ocupó de la problemática del orden público concluyendo que: *El orden público es el conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico de un país en un momento determinado de su evolución histórica, y que El concepto es inmutable, no así su contenido, que puede variar al modificarse la legislación que contiene esos principios fundamentales.*

Como todo principio, permite conectar el sistema jurídico con el sistema de valores. Desde esta perspectiva se debería referir a ella gráficamente como una disposición de *textura hiper abierta*, pues, conecta con una pluralidad de valores al mismo tiempo.

Es una *norma de textura abierta*, pues contiene una expresión lingüística que posee varios significados, siendo que éste que acabo de reseñar ingresa en la periferia conceptual de dicha expresión.

Pienso que la idea central que encierra el orden público es que debe tenerse en cuenta en ciertas circunstancias el interés de los ciudadanos en general y no tanto el interés de un individuo o de un grupo por sobre el de los otros.

La idea de la que parte el Derecho Privado, es que las personas deben actuar sobre la base de su propio interés procurando que esa forma de actuación sea admitida como el modo en que los demás actúen en relación con uno. Y se agrega, completando el núcleo del sistema: siempre que no perjudique el interés general, con lo que en realidad, se completa el postulado básico del individualismo: actuar de modo que la acción individual pueda transformarse en ley general del obrar.

En otro orden de ideas, el orden público constituye —por las características antes referidas (norma hiper abierta)— una anticipación del modo en que hoy día funciona la explicación judicial en los casos de Derecho Privado.

Tal como se encuentra esbozado en el ordenamiento jurídico argentino, constituye sólo un límite a la autonomía de la voluntad (artículo 1197 del Cód. Civ.): las partes tienen libertad creadora —es decir, una libertad positiva— pero sólo pueden ejercerla en el sector en que las leyes de orden público les permiten.

Esta concepción del orden público es la que se compatibiliza con la visión voluntarista e individualista de la autonomía de la voluntad; en ésta, la noción del orden público es formulada en forma negativa, en el sentido de que no impone contenidos ni obligaciones positivas.

De esta forma, el orden público completa el esquema del Derecho Privado moderno complementando la idea de libertad en el ámbito contractual; tal es así que algunos autores entienden que el orden público es un límite inherente, intrínseco a la autonomía de la voluntad, quizás el más importante, podría agregarse.

Esto, sumado a la formulación negativa de la libertad contractual me lleva a sostener la tesis de que la evolución del Derecho Privado en cierta forma puede ser contemplada a través del estudio de los cambios en el sector del orden público.

El orden público ha sido calificado como una cláusula general de la ley (De Castro, 1982:1029 y sgtes). Ubicado al lado de la buena fe, la equidad, el abuso de derecho, las buenas costumbres, el *standard* del buen padre de familia, etc. Sin embargo, se trata de instituciones diferentes en su naturaleza.

Algunas de ellas son simples *estándares*, verbigracia, las buenas costumbres o el buen padre de familia, otras, como el orden público, verdaderos principios generales del Derecho.

Es necesario despejar esta confusión. Debe diferenciarse el nivel de las formas (reglas/estándares) del de la sustancia (individualismo/altruismo) en la Teoría Contractual (Kennedy, 1976). No obstante reconocer que existe una relación entre ambos niveles, no hay nada que indique que el altruismo o el orden público deben establecerse con forma de cláusulas generales (Kennedy, 1976).

A su vez, el orden público encierra el conjunto de principios generales que se posicionan en frente del de la autonomía de la voluntad, como quedó de manifiesto en la observación antes transcrita del profesor Federico De Castro o en la exposición de *Portalis* al presentar el artículo 6 del Código Civil francés (De Castro, 1982:1019).

El orden público se muestra así como el opuesto complementario de la autonomía de la voluntad o, si se quiere, como el límite o conjunto de límites de la voluntad individual.

El orden público más que un principio general es *el revés de la autonomía individual* que se encuentra configurado por un conjunto de principios que consagra derechos. Se trata de una *categoría residual*.

Más aún, si el orden público importa poner en conexión el ordenamiento positivo con los valores sociales, políticos, económicos y morales de la sociedad; el orden público es de alguna manera una especie de recipiente de los valores sociales que no sean el de la libertad.

Así se afirma que el orden público existe respecto de una norma concreta, cuando dicha norma encierra un valor superior respecto de otra que, también es imperativa, pero recepta un valor de menor peso relativo, por lo que en el conflicto entre ambas, el decididor debe inclinarse por la primera.

Como corolario de lo anterior, la configuración definitiva del principio de autonomía de la voluntad vendrá dada por el contenido que los jueces otorguen al orden público en un lugar y en un tiempo dados.

Todo lo que tradicionalmente se ha estudiado bajo la noción de orden público, ronda principalmente la idea de que este instituto jurídico actúa como límite a la autonomía de la voluntad, sin

perjuicio de las otras funciones que se le reconocen.

A este tipo de orden público modernamente la doctrina civilista denomina *orden público de coordinación* pues la finalidad que persigue es precisamente la de *coordinar la autonomía privada, que encarna propósitos individuales, con los valores colectivos. Dentro de esta cuadrícula axiológica, se refiere a principios mínimos: la persona, atributos, la moral y las buenas costumbres, la libertad de comercio, la religión. Se trata de un *mínimum inderogable*. (Lorenzetti, 1995:477).*

Esta coordinación, dentro del sector del Derecho Civil referido a los Derechos Patrimoniales, se manifestó tradicionalmente a través de la noción de objeto de las obligaciones y del contrato (artículos 953, 1067, 1068 y 1069 del Cód. Civ.), entendido este último como la operación jurídica considerada, o de causa fin objetiva –para quienes adhieren a esta posición–, con sus caracteres de posibilidad y licitud y, a instancias de la Doctrina, de la noción de causa fin subjetiva.

Luego en la resolución de los casos concretos presentados ante los tribunales vinculados a dichos temas, la noción de orden público apareció íntimamente vinculada a las de moral y buenas costumbres, que funcionaban procurando otorgarle un contenido más concreto.

En materia de propiedad privada esta coordinación de intereses individuales se realiza a través de las *restricciones y límites al dominio* y de las *inmisiones inmateriales*.

Así la propiedad privada “reconoce” el orden público a través de la idea de restricciones al dominio impuestas por el derecho administrativo y los demás derechos dominio.

En el modelo propietario dicotómico no hay función alguna reservada a lo social.

El modelo propietario decimonónico es absoluto, en cuanto los poderes propietarios del titular son totales; la voluntad, el querer del propietario campea sin fronteras: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” reza el artículo 2506 del Código Civil argentino. No reconocen límites ni fronteras; ello se vincula al entendimiento de que los bienes solo sirven para satisfacer necesidades individuales y no grupales ni generales. Por ello el propietario puede hacer con la cosa literalmente lo que quiera. La cosa sólo a él sirve. Por otro lado el carácter absoluto de la propiedad privada decimonónica se vincula también con la libre apropiabilidad de cualquier bien por cualquiera. Todo es susceptible de apropiación, al menos como regla general. El codificador argentino lo explica en la nota al artículo antes citado cuando señala que: *El código francés, art. 544, define la propiedad diciendo que: ‘La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta’. Este artículo, en lugar de dar una verdadera definición, hace más bien una enumeración de los principales atributos de la propiedad, una descripción de ese derecho (...)*”; así mismo el artículo 2513 en la versión original de Velez decía “Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según un la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos”. Es decir que, sin límites, el propietario puede usar, gozar, disponer e incluso degradar y destruir la cosa sobre la que ejerce su derecho dominial.

Es un derecho exclusivo de usar, gozar y disponer de la cosa dentro de los límites y con la observancia de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.

La exclusividad se refleja en el derecho de exclusión de los otros (para lo cual el propietario cuenta con la acción negatoria); sobre una misma cosa no puede existir más que un sólo derecho de propiedad; *La exclusividad se ve en la inviolabilidad del confín* (Trabucchi, 1995:415-417).

La propiedad privada es además perpetua según el entendimiento general.

La idea de propiedad en los códigos decimonónicos se vincula directamente con la de libertad y con el desarrollo de la persona: *La definición de la propiedad como proyección de la personalidad tiene su origen en la Revolución Francesa que identificó la libertad con la propiedad y la configuró como actuación de la libertad* (Perlingieri, 1991:433).

La regulación del derecho de propiedad civil supone un régimen de adquisición, de ejercicio (facultades de usar, gozar, disponer, destruir) y de extinción. El goce *no es un concepto unívoco ni homogéneo* y se encuentra ligado a la idea de inmediatez entre el bien y el sujeto titular (Perlingieri, 1991:437). La facultad o poder de disposición –por su lado– consiste en la capacidad para dar al bien el destino que se quiera.

La propiedad privada es *tendencialmente ilimitada* (Barcellona, 1996:257), por ello *resulta imposible establecer positivamente las singulares modalidades de manifestación* (Barcellona, 1996:257).

Se trata de un derecho completo o pleno en pleno en el sentido que allí donde faltan límites precisos *el propietario puede hacer lo que quiera* al menos en principio (Trabucchi, 1995:415).

Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica como la de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país (que ha tenido muy presente la jurisprudencia americana en este tema) ha evolucionado desde una etapa en la cual no se admitía judicialmente (y por ello sistemáticamente se las declaraba inconstitucionales) que el Estado por vía legislativa realizara restricciones a la propiedad privada y a la libertad contractual a manos del principio de orden público, hacia un modelo que, mediante la intervención estatal en los contratos, permite el recorte de los mencionados principios en función del interés general que subyace en la idea de orden público (“Avico c. De La Pesa” fallos 172:21(1934); Peralta, Luis c. Estado Nacional”; “Videla Cuello”, fallos 313:1648, (1990)). La visagra que separa ambos períodos es para algunos la crisis económica del año 30. En otro plano de lectura, este paso marca el cambio de un modelo formalista en la teoría contractual hacia otro materialista en términos weberianos (conf. Morton Horowitz).

Esta jurisprudencia sobre emergencia económica si bien no significa –a mi entender– un cambio en el modelo propietario, puede verse como un dato más que coadyuvó a gestar dicho cambio y erran quienes sostienen que el cambio se produjo a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia “Ercolano c/ Lanteri” que es de fecha anterior a los citados precedentemente.

La relación entre propiedad civil y propiedad constitucional en este modelo no es de identidad.

Los códigos civiles siempre estuvieron disociados de las Constituciones; en efecto, mientras que aquellos contenían el proyecto social (Código Civil) –aunque no carente de implicancias económicas, ya que regulan relaciones como las familiares y laborales o de servicios, de las que resultan consecuencias económicas– y el modelo comercial-económico (Código de Comercio), la Constitución plasmaba el programa político-institucional del país.

En la regulación que se pretende establecer en la provincia de Santa Fe en materia de patrimonio cultural existe una desconsideración del derecho fundamental al patrimonio cultural. El problema es la concepción del Derecho Privado subyacente. Se destaca en la argumentación de algunos actores sociales un anclaje en un modelo del Derecho Privado que entendía que básicamente existe una idea rectora que es la libertad y límites a la misma como el orden público o la propiedad privada que constituye un derecho máximo que sólo posee límites intrínsecos en el ejercicio regular. La explicación de la decisión pudo haberse hecho perfectamente en el estadio actual de nuestro Derecho Positivo, desde el paradigma del Derecho de Propiedad que recoge nuestra Constitución Nacional, cuando reconoce el derecho al disfrute ciudadano del patrimonio cultural y al medio ambiente.

En correspondencia con este modelo propietario, en la ciudad de Santa Fe se reguló el problema del patrimonio cultural intentando protegerlo mediante la estatización. Esta vieja idea se encuentra muy arraigada en la tradición de naciones como la nuestra en las cuales el Estado ha jugado siempre un papel, mas que protectorio, paternalista. Bajo la lumbre de estas ideas, en relación a la preservación del patrimonio histórico y arquitectónico, se pensaba que el mecanismo de tutela debía consistir en “pasar” los bienes del dominio privado a manos del Estado mediante la figura de la expropiación. El problema fue que el Estado no contaba con los fondos necesarios para realizar las expropiaciones necesarias. Un claro ejemplo de la concepción es el artículo 3 de la ordenanza 8748 (derogada por la Ordenanza 10.115) de la ciudad de Santa Fe que rezaba: “El Departamento Ejecutivo Municipal, a

propuesta de la Comisión, dispondrá las medidas necesarias para declarar de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés cultural, histórico-artístico, a los efectos de su posterior expropiación, conforme las normas de la materia; o se acordará con el respectivo propietario el modo de asegurar los fines propios de esta Ordenanza”.

Solamente en la parte final de esta norma, ocupando un lugar subsidiario de la expropiación, y sin una designación específica, surge como una posibilidad dentro del mecanismo genérico previsto, el establecimiento de una eventual colaboración entre Estado y los particulares en la conservación del patrimonio cultural.

Asimismo también las reglas relativas a bienes muebles se inscribían dentro de esta tesis: “Ningún objeto mueble o documento histórico podrá salir del municipio, sin intervención de esta Comisión, la que en su caso, de considerarlo conveniente, en un lapso mínimo de tiempo, hará las gestiones necesarias para su adquisición, por razones de interés público, y con destino a los museos de la Ciudad” (Artículo 7 Ordenanza N° 8748, derogada por la Ordenanza 10.115).

Sólo una disposición parece contradecir esta línea de pensamiento plasmada en la normativa antes vigente, me refiero al artículo 6 de la Ordenanza N° 8748 que reza: “Los propietarios involucrados, podrán solicitar la cooperación necesaria para la conservación, reparación o restauración de los mismos”.

En el Derecho Privado moderno la propiedad privada reconoce límites provenientes de lo público y en razón de las mismas relaciones privadas. En el primer orden, se admite que la propiedad privada puede quedar expropiada por el Estado, pero únicamente por razones de *utilidad pública*, con el único límite de la no confiscación. El derecho de propiedad puede ser reglamentado, pero nunca anulado o destruido. El límite entre uno y otro campo lo marca la idea de razonabilidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha empleado todo el siglo XX para perfilar estas ideas con motivo de tener que resolver planteos de inconstitucionalidad vinculados a diversas leyes de emergencia económica. Estas cuestiones limítrofes entre el campo de la propiedad privada y los intereses generales pusieron (en el plano disciplinar del derecho) en relación al derecho privado con el derecho administrativo que además de los límites anteriores aportó el grupo de restricciones y límites al dominio por razones de interés general (artículo 2611 del Cód. Civ.). Las ordenanzas municipales como los códigos de edificación y de zonificación imponen límites a la propiedad privada, específicamente al derecho de edificación, con fundamento en la tutela de la salubridad pública.

También existen límites provenientes de los mismos intereses particulares. Son las restricciones la dominio establecidas en función de la necesidad de ajustar la convivencia entre vecinos. Son límites potenciales que operan cuando surge un conflicto concreto con otra propiedad privada y, por tanto, no contradicen el carácter tendencialmente ilimitado.

Este tipo de limitaciones, son externos al derecho de dominio *porque no operan sobre el contenido del derecho, pero tienden a establecer confines al ejercicio del derecho y en vía específica* (Bacellona, 1996.260).

Las restricciones y límites al dominio fundados en intereses particulares forman parte de un orden público de coordinación.

También las inmisiones inmateriales limitan el ejercicio del dominio y la expropiación por razones de utilidad pública. En efecto, el instituto de la expropiación por causas de utilidad pública constituye una limitación al poder de disponibilidad de las cosas sujetas al dominio privado (Capella, 1997: 198).

Este sistema predominó en el país hasta la modificación en 1968 por la Ley N° 17.711 donde se introdujo la teoría del abuso del derecho en el artículo 1071 y en el artículo .

Este modelo de la propiedad privada inspiró las regulaciones de tutela del patrimonio cultural en la ciudad de Santa Fe. Un antecedente de las incumbencias municipales sobre estas materias que aquí abordo se encuentra en la *Ley Orgánica de las municipalidades* (N° 2.756) que establece: *Artículo 39. Son atribuciones y deberes de los concejales municipales: En materia de obras públicas le compete: 29. Cuidar la conservación y mejora de los monumentos públicos y en general de toda obra municipal.* En la ciudad de

Santa Fe han existido numerosos intentos preocupados por nuestro patrimonio histórico y arquitectónico ciudadano. Los enunciamos brevemente: a) Ordenanza N° 8748. b) Ordenanza N° 9321. c) Ordenanza N° 10.115. Este último cuerpo normativo derogó íntegramente la ordenanza N° 8748 y toda otra norma que se le oponga (conf. Artículo 22 Ordenanza 10.115).

Además como se dijo, el modelo propietario clásico subyace en el discurso de todos los operadores involucrados en el debate en torno de la tutela del patrimonio cultural, ya sea porque es empleado como fundamento para quienes se oponen a limitaciones a la propiedad privada en razón del patrimonio cultural y la necesidad de hacerlo llegar a todos los ciudadanos; sea pues existe una actitud temerosa –que no deja de tener ciertos fundamentos, dado que se sospecha que esta es la concepción prevaleciente también en la magistratura– en el grupo de quienes apoyan la regulación de la protección del patrimonio cultural. Este temor quedó plasmado en el artículo 3 de la nueva normativa Ordenanza N° 10.115: “Art. 3º: Carácter y efectos de la afectación: La afectación dispuesta en esta ordenanza, importa sólo una mera restricción administrativa del dominio, manteniéndose el pleno ejercicio del derecho de propiedad de los bienes por parte de sus propietarios, sin que se otorgue a éstos derecho a percibir indemnización o compensación alguna”.

Es esta imagen de la propiedad privada –a todas luces falsa– la que proponemos desterrar a través de la exposición crítica de aquellas herramientas conceptuales que el propio sistema jurídico argentino nos proporciona.

Por último, corresponde dejar apuntado que en este modelo, la extraneidad de los límites fundados en intereses generales o públicos deja intacta la separación entre lo público y lo privado.

Evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: II episodio La pérdida de nitidez de la distinción público/privado

Una consecuencia de haberse producido la intervención estatal en materia económica –en el instrumento por excelencia que el derecho moderno entregó a los particulares para desarrollar su vida económica: el contrato, y los casos de intervención directa del Estado (vgr., prestando servicios públicos a través de empresas públicas)– es la pérdida de nitidez de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

Esta pérdida significa (y en verdad esto es lo relevante) que no se trata –como lo postulaba el derecho moderno– de una dicotomía fija e inamovible sino fluctuante y flexible y, fundamentalmente, cambiante. En otro plano, este hallazgo pone de manifiesto, a su vez, la naturaleza histórica de la diferenciación público/privado que se construyó en la modernidad.

El período del capitalismo organizado (finales del s. XIX) tuvo grandes implicancias en el campo jurídico, pues la aparición del keynesianismo, el Estado providencia y el fordismo, condujeron al desarrollo de nuevos campos jurídicos caracterizados todos ellos por la combinación de elementos del Derecho Público y de Derecho Privado, tales como el derecho del trabajo, el derecho económico (Santos, 2001:149)

La idea de la teoría *ius privatista* clásica fue suprimir la presencia de lo público del discurso de la teoría contractual mediante o bien una confusión de lo público con lo privado en la cual lo público es presentado como privado, o bien por una separación artificial de lo público respecto de lo privado que distrajo la atención del elemento público del territorio protegido de lo privado a través de la focalización de la atención en la demarcada y limitada arena pública (Dalton, 1985).

Instituciones, como el control de contenido indirecto, que son presentadas como pertenecientes al núcleo de la teoría contractual clásica, y, por tanto, como esencialmente privadas en el sentido de que contribuyen al respeto del gobierno de las partes del contrato, se encuentran incididas en su funcionamiento por puntos de vista públicos o de interés general que tiene el operador jurídico a la vista. Al

mismo tiempo, los mecanismos de control directo del contenido, que provienen del costado público de la teoría contractual, por ejemplo: el juez al integrar el contrato luego de tener por no escrita una cláusula, si bien debe recurrir al derecho supletorio no puede dejar de tener en cuenta cuál es el contenido básico del contrato. Estas observaciones hacen pensar que asiste razón a Clare Dalton cuando sostiene que *todo contrato es público como es privado* (1985).

El abandono de la idea de Estado de Bienestar con el renacimiento de modelos neoliberales es el segundo fenómeno que pone en crisis la idea del Derecho Moderno y de la codificación. Como fue señalado, el derecho moderno se basó en la distinción público/privado; quedando el primer ámbito reservado al Estado y el segundo, al particular. La crisis del Estado y el proceso de privatización del espacio jurídico condujeron a la necesidad de rediseñar las constituciones en este sentido, privatizándolas también, estableciendo reglas de resolución de conflictos entre particulares.

Principio solidarista y contenido positivo del orden público

La solidaridad constituye un valor fundamental del Derecho. Fundamenta indirectamente derechos por medio del establecimiento de deberes; actúa reforzando y potencializando la igualdad y hasta la libertad moral (Peces-Barba Martínez, 1995:269-282). Hay, evidentemente, un puente de unión entre este valor y el principio de protección.

De una concepción limitada y negativa del principio de orden público, como la que tenía dentro de la concepción individualista de los códigos decimonónicos (vid. el primer modelo descrito), comienza a evidenciarse una importante expansión, plasmada a través del influjo que le proporcionará el advenimiento de la corriente filosófica solidarista que sujeta el contrato y la propiedad al postulado del bien común.

En otros términos, el principio de libertad comienza, poco a poco, a verse limitado por obra del *principio de la función social*.

En el sector del Derecho Privado, dentro del ordenamiento argentino vigente, ello ha tenido lugar por medio de la incorporación por la Ley N° 17.711 (B.O. 26/IV/68) de una serie de institutos tales como la buena fe, el abuso de derecho, la equidad, etc. Este principio que aparece en el terreno del Derecho Privado concuerda con un nuevo modelo de Estado, al que suele llamarse Estado Social o Estado de Bienestar e importa el primer movimiento sistemático de rematerialización del Derecho Privado en nuestro país. Este modelo de Estado alcanzó cierto grado de aceptación en el ámbito constitucional con la incorporación en primer término del artículo 14 bis y luego con la reforma de 1994, pero no a través de una amplia declaración general como la que puede verse en algunas constituciones europeas como la de Italia y la de España. Esta tendencia rematerializadora ha perdido hoy potencia a nivel mundial por obra de una multiplicidad de factores, entre ellos una marcada tendencia hacia una configuración neoliberal de los órdenes políticos, social, cultural y económico, que en nuestro país comenzó a vislumbrarse a partir de fines de la década del 80', con la consecuente devaluación de los argumentos solidaristas muchas veces tachados de mera retórica, y también con el advenimiento de una fuerte corriente economicista.

Se pasa así de una concepción negativa a una que, a través de los instrumentos referidos, comienza a imponer obligaciones positivas a las partes contratantes y a los propietarios.

Ahora bien, llegados a este punto conviene destacar que, como los principios tienen la misión de contribuir a la conformación del sistema, puede sostenerse, por esa razón, que de dichos principios se deducen subprincipios que no implican subdivisiones de aquellos (Larenz, 1994:466). *Tales subprincipios están muy lejos de representar reglas de las que pudiera resultar inmediatamente la resolución de un caso particular. Más bien son necesarias aquí ulteriores concretizaciones que, en primer lugar, ha llevado ya a cabo el legislador* (1994:466). Por el contrario, el principio (en el caso, el que indica que el contrato y la propiedad deben cumplir una función social siempre) *sirve de base a todos estos subprincipios y les indica la*

dirección, no pudiendo explicarse de otro modo esta idea directiva que aduciendo sus subprincipios jurídicos concretizadores y principios jurídicos generales justamente en su perfecta unión, (...) (Larenz, 1994: 466-467).

Así pues, el principio tratado, podría concretarse en diferentes subprincipios: el de buena fe, el del ejercicio regular de los derechos, el de rectificación del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, etc.

El quiebre del modelo clásico de la teoría contractual y de la propiedad clásica, y del Derecho Privado en general, se produjo por el advenimiento del ideal altruista o solidarista que postula que se debe atender al interés de los otros y no sólo al propio, importando ello la necesidad de efectuar sacrificios y compartir recursos.

A su vez, es de una claridad meridiana el hecho de que en nuestro medio ese giro se produjo en/ desde el ámbito del orden público. Estos movimientos que se fueron produciendo en el sector del orden público derivaron en un modelo intervencionista por parte del Estado en materia contractual, de la propiedad y en el Derecho Privado en general, que se plasmó a través de diferentes técnicas jurídicas que fueron limitando la idea de libertad.

En nuestro país este constituye un modelo histórico en lo político, económico y social pero positivamente subsiste (en parte, pues por ejemplo, el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente no se aplicó durante la vigencia de la ley de convertibilidad N° 23.928) y convive con la tendencia neoliberal (Barcellona, 1996).

En el marco de esta tendencia socializadora la propiedad privada cambió su fisonomía; se sienta la necesidad de ajustar el empleo de los poderes propietarios a un ejercicio regular, es decir, un ejercicio que atienda a la buena fe y principalmente al sentido con el cual el derecho permite a los propietarios hacerse de ciertos bienes: satisfacer sus necesidades y mejorar en consecuencia sus condiciones de vida.

El modelo del ejercicio regular de la propiedad privada constituye un primer jalón en esta tendencia socializadora de los derechos individuales; hay así un continuum entre esta idea y la de la función social de la propiedad que en verdad constituyen variaciones del modelo propietario moderno. Desde mi perspectiva tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de emergencia económica, como las propuestas constitucionales como la de 1943 y el abuso de derecho de la ley 17.711 son reformas y no verdaderas revoluciones (conf. Santos). No obstante, la idea que ensayo en este estudio es que existen construcciones legales, teóricas y fenómenos sociales que pueden, en un contexto de privatización de lo público, conducir sin embargo hacia una democratización de la propiedad privada.

El movimiento de socialización

La idea de la propiedad privada, tal como fue concebida en el momento inicial del diseño institucional, sufrió una serie de reformas en las que se sujeta cada vez más el ejercicio de la propiedad privada al mandato de los intereses sociales generales.

De alguna forma los modelos propietarios que siguen muestran una regularidad: todos inciden sobre el aspecto del modo en cómo se ejerce la propiedad. Pensamos que el camino no es sólo e indefectiblemente ese; puede también intentarse otra estrategia vinculada con los titulares.

La idea común a todos los paradigmas que reconocen el elemento social en el sistema propietario es que: *En la medida que el ejercicio del derecho se atiene a tales deberes la función social actuará como principio legitimador del mismo, es decir, como razón de la tutela y garantía del status conferido al titular por el ordenamiento* (Orozco Pardo y Pérez Alonso, 1995:37).

Es cierto que, en la actualidad, permea el discurso de los juristas sobre el derecho de propiedad más social que propugna impone una nueva articulación entre las finalidades individuales y colectivas en lo relativo al uso y aprovechamiento de los bienes, pero también lo es que existe un arresto de las ideas liberales.

Un recorrido por dichos modelos, así como por las estrategias actuales referentes tanto al contenido

y modalidad de ejercicio del derecho propietario como a la titularidad de los bienes, muestra la distancia entre el discurso propietario que subyace tanto en las posiciones progresistas como en las que no lo son tanto, que se han edificado en torno de la tutela del patrimonio cultural en la ciudad de Santa Fe y el actualmente vigente.

Modelo de frontera interna: la teoría del abuso del derecho

De acuerdo con este modelo, el propietario puede hacer determinadas actividades con los bienes de su propiedad y otras no. Esta concepción, preocupándose fundamentalmente por delimitar el campo de decisiones propietarias lícitas respecto de las ilícitas (ejercicio irregular), dibujando una línea de frontera entre ambos, terminó por identificar lo que podría denominarse el *núcleo duro* de la idea de propiedad privada (decisiones que importan un ejercicio regular).

La teoría del abuso de derecho importa también *someter* la propiedad privada, en su funcionamiento, a los fines para los cuales el legislador le otorgó al titular ese derecho (conf. artículo 1071 del Cód. Civ.). Imprime en consecuencia, una determinada *dirección* al ejercicio de los poderes propietarios.

Esta tésis es en el sentido de que todo acto que importe el ejercicio de la propiedad privada sea direccionado a satisfacer los propios intereses del titular del bien y no perjudique a terceros. Reconoce entonces el deber genérico de no dañar a otros (artículo 1109 del Cód. Civ. y 19 de la Constitución Nacional). Es decir, consagra la tutela extracontractual de la propiedad privada.

Dejando atrás su raíz romana el abuso del derecho tiene modernamente su origen en la jurisprudencia francesa que lo reconoció a mediados del siglo XIX (Cueto Rua, Julio: *Abuso de Derecho*, pág. 728).

Luego fue positivizado por los códigos del siglo XX como el BGB alemán, el brasilero anteriormente vigente, en el Código Suizo, Perú, Méjico y Venezuela, etc.; e incluso ha alcanzado un fuerte desarrollo en el *comonn law*.

En Italia –país fundamental en esta evolución de la idea de propiedad privada, pues allí se reconoció antes que todo la función social de la propiedad– la idea de abuso del derecho estuvo ausente en el código de 1865 y aún en el de 1942. En efecto, en aquel país el abuso del derecho no es un principio explícito del ordenamiento jurídico aunque dogmáticamente se lo reconoce que ya que existen diversas menciones e instituciones concretas que se refieren a dicho principio (Alpa, Guido, *I Principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993). Entre las razones del no reconocimiento de la figura siempre se ha argumentado que importa: el otorgamiento de poderes excesivos al juez. Una de dichas instituciones es la prohibición de realizar *atti emulativi* que establece el artículo 834 del Códice. Concretamente, el propietario no puede realizar actos derivados de su derecho de propiedad que no le causen beneficio y sólo perjudiquen a terceros. En Italia entonces la figura del abuso del derecho a la propiedad privada convive con la consagración de la idea de función social de la propiedad lo cual no deja de ser sintomático.

En Argentina, la teoría del abuso del derecho fue –como adelanté– introducida normativamente con la Reforma del Código Civil a través de la Ley N° 17.711 del año 1968, en dos normas, una de carácter general: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerara tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (artículo 1071 del Cód. Civ.) y otra específicamente referida al derecho de dominio, aquel cuyo ejercicio presentaba más casuística de abusividad: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular” (artículo 2513 del Cód. Civ. argentino).

En el modelo propietario de frontera el Estado mantiene su posición de mero *garante* pero no desarrolla un rol activo.

A su tiempo *lo público* conserva un papel que es ajeno a la estructura; en otros términos los intereses

generales no pasan a formar parte, como elemento estructural, de la idea de propiedad privada.

Lo público tiene un *rol funcional* en esa variante propietaria que es ser el dato *delimitador* de los poderes propietarios.

El abuso del derecho en materia de propiedad privada se traduce en la regla del *ejercicio regular*; es decir la propiedad privada no puede ser ejercida irregularmente, lo que significa actuar contrariando los fines que tuvo el legislador al otorgar el derecho o el principio de buena fe.

En este modelo propietario se asigna poco protagonismo a la *función social* de la propiedad.

La idea de ejercicio no abusivo de los poderes propietarios reconoce como *background* la idea de orden público de coordinación y el principio solidarista, aunque no recoge el proceso de fragmentación de la idea de orden público que he descripto.

Quizá pueda afirmarse que desde la perspectiva del discurso jurídico acerca del derecho de propiedad (es decir al interno del campo jurídico), esta variación fue vista como una revolución; como el cambio más importante para la propiedad privada ocurrido hasta entonces, pues importó un *recorte* de los poderes propietarios que condujeron a concebir a la propiedad privada como un *derecho relativo* y nunca más absoluto.

Incluso, al haberse plasmado en el derecho positivo este submodelo propietario, es decir, al alcanzar el nivel de institucionalización —que aún continúa vigente— por primera vez desde el modelo propietario dicotómico, cobra una adhesión muy importante entre los operadores del campo jurídico, siempre tan atentos a ley.

Por ello es que desde el interior del campo jurídico este movimiento del modelo propietario fue percibido como un cambio paradigmático, siendo que desde la óptica de la teoría social sólo puede ser visto como una reforma intraparadigmática (conf. Santos).

Este modelo propietario no tiene un reflejo preciso que pueda señalarse en la legislación específica protectora del patrimonio cultural.

Sin embargo ha mostrado una clara insuficiencia práctica frente al problema de la tutela del patrimonio cultural en la historia que sigue. Corría el invierno del cuarenta y dos cuando Arturo Uriarte Piñeiro y su esposa ofrecieron al Museo Nacional de Bellas Artes (en adelante MNBA) mediante cartas remitidas al Presidente de la Comisión Honoraria de Bellas Artes y que *están transcritas en la escritura pública del 29 de diciembre de 1942* donar una colección de cuadros. Luego, en diciembre de ese mismo año, el matrimonio donó al MNBA una colección de cuadros de alto valor artístico integrada por 48 unidades. Dicha donación fue realizada bajo ciertas modalidades: a) los cuadros no deberían salir del museo de La Capital, bajo ningún pretexto, salvo el caso de circunstancias excepcionales (mantenimiento, arreglos, etc.), b) Dichos cuadros deberían permanecer constantemente exhibidos en el museo, c) no debían ser cambiados los marcos que llevaban, salvo caso de excepción. Que en el supuesto de incumplimiento de las condiciones anteriores, los donantes y/o sus herederos colaterales, podrían exigir la revocación de la donación. La donación fue aceptada por el Museo. En el año 1959 fallecieron los donantes.

En 1991 los sucesores colaterales de los donantes revocaron extrajudicialmente la donación y reclamaron la restitución de los cuadros mediante carta documento dirigida al director del museo de fecha 23 de octubre en razón de que se estaba ante un *claro e inexcusable incumplimiento de los cargos impuestos a las donaciones (...)* el donatario rechazó la configuración del supuesto de inexecución de los cargos (fs. 81 de la actuación 5190), lo cual determinó la imposibilidad de la resolución extrajudicial. Promovieron luego juicio de revocación de la donación por incumplimiento de los cargos contra el Estado Nacional (Ministerio de Educación y Cultura) exigiendo que, de hacerse lugar a la demanda, el demandado restituya de inmediato la totalidad de las obras donadas identificadas en el acta notarial agregada a autos.

Alegan como base para su pretensión el incumplimiento de los cargos impuestos por los donantes, lo que daría lugar a solicitar la inmediata revocación de la donación (Artículo 1849 y 1850 del Cód. Civ.). La demandada reconoció que no respetó los cargos impuestos, al menos en su expresión literal,

prácticamente desde la fecha de su aceptación, ya que varios cuadros fueron concedidos en préstamo para ser exhibidos en distintas instituciones e incluso, para adornar la Casa de Gobierno y, en consecuencia, que no estuvieron permanentemente colgados en las salas de exposición del museo. La demandada trató de demostrar que no había violado los cargos impuestos, al menos en su espíritu.

El juez *a quo* rechazó la demanda por revocación de la donación con costas por el orden acusado. En la Segunda instancia el magistrado preopinante —que luego se transformó en el voto mayoritario por adhesión de los otros dos magistrados— entiende que no fue violada la finalidad del primer cargo, que era evitar el riesgo de deterioros o extravíos susceptibles de producirse durante los traslados, pues no ocurrieron afortunadamente pérdidas o deterioros por traslados. Concluye que existe un ejercicio abusivo por parte de los herederos de los donantes de su derecho a exigir la revocación de las donaciones (Artículo 1071 del Cód. Civ.), dado que del incumplimiento no derivó perjuicio alguno.

Respecto del segundo de los cargos (mantenerlos colgados todos juntos en forma permanente) entendió que el incumplimiento por parte del Museo fue consentido por los donantes en vida, e incluso por los mismos herederos antes de plantear la revocación en el año 1991 (teoría de los actos propios, arg. conf. Artículo 1198 del Cód. Civ.).

El juez preopinante no trató el argumento por el cual pretendió la declaración de la nulidad de la donación con base en el Artículo 564 del Cód. Civ., en razón de que la demandada habría aceptado culpablemente la donación con un cargo cuyo incumplimiento era imposible al momento de celebrarse el contrato, en virtud de que —según la Sala— dicho argumento fue introducido por la actora en la alzada. Sostiene, como anticipamos, que el primer cargo no fue incumplido en su finalidad, ya que no existen perjuicios derivados de su incumplimiento formal por lo cual existe, respecto de la pretensión de la actora de revocación por inobservancia de este cargo, un ejercicio abusivo de derecho. Argumenta que si bien rige en materia contractual el principio de autonomía de la voluntad (Artículo 1197 del Cód. Civ.), otras normas sancionan el ejercicio antifuncional de las prerrogativas jurídicas (Artículos 1071, 1198, párrafo 1º, 2413, 2514 y ccs.). Rechaza también la demanda en lo que respecta al incumplimiento del segundo cargo pues entiende que el reclamo de la actora se aferra exclusivamente a la letra del contrato y desatiende la regla de interpretación de los contratos del Artículo 218 inc. 4º del Cód. Com. referida a la necesidad de considerar la actuación de las partes antes y durante la ejecución del contrato, como la mejor explicación de la intención que la mismas tuvieron al celebrarlo por lo que, nuevamente, los actores estarían ejerciendo abusivamente su derecho a la revocación.

Por todo lo anterior, la Cámara de Apelaciones rechazó la apelación interpuesta confirmando el fallo de Primera Instancia (el fallo de la Cámara se encuentra publicado en L.L. T. 1995-C-Pág. 658 con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi).

El caso llegó, a instancia de la actora, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien declaró admisible el recurso interpuesto (pto. 2).

Los principales agravios de la actora son: 1) desconsideración del artículo 564 por exceso ritual, pues dicho argumento fue incorporado por primera vez a la litis por el juez de primera instancia. 2) el hecho de no haber tenido en cuenta la Sala la prueba confesional respecto a los reiterados incumplimientos del primer cargo.

Hasta el momento de la sentencia de la Corte Suprema, en ninguna de las instancias anteriores, se efectuó el análisis —previo necesario— de las modalidades con las cuales se pactó la donación de los cuadros.

Señala la Corte al respecto que *Los donantes impusieron al donatario dos cargos —independientes entre sí— bajo una expresa condición resolutoria para el caso de inejecución, (...) (pto 4). Que no obstante los términos utilizados por los donantes, que otorgaron la liberalidad "bajo condiciones", no se trata de donación condicional sino, tal como han entendido los litigantes, de donación modal en el sentido del artículo 1825 del Cód. Civ., (...) La imposición de una condición resolutoria —tal como aparece en el contrato de 29 de*

diciembre de 1942— para el caso de incumplimiento de los cargos, no importa convertir a éstos en condición. Ambas cláusulas coexisten: el cargo, imponiendo la obligación de realizar o de omitir un hecho (art. 1838 del Cód. Civ.)— como no sacar las obras del museo o exhibirlas constantemente—, y la condición, previendo la resolución del contrato para el caso en que el obligado proceda de modo inverso. (pto. 7).

Otras concepciones son necesarias pues otra concepción del Derecho Privado, de sus ideas básicas, se encuentra hoy mismo vigente, y ello no ha sido advertido suficientemente por los operadores del campo jurídico. En efecto, aquel costado negativo dado por el orden público tiene hoy contenidos propios que han hecho perder la primacía y centralidad que las ideas de libertad y propiedad privada tenían, colocando a su lado otros derechos fundamentales de igual jerarquía que compiten con aquellos. En este proceso, jugó un papel fundamental la llamada constitucionalización del Derecho Privado. Este cambio debe ser considerado y hubiera exigido una técnica consecuente que tome nota de la convivencia de derechos provenientes de diferentes paradigmas y conforme a ellos todos los derechos fundamentales en conflicto se hubieran desarrollado en la mayor medida posible. Así en numerosos casos que versan sobre materias propias del Derecho Privado, comienza a notarse la necesidad de recurrir a la argumentación sobre la base de normas fundamentales. Asimismo, se percibe también que en algunas decisiones se empiezan a tener presentes las consecuencias públicas de aquéllas en contiendas de Derecho Privado (Lorenzetti, 1995). El caso de la tutela del patrimonio cultural es un claro ejemplo de aquellos conflictos que plantean la necesidad de ingresar en el ámbito de las construcciones antes referidas, pues las mismas podrían ser de suma utilidad para la resolución adecuada de aquellos.

Observo coincidencia con lo que dice el Profesor Duncan Kennedy en cuanto a que hasta cierto punto de la evolución del conflicto altruismo/individualismo, el altruismo sólo contaba con una línea argumental retórica que se posicionaba críticamente frente al individualismo, pero que aún carecía de un fundamento o anclaje principal constitucional.

En el plano jurídico, estas consideraciones fueron apoyadas en la regla del artículo 1071 del Cód. Civ., que sanciona el ejercicio abusivo de los derechos, cuando estos son empleados por sus titulares en contradicción con los principios que inspiraron al legislador al otorgarlos. Concretamente, se argumentó que los herederos colaterales habían intentado ejercer abusivamente su derecho a revocar las donaciones por incumplimiento del primer cargo.

El abuso del derecho resulta insuficiente como explicación para una decisión que contradice — aparentemente— el principio de autorregulación que constituye, junto a la idea de persona individual y de propiedad privada, uno de los pilares fundamentales del Derecho Privado moderno.

Existe un derecho fundamental de la sociedad argentina a la protección y al disfrute del patrimonio cultural, del cual el patrimonio artístico (que se integra con el patrimonio museológico) es una especie (artículos 75 inc. 19 y 41 de la Constitución Nacional). Este derecho fundamental, su existencia, deben ser tenidas en cuenta en la argumentación. Así, toda decisión de producción normativa respecto del patrimonio cultural debería tratar de compatibilizar, desarrollando en la mayor medida posible, los principios fundamentales en juego.

Existe una constatación incontrovertible: el orden público como principio se ha fragmentado definitivamente en diferentes principios que se posicionan en el mismo plano que el principio del individualismo poniendo fin a su hegemonía.

A pesar de que no se ha dado cabalmente cuenta de ello, el estudioso atento puede reconstruir este modelo que coincide con lo que el profesor Duncan Kennedy describe como el pensamiento jurídico moderno (1976: parágrafo 141 y sgtes.).

En otro plano esto importa también un proceso de rematerialización del Derecho Privado y ello no debe perderse de vista.

La evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: III parte Modelo núcleo/periferia: la teoría de la función social de la propiedad

En este modelo el interés público fue incorporado a la idea de propiedad privada, a su estructura, pero en forma complementaria y periférica. Supone una nueva articulación entre la esfera pública y privada pues se introduce en la estructura misma de la propiedad privada un elemento público. Aquí el dato social pasa a integrar la idea misma de propiedad privada, no siendo ya un límite externo *al contrario, identifica positivamente el contenido mismo de la situación de pertenencia y se expresa normalmente a través de la imposición de obligaciones de comportamiento y de límites que inciden sobre la libertad de imprimir al bien el destino querido* (Barcellona, 1996:301).

Este modelo encierra una variación importantísima de la idea clásica de propiedad privada. La más importante practicada hasta ahora.

Observado desde la óptica del orden público, este modelo reconoce el proceso de balcanización de aquella figura pues en orden a la protección de ciertos valores fundamentales como la producción y la industria lícita e incluso la vivienda familiar; en concordancia con ello fracciona el sistema propietario (que hasta allí sólo reconocía dos especies: propiedad pública y propiedad privada) diseñando regímenes diversos para la propiedad inmobiliaria agraria, los bienes industriales y la vivienda.

Desde el umbral de la distinción moderna público-privado, la dicotomía cambia de fisonomía volviéndose difusa por la aparición de canales de comunicación entre los dos sectores.

Ha sido Italia el país que al recodificar en 1942 estableció por primera vez en el código de Derecho Privado esta idea de la *función social* con claridad en el artículo 832 ya que allí se señala que la propiedad privada se encuentra sujeta a límites y a obligaciones legales de las cuales es deudor el propietario.

El dato fundamental de este modelo es que se establecen obligaciones al propietario: *No se habla más solamente de límites legales sino que se requiere la observancia de las obligaciones conexas con el ejercicio de la propiedad; la modificación viene propiamente desde el interior: quien tiene un derecho de propiedad asume también obligaciones con la sociedad constituida* (Trabucchi, 1996: 413).

Es una clara consecuencia de haber consagrado la función social de la propiedad en la Constitución Nacional el artículo 41 en 1994, lo que prueba que este último girón del derecho propietario no pudo haberse hecho sino a través de un proceso de constitucionalización de nuevos derechos. Responde a una teoría política que matiza el liberalismo con ciertos elementos republicanos, puesto que la persona propietaria deja de ser contemplada como individuo aislado y autosuficiente para ser vista como miembro de una comunidad. Junto al interés particular del titular del derecho de dominio, coexiste un interés público, que supone que el primero debe ejercerlo conforme lo establecido y de acuerdo con la finalidad u objetivo que el ordenamiento le asigne (en atención a las necesidades colectivas), en cumplimiento de un verdadero deber de colaboración y cuya insatisfacción puede provocar la deslegitimación del titular e incluso la pérdida del derecho como sanción.

Como señalé fue la Reforma Constitucional del año 1994, a través de la cual se introdujo en nuestro sistema la idea de la función social –específicamente al función ambiental y la función cultural– de la propiedad: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. (...) Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural (...)” (artículo 41 de la Constitución Nacional). Existe también un derecho fundamental de la sociedad Argentina a la protección y al disfrute del patrimonio cultural, del que el patrimonio artístico (que se integra con el patrimonio museológico) es una especie (artículos 75 inc. 19 y 41 de la Constitución Nacional). Si bien la dogmática civilista no es coincidente en cuanto a esta conclusión, la misma es susceptible de una argumentación plausible: puesto que en el artículo 41

(que reconoce el derecho al medio ambiente, concebido de manera amplia, incluyendo el patrimonio cultural) impone a todos los habitantes (lo que incluye a los propietarios) deberes de preservación de los bienes ambientales (y podemos extender, culturales) puede afirmarse que la imposición de dichas obligaciones está consagrando para quienes son propietarios, una función 'ambiental' o 'cultural' de la propiedad.

Como señalamos, la teoría de la función social desencadena una modificación en la estructura del derecho de propiedad y en este orden es importante resaltar que la idea de función social no debe entenderse como una teoría que procura solamente imponer límites que la compriman, lo cual marca una diferencia fundamental con el modelo anterior (Perlingieri, 1991:445). En efecto, a diferencia del abuso del derecho, opera sobre el aspecto interno cambiando la configuración del derecho.

Aquí el interés público limita aspectos del derecho de la propiedad *como la capacidad de decisión acerca del uso o destino económico de los bienes* (Capella, 1997:199).

Los modelos anteriores de propiedad se presentan en un contexto de extrema separación entre constitución y Códigos de Derecho Privado, que traducían la moderna diferenciación entre política y derecho. Por el contrario, este modelo propietario presupone un proceso de juridización de las constituciones y de politización, materialización mediante del campo jurídico.

La fórmula "*función social de la propiedad*" constituye una cláusula general del ordenamiento que deberá ser "cerrada" o concretada por los jueces; es por ello que en esta concepción propietaria el rol de los jueces se acrecienta (Barcellona, Pietro, 1996: 304-305). Esta cláusula sobrevino prematuramente respecto de la elaboración de los mecanismos necesarios para "cerrar" este tipo de cláusulas, lo que condujo a un vaciamiento de la figura. Pese a ello creo que su esencia puede sintetizarse diciendo que *establece el principio jurídico de la subordinación de la propiedad privada a la política económica públicamente definida* (Capella, 1997:199).

La dogmática ambientalista, en un razonamiento que debe ser extendido análogamente a la problemática a de los bienes culturales sostiene el principio de preexistencia: *Inicialmente (...) en el régimen constitucional brasilero vigente, la tutela del medio ambiente, en cuanto confrontada con el derecho a la propiedad, les es lógicamente precedente (no existe derecho de propiedad pleno sin salvaguardia ambiental) e históricamente contemporánea (ambos derechos son reconocidos en un mismo momento legislativo y en el mismo texto normativo) (...)* Resumiendo, *la protección del medio ambiente, en el plano formal de la constitución, no se encuentra en conflicto con el derecho de propiedad. Al contrario, es parte misma de la relación sociedad-individuo que da a la propiedad todo su significado y amparo. La función social es un elemento esencial definidor del propio derecho subjetivo, caracterizándose si los deberes que de ahí derivan como encargos insitos en el propio derecho, orientando y determinando su ejercicio, de modo positivo. En la esfera de los límites internos, por consiguiente, no se puede hablar de desapropiación (...)* Tales límites internos se colocan como condicionadores a priori del derecho de propiedad. En general, *la protección del medio ambiente en el sistema constitucional brasilero no es una incumbencia impuesta por sobre el derecho de propiedad, sino una función introducida en el derecho de propiedad, siendo un fragmento inseparable de él* (Da Silva, 1980:232-233).

Este modelo propietario condice con el modelo de estado social o Estado de Bienestar. El Estado de Bienestar surge a instancias de las políticas keynesianas; se corresponde con la etapa del *capitalismo desorganizado* que los autores coinciden en que se origina desde fines de la segunda posguerra mundial, en el siglo XX. Se caracteriza por haber generado un cambio en las funciones o tareas del Estado; se pasó a considerar que es una tarea del Estado intervenir directamente en la economía de mercado (*Estado intervencionista*), corrigiendo o sustituyendo a los particulares sobre la base de sus propios principios y valores. En el plano social, el estado se transforma en *asistencial*. Surgen así las sociedades del Estado y las sociedades con participación estatal mayoritaria (SAPEM.). Entre las funciones asistenciales del Estado se pueden mencionar: suministrar un sistema de salud a la población; un sistema de seguridad social, un sistema educativo; una agencia científica y tecnológica. Los poderes del

Estado cambian en cuanto a la importancia de sus roles en el seno del Estado intervencionista; en efecto, el parlamento pierde el poder que tenía, por un lado, al admitir a los partidos políticos de las clases trabajadoras y, por el otro, al dejar de ser el presupuesto (que se consensuaba en el parlamento) la única herramienta de intervención estatal en la economía. A su vez, el poder ejecutivo se transforma en el poder por excelencia pasando a ocupar el centro de la escena. Mientras tanto *El poder judicial se vuelve crecientemente ineficaz* (Capella, 1997:195). Este primer movimiento asistencialista produce un fraccionamiento y especialización de la racionalidad estatal; se comienzan a dictar regulaciones en base al previo reconocimiento de fines de ciertos grupos de individuos: quienes necesitan vivienda, quienes trabajan, quienes consumen, etc. Con lo cual, la racionalidad de estas regulaciones deja de ser general para pasar a ser sectorial. En otro plano, se produce un fraccionamiento de la legislación, pues los códigos presentan gran nivel de resistencia al cambio y a la introducción de estas finalidades sectoriales, lo que lleva al dictado de leyes especiales. A este fenómeno se lo conoce como descodificación (Irti, 2000). Aparecen las denominadas “leyes-medida”. *El derecho del intervencionismo no es propiamente un derecho codificado: es un derecho de colecciones legislativas, de recopilaciones de pronunciamientos velozmente obsoletos cada vez más parecidos a los productos de usar y tirar* (Capella, 1997:208). Los códigos lentamente dejan de ser el modelo y pierden su lugar primordial en el sistema jurídico.

La pérdida del carácter de generalidad de la ley, y de la sistematicidad y coherencia interna del pretendido sistema jurídico, guarda una estrecha relación con el intervencionismo estatal a través de leyes puntuales que instrumentan una determinada medida económica, los cuales son, por un lado, coyunturales y, por otro, sólo tienen en cuenta la problemática de algún sector particular y no del conjunto.

Paralelamente, en el seno de las constituciones, se incluyen los derechos económicos y sociales. En el plano jurídico, la idea de Estado Social se tradujo en: la consagración de los denominados *derechos sociales* (de los trabajadores, a la vivienda digna, a las pensiones sociales, etc.) mediante cuya consagración se pretendió atender a la denominada “cuestión social”; *Los derechos sociales surgen así como elemento identificador de cierto tipo de estado; mas, simultánea e inversamente, ellos son una consecuencia de ese tipo de Estado (...)* (Prata, 1982: 114). *Puede decirse que el concepto de Estado Social apela a tres órdenes de ideas: por un lado, a la idea de que al Estado le cabe garantizar a todos sus ciudadanos un mínimo de bienes materiales (y culturales) (...)* En segundo lugar, *al Estado es impuesta una actividad de igualación de las posibilidades de acceso al bienestar social (...)* Finalmente, *el concepto de Estado Social apunta para una reformulación de la organización social, en términos de operar una redistribución del poder social, extendiéndose a todas las personas su participación en este poder* (Prata, 1982 citando a Vital Moreira: 114-115).

Y no sólo eso: también la propiedad privada y el contrato sufrieron cambios importantes. Así el primer concepto jurídico fue limitado en sus contenidos (derecho de uso, goce, y libre disponibilidad) mediante institutos como la expropiación por razones de utilidad pública, o limitaciones administrativas al uso, como por ejemplo la atribución mediante una ley de un determinado destino a un inmueble, vgr., destino agrícola, o una ordenanza municipal que limite el volumen de edificación o el tipo de construcción. El modelo contractual sufre también el impacto: fundamentalmente se reconocen los contratos celebrados por adhesión a C.N.G., los contratos de consumo y el contrato de trabajo como sectores que deben ser sustraídos del juego de las reglas libertarias clásicas.

En otro plano, como destaca Juan R. Capella, el intervencionismo estatal llevó consigo el descubrimiento y puesta de manifiesto de la politicidad del campo jurídico y su función redistributiva (1997: 200).

La evolución de los discursos jurídicos sobre la propiedad privada: IV estación El modelo dialógico: sus implicancias sobre la comprensión de los límites al ejercicio de la propiedad privada

Este modelo es en realidad una propuesta de lectura progresista del estadio actual por el que atraviesa el problema propietario; por ello mismo no se encuentra aún institucionalizado.

Globalización y la estrategia democratizadora de los poderes propietarios

La hora actual del derecho lo muestra en el centro de una tensión que caracteriza la época. En la *alta modernidad*, posmodernidad o *transición posmoderna* –o como se quiera (el debate excede las posibilidades y objetivos de este estudio)– caracterizada por la globalización de las relaciones sociales, que no significa solo un proceso de intensificación (conf. Anthony Giddens) sino de traspaso de poderes de la política a la economía (conf. Rosaria Ferrarese), el derecho propietario muestra una tensión interna en la que se debate su destino, entre un proceso (correlativo al antes mencionado) de privatización de los poderes propietarios con atención a fines sectoriales exclusivamente y una contratendencia incipiente que propongo construir, según la cual la estrategia debería ser cómo hacer de lo que ocurre un proceso emancipador y progresista en el cual la propiedad privada contribuya al proceso de democratización social.

Perspectivas acerca del orden público

Repárese en lo siguiente: el principio de orden público, tal cual se lo ha venido describiendo, significa que el *orden* que establecen los individuos no puede transgredir el *orden* de lo público. Es la contracara de la autonomía de la voluntad y la libertad.

El proceso de constitucionalización del Derecho Privado y los resultados cada vez más tangibles alcanzados en la tarea de identificación, y luego, de desarrollo de cada uno de los principios y derechos que componen el Derecho Privado Patrimonial, va permitiendo relegar a un segundo plano esta denominación de *orden público* como categoría residual e indiferenciada, en la cual se hacían ingresar sin mayores precisiones *los principios fundamentales del ordenamiento jurídico*, para pasar a posicionar en un mismo pie el principio de la libertad con otros como el de igualdad, protección y buena fe.

En otros términos, el orden público debe ser definido por sus contenidos positivos y luego, el desarrollo de dichos contenidos irá haciendo perder relevancia a la categoría como tal.

Por ahora aparece como multiplicado en diversos “ordenamientos públicos” que son capaces de entrar en conflictos unos con otros sin que el derecho ni sus operadores hayan diseñado aún con un modelo teórico alternativo adecuado para resolverlos.

El corolario del fenómeno de redefinición del orden público y de los principios generales del Derecho Privado Patrimonial es la nueva visión de la autonomía de la voluntad y un nuevo modelo de Derecho Privado, de la propiedad y de los contratos, en el cual existe una constelación de principios que coexisten, reclaman hegemonía y compiten en la argumentación de todos los casos.

Los principios opuestos

Hoy existen principios del Derecho Privado que, surgidos del confín de la libertad y siendo, por tanto, principios opuestos a ésta –en lo que respecta a los roles que juegan cada uno en la argumentación– han cobrado, en el plano de la dogmática, individualidad e identidad propia y constituyen contenidos positivos limitativos del juego de la libertad.

En efecto, mediante un movimiento progresivo en el sector del orden público, de un tiempo a esta parte

se han venido desprendiendo de aquel principio originario, una serie de principios que plasman con esa forma derechos positivos de los individuos, a los que denominamos *principios opuestos* al de la libertad, queriendo referir que los mismos compiten con aquel en la argumentación de los casos concretos.

Estos principios son el de igualdad y el de protección de las partes débiles, aunque no agotan el posible mapa de los referidos principios opuestos.

Como señalamos –y reiteramos– dichos principios plasman con esa forma derechos positivos de los individuos. Esto tiene una importancia fundamental, pues implica tener en cuenta no sólo los principios en cuanto estructuras sino, además, por su función, como razones vertidas en la argumentación, que es, sin dudas, el sector más rico de la amplia gama de situaciones problemáticas que plantean.

No obstante, no debe perderse de vista que estos principios son también complementarios si se los aprecia en su conjunto y se les reconoce su tarea de configurar el sistema interno (Larenz, 1994:465-482). En particular, señala Larenz que *los principios abiertos y las bases de valoración expresadas en ellos constituyen los puntos centrales de referencia para el "sistema interno" del derecho, sistema que pretende hacer visible una jurisprudencia que, a la vez que se orienta a valores, procede sistemáticamente. De tales principios sólo puede obtenerse un "sistema" cuando se tiene en cuenta sus distintas concretizaciones y éstas son puestas en mutua relación*" (1994:473) y al hacerlo, el sistema se presenta libre de contradicciones.

En relación con esto último, recuerda Karl Larenz que: *Dentro del Derecho Privado no existe, en cambio, orden jerárquico alguno entre los principios de autodeterminación, de autoresponsabilidad y de responsabilidad por confianza, o entre el principio de culpabilidad y otros criterios de imputación en orden a una responsabilidad por daño; más bien la regulación legal permite conocer una "armonía" de estos principios, de manera que estos se complementan y en algunos sectores parciales se restringen también recíprocamente, no estando siempre determinado hasta el final el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro. Observa acertadamente Canaris: "los principios reciben su peculiar contenido de sentido solo en una armonía de complementación y restricción recíprocas". Sólo en su armonía se aclaran el alcance y plena significación de los principios* (1994:467).

Traemos a consideración aquí el caso "Uriarte, Carmen R. y otros c. Ministerio de Educación y Cultura" (CS, Abril 11-1996, L.L. T. 1997-E-Pág. 700), que constituye un excelente ejemplo de cómo la jurisprudencia sigue trabajando en el diseño libertad/orden público sin tener en cuenta los procesos de constitucionalización y de consecuente especificación del orden público.

El programa debería ser entonces debatir la viabilidad de la continuidad de un modelo explicativo de la teoría del derecho que se base en la dicotomía libertad/orden público considerándola como una derivación de la dicotomía público/privado.

Lo público y lo privado en la globalización

En este paradigma, lo público vuelve a diferenciarse de lo privado pero ambos se comunican mutuamente. El Estado aparece como un vector mediador de los diferentes intereses, tanto públicos como privados. Este modelo parte de la base del reconocimiento del otro; no niega la experiencia anteriormente vivida por la propiedad privada sino que procura capitalizarla de tal modo que la propiedad privada ya no podrá ser más concebida en forma ultraindividualista.

El eje público/privado es desplazado por el eje privado/privado. En el ámbito jurídico, la pérdida de nitidez de la distinción se ha visto acompañada por un proceso de ampliación de la esfera privada, coincidente con la individualización en el plano de la personalidad.

Hoy el problema es la privatización de lo público (no la amenaza existente en la primera modernidad de que lo público invada lo privado) y como plantea Bauman: *Ahora es la esfera pública la que precisa*

desesperadamente de defensa contra el invasor privado –aunque, paradójicamente, no para reducir, mas para viabilizar la libertad individual. (Bauman, Zygmunt, 2000:62).

El problema de la concepción del Derecho Privado subyacente en producción normativa sobre patrimonio cultural

Como señalé desde el comienzo, el problema es que la concepción de la propiedad privada y del Derecho Privado subyacente en los discursos de los actores sociales que intervienen en la problemática del patrimonio cultural desconside la valencia ius fundamental de este derecho. Las argumentaciones se encuentran ancladas en una modelo de Derecho Privado que entendía que básicamente existe una idea rectora que es la libertad y los límites a la misma como el orden público o la propiedad privada que constituye un derecho máximo que sólo posee límites intrínsecos en el ejercicio regular.

Otras concepciones necesarias: el paradigma provisional de la convivencia

Otra concepción del Derecho Privado y la propiedad privada, de sus ideas básicas, se encuentra hoy mismo vigente y ello no ha sido advertido suficientemente por los operadores del campo jurídico.

En efecto, aquel costado negativo dado por el orden público tiene hoy contenidos propios que han hecho perder la primacía y centralidad que las ideas de libertad y propiedad privada tenían, colocando a su lado otros derechos fundamentales de igual jerarquía que compiten con aquellos. En este proceso jugó un papel fundamental la constitucionalización del Derecho Privado. Este cambio debe ser considerado y exige una técnica consecuente que tome nota de la convivencia de derechos provenientes de diferentes paradigmas y conforme la cual todos los derechos fundamentales en conflicto se desarrollen en la mayor medida posible.

Así, en numerosos casos que versan sobre materias propias del Derecho Privado, comienza a notarse la necesidad de recurrir a la argumentación sobre la base de normas fundamentales. Se percibe también que en algunas decisiones se empiezan a tener presentes las consecuencias públicas de las decisiones en contiendas de Derecho Privado (Lorenzetti, 1995).

Existe un derecho fundamental de la sociedad Argentina a la protección y al disfrute del patrimonio cultural, del cual el patrimonio artístico (que se integra con el patrimonio museológico) es una especie (artículos 75 inc. 19 y 41 de la Constitución Nacional). Este derecho fundamental –su existencia– debe ser tenida en cuenta en la argumentación. Así, la decisión que se tome debería tratar de compatibilizar, en la mayor medida posible, los principios fundamentales en juego.

En el caso, la cuestión sería relativamente sencilla pues ambos principios fundamentales (libertad de contratación y desarrollo y protección del patrimonio cultural) se desenvuelven en un mismo sentido, ya que el primero es empleado como un mecanismo para promover el segundo. En realidad, es el principio del favorecimiento del desarrollo del patrimonio pictórico el que da sentido al primero y conforma con él una sola regla.

Pienso que existe una constatación incontrovertible: el orden público como principio se ha fragmentado definitivamente en diferentes principios que se posicionan en el mismo plano que el principio del individualismo poniendo fin a su hegemonía.

A pesar de que la jurisprudencia no ha dado cabalmente cuenta de ello, el estudioso atento puede reconstruir este modelo que coincide con lo que el profesor Duncan Kennedy describe como el pensamiento jurídico moderno (1976: parágrafo 141 y sgtes.).

En otro plano esto importa también un proceso de rematerialización del Derecho Privado y ello no debe perderse de vista.

El regreso de las ideas propietarias y nuevos límites a la apropiabilidad

En la actual etapa que atraviesa el capitalismo neoliberal, en la que los regímenes jurídicos del Estado de Bienestar han sido desmantelados, las formas privadas de actividad son capaces de producir o generar *public goods* (Norrie, 2000:396).

En la Argentina en la década del noventa se plasmó en lo jurídico, político, económico y social un proyecto de desregulación o desestatización/privatización del cual la dogmática *ius privatista* no dió debidamente cuenta (más que en torno de un debate clásico: autonomía de la voluntad sí, autonomía de la voluntad no, la crítica de algunas sentencias neoliberales –recordamos el denominado *caso del "Fiat Duna"*– y de la cuestión de la aplicabilidad del denominado análisis económico del derecho). A lo que debe sumarse la globalización jurídica que para nuestro país significó la creciente incidencia de los órganos internacionales de crédito como el FMI o del BID o del Banco Mundial en la creación jurídica en Argentina (vgr. lo ocurrido con la derogación de la ley de subversión económica), o de empresas multinacionales (vgr. el demorado proceso legislativo que culminó con la sanción de la ley de medicamentos que prevé la posibilidad de recetar genéricos).

Desde nuestra perspectiva cualquier intento de descripción del paradigma del Derecho Privado vigente en la Argentina no puede ser realizado sino a la luz de los procesos políticos, económicos y sociales que vive el país y desde la realidad normativa de nuestro ordenamiento jurídico y no a partir de los dogmas teóricos repetidos acríticamente hasta el hartazgo.

Pese a este contexto y tal como plantea Stefano Rodotá (1992) el regreso a la concepción ultraindividualista de la propiedad privada que proclama la autonomía de esta dentro del sistema propietario es hoy imposible, pues se han reconocido nuevos límites a la apropiabilidad más allá de la propiedad pública; nos referimos a la aparición de nuevos bienes como el medio ambiente, los bienes culturales o el cuerpo humano que importan nuevos límites a la apropiabilidad. Esto no significa que la propiedad privada no pueda recaer sobre estos bienes sino que no puede funcionar autónomamente. Como consecuencia de todo ello el sistema propietario ha variado, lo integran tres tipos de propiedad: la propiedad privada, la propiedad pública y la propiedad colectiva.

En este sistema cambia el fundamento de la propiedad privada que ya no será más la tutela de la persona misma sino su derecho de acceso y participación en la organización y en el desarrollo de la vida económica.

Actualmente es indudable la incidencia que las decisiones propietarias tienen sobre algunos bienes: *en la situación presente, en la cual el crecimiento, y las mutaciones de carácter cualitativo de la incidencia global de las decisiones propietarias determina formas de interdependencia que muestran cómo decisiones propietarias pueden variablemente resultar vinculantes para otros, requiriendo por ende reglas tendientes a considerar en este más amplio marco las modalidades de las decisiones y el ejercicio del poder propietario* (Rodotá, 1992:139).

Esta constatación impone una mayor democratización. Surge así para el derecho el problema de la compatibilización entre intereses y del diseño los mecanismos para llevarla a cabo.

Si bien es cierto que *la antigua disciplina de los conflictos entre propietarios de fundos limítrofes contiene ya esta lógica* también lo es que *todo esto cobra hoy dimensiones y dilataciones particulares cuando las decisiones de tipo propietario se encuentran comprendidas en un cuadro de 'elecciones trágicas', o están destinadas a incidir sobre entidades definibles como parte de un patrimonio común (de la colectividad, de un pueblo, de la humanidad entera) o como derechos de las generaciones futuras: piénsese en las decisiones de las cuales puede depender la supervivencia o la destrucción de un ambiente* (Rodotá, 1992:139).

Como concluye Rodotá: *Estas constataciones deben ser suficientes para demostrar la imposibilidad de construir la propiedad como sistema completamente autoreferencial* (1992:140).

Este es el primer problema por el que atraviesa la propiedad privada hoy: uno de los límites a sus pretensiones autonómicas y totalizantes lo constituyen los bienes no susceptibles de apropiación.

Un problema semejante presenta con los bienes inmateriales (como la información, el *know how*) algunos de los cuales no son protegidos mediante mecanismos propietarios sino contractuales (Perlingieri, 1991:460-470; Lorenzetti, 2000).

Democratizando la gestión de los bienes: nuevos patrones de apropiabilidad

Bienes Plenamente Apropiables ("bienes particulares", art. 2347 C.C.)	Todos los que se encuentran en el comercio	PROPIEDAD PRIVADA
Bienes de Apropiabilidad Restringida en diferentes grados	Patrimonio común de la humanidad	} "PROPIEDAD" COMÚN
	Medio ambiente	
	Bienes culturales	
	Cuerpo humano	
	Bienes estatales (bienes del dominio público y bienes del dominio privado del Estado)	PROPIEDAD PÚBLICA

Democratizando el ejercicio de los poderes propietarios: nuevas estrategias para ampliación de las decisiones respecto de los bienes

Estrategia de Reatribución del Poder	Nuevos titulares de poderes propietarios	Quién decide	<i>-Public companies</i> -traspaso de acciones a los obreros; -fábricas "tomadas" por cooperativas de obreros; -mayor participación de las asociaciones de consumidores ambientalistas, etc.; -generaciones futuras.	
Estrategia de Procedimentalización de la Propiedad	Nueva modalidad de ejercicio del poder propietario	Cómo se decide	Propiedad Privada	Autocrática
			Propiedad Común	Democrática
			Propiedad Pública	

La constitucionalización del Derecho Privado

La constitucionalización del Derecho Privado con la consecuente puesta en vinculación de la teoría de los derechos fundamentales con las bases teóricas del Derecho Privado, que importa el reconocimiento, en el ámbito del sistema jurídico, de derechos fundamentales individuales (como el derecho propietario) y bienes colectivos fundamentales (como la protección del patrimonio cultural o del medio ambiente), con fuerza normativa propia introduce un salto cualitativo respecto del modelo de la función social de la propiedad.

Se parte de la base de la existencia de una conflictualidad inherente al sistema que exige recurrir a los métodos de ponderación entre derechos. Dado su carácter de normas fundamentales y su estructura de principios son mandatos de optimización que deben desarrollarse en la mayor medida posible. *Sólo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que, tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización* (Alexy, 1997(D):204).

Los dos polos en colisión, el derecho de propiedad y los bienes colectivos, se sitúan en el mismo nivel: el de las normas fundamentales; a diferencia de la teoría de la función social (que sienta una relación de complementariedad) no se establecen relaciones a priori entre el derecho propietario y el principio de protección del patrimonio cultural.

Esta teoría postula la solución del conflicto a través de un juicio de ponderación, cuyos polos son: el derecho fundamental a la propiedad privada y el bien colectivo fundamental. El resultado es una regla de prelación condicionada de uno de los bienes sobre el otro. *La relación de precedencia condicionada que soluciona la colisión expresa una determinación, referida a un caso, del peso de los principios en juego y es, en esta medida, el resultado de una ponderación.* (Cf. Alexy, 1997(A). Vid. también Alexy, 1997(B)).

El juicio de ponderación está reglado por una serie de reglas lógicas de tipo formales por ejemplo: la máxima de proporcionalidad que indica que el grado de afectación de un derecho debe ser proporcional a la mayor satisfacción del otro, la máxima de la adecuación y la de la requeribilidad. Se desarrolla a través de un proceso argumentativo que puede partir de la equivalencia de los derechos o bien de una relativa preponderancia de uno sobre el otro (*sólo prima facie*), que hace que la carga de la argumentación pese sobre el derecho a priori desconsiderado. En los sistemas en que tiene vigencia la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la función social, ésta puede jugar estableciendo la carga de la argumentación a favor de la finalidad social y en contra de la propiedad privada, lo que no priva de la necesidad de argumentar para establecer la medida o límite de la afectación.

En este proceso argumentativo se expondrán las razones en pro y en contra de la vigencia, para el caso, del derecho de propiedad o el bien colectivo, razones que serán de diversa índole: jurídicas (normas constitucionales, legales, etc.), extrajurídicas (de la teoría general del discurso práctico y fácticas). El balance de razones conducirá a la preponderancia relativa de un derecho sobre otro, para el caso y bajo determinadas condiciones. Estas últimas serán las particularidades que aporta el caso, y su relevamiento constituye la principal contribución de la teoría de los derechos fundamentales. Pueden ser de índole jurídica (determinaciones jurídicas) o fácticas (determinaciones fácticas).

Dentro de las de índole jurídica entra a jugar la consideración de otros derechos fundamentales posiblemente afectados (libertad de trabajo, industria, otros bienes colectivos), y dentro de las de tipo fáctico, las características del bien colectivo de que se trata o del objeto de la propiedad privada (bien urbano, agrario, productivo, etc.).

Otro tipo de argumentaciones son las consecuencialistas: intra e inter sistémicas. Entre las primeras referimos a la posible influencia sobre el sistema jurídico en su conjunto de la decisión a favor de uno u otro bien, etc. Entre las segundas, a las consecuencias sociales (ejemplo que repercusión sobre la dinámica de clases tienen las decisiones a favor del medio ambiente), económicas.

El nuevo diseño del Derecho Privado Patrimonial, que ha arrojado como producto la reforma constitucional del año 1994, permite pensar en un nuevo sistema de tutela de la propiedad histórica.

En este nuevo sistema son los mismos titulares dominiales quienes asumen las labores y los costos del mantenimiento pero el Estado no permanece al margen, en efecto, este último debe, por un lado, procurar líneas de créditos—incluso internacionales—que faciliten a los privados la tarea y por otro, proporcionar asesoramiento técnico especializado. El sistema se basa fundamentalmente en la idea de cooperación para la tutela.

Proyección limitativa del derecho fundamental al patrimonio cultural sobre el derecho a la propiedad

Correlativamente con este modelo de coordinación de derechos fundamentales que se plasma en el sistema de propiedad se modifica la tesis de las restricciones y límites al dominio. No se trata ahora de limitar el derecho de propiedad privada de un individuo titular para no dañar el derecho de propiedad privada de otro. El problema es limitar este derecho para poder realizar en la mayor medida posible otros intereses colectivos como los ambientales o culturales.

De este modelo las diferencias surgen evidentes: las restricciones y límites al dominio se basan en la idea misma de propiedad privada; en cambio, las limitaciones derivadas de la compatibilidad de la propiedad privada se asientan en conjunto con otros derechos fundamentales (al medio ambiente, al patrimonio cultural. En otros términos, las restricciones y límites constituyen obligaciones de hacer y de no hacer derivadas del mismo derecho propietario; en el otro caso, las limitaciones que la propiedad privada sufre por la existencia de otros derechos de incidencia colectiva es externa a la propiedad misma y deriva de la necesidad de realizar esos otros derechos también.

Es por ello que decir que las limitaciones que sufre la propiedad privada cuando se trata de bienes culturales que constituyen una restricción y límite al dominio es al menos técnicamente inapropiado pues importa ubicar el problema en un modelo anterior: el del individualismo propietario.

El horizonte: lo colectivo

León Duguit sostuvo la tesis de que el Derecho Privado se transformó durante el siglo XX, en el sentido de dejar de lado la idea de derecho subjetivo transitando hacia el reconocimiento de la idea de *función social* (Duguit, 1912). Ello importa afirmar que el tránsito se producía y continuaría haciéndolo desde lo privado a lo social.

Casi un siglo después pude observarse que la evolución es de lo privado/subjetivo a lo colectivo.

El advenimiento de la idea de derechos colectivos o supraindividuales es la que verdaderamente provoca el giro copernicano en el ámbito del Derecho Privado lo que incluye al sistema propietario.

Lo que cambia el sentido de las cosas es la aparición de intereses difusos y colectivos que se superponen con derechos subjetivos sobre bienes. Un excelente ejemplo de ello lo constituye el caso de los robles (J.A. diario del 03/03/99, Cód. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala 2°, "Quintan S.A. c. Mujica, José M.") en el cual un tribunal de segunda instancia de la ciudad de Mar del Plata no admitió la pretensión de un vecino para que se talen dos robles añosos que se encontraban ubicados en el fundo vecino al suyo a una distancia menor a tres metros que es el límite mínimo que impone el Código Civil. La razón de la decisión es que dichos árboles no son sólo bienes de propiedad del vecino sino un bien ambiental sobre el cual existen intereses generales.

Algunas experiencias legislativas criticables La normativa de la ciudad de Santa Fe

La agenda para el redireccionamiento de los procesos propietarios incluye la crítica a la tendencia instalada.

Con relación a inmuebles, la Ordenanza N° 10.115 de la ciudad de Santa Fe determina que "La afectación dispuesta en esta ordenanza, importa sólo una mera restricción administrativa del dominio, manteniéndose el pleno ejercicio del derecho de propiedad de los bienes por parte de sus propietarios, sin que se otorgue a éstos derecho a percibir indemnización o compensación alguna".

La afectación definitiva del bien trae aparejada, en materia de inmuebles, limitaciones para los propietarios de bienes declarados de interés histórico-artístico y parte del patrimonio cultural municipal.

El artículo 4 establece que: "toda acción dirigida a restaurar, reformar, ampliar, refuncionalizar, reconstruir, refaccionar o demoler total o parcialmente alguno de los inmuebles a que se refiere el artículo 2º, o que afectare las características de sitios o ámbitos urbanos declarados de interés, requerirá la intervención de la Comisión, de acuerdo a lo establecido por el Reglamento de Edificaciones (...)". En estos casos, la Comisión deberá intervenir en el plazo de 90 días, si no lo hace, el propietario queda liberado para realizar las acciones mencionadas.

Creo que la clave de todo está dada por una cuestión que la Ordenanza no aborda: ¿qué es lo que la Comisión puede recomendar y con qué carácter? Es decir, puede impedir las obras o, mediante la facultad del artículo 16 inc. c ("*Asesorar al D.E.M. en toda materia regida por esta ordenanza*"), recomendar para que sea este quien tome medidas de las que permite el artículo 19 inc. b aunque no para este caso. Esta última nos parece una fórmula adecuada que debería ser incorporada expresamente a la Ordenanza.

La realización de cualquier acción de las mencionadas en el artículo 4 sin la previa comunicación a la Comisión serán sancionadas conforme lo que establece el Reglamento de Edificaciones para las obras realizadas sin permiso (artículo 5). Además, si a causa de las obras realizadas resulta afectado el valor histórico o artístico del inmueble o de su entorno, corresponde la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 19, inc. a) de la Ordenanza N° 10.115 (restablecimiento a su costo de la obra).

La afectación también otorga beneficios para los titulares de bienes inmuebles declarados. En primer lugar, el artículo 6 faculta al D.E.M. a eximir a los mismos del estricto cumplimiento de las disposiciones de los reglamentos de edificación y de zonificación estableciendo en qué casos y bajo qué condiciones. En segundo lugar, conf. al artículo 7, se prevé la posibilidad de que el D.E.M. disponga exenciones de gravámenes municipales y/o aportes para obras de conservación de los inmuebles, elevando para ello un proyecto de Ord. al Consejo Municipal, acompañado del dictamen de la Comisión Municipal de Defensa del Patrimonio Cultural. Estas ordenanzas tendrán forma de convenio entre el Municipio y el o los propietarios del inmueble.

Los efectos de la afectación en materia de bienes muebles no parecen tan claros pues respecto de ellos se establece en el artículo 11: "Afectación: b) Ninguno de los objetos y documentos mencionados podrá salir de los límites del municipio, sin la previa comunicación a la Comisión Municipal de Defensa del Patrimonio". En la legislación europea se establecen restricciones a la libertad de circulación o de disposición del bien impidiendo que mediante ella se lo saque del ejido municipal o se lo exporte. Nuestra norma, preocupada en demasía por la constitucionalidad de la afectación, queda a mitad de camino: establece una obligación de informar y, luego, puede el titular dominial, habiendo notificado, sacar los bienes fuera de los límites del municipio. Pensamos que así la restricción no tiene demasiado sentido.

Por otro lado el tenor dubitativo de la norma es directamente contradictorio con la norma del artículo 19 inc. b en cuanto faculta a la Municipalidad a solicitar judicialmente "el reintegro al territorio del objeto de que se trata". En base a qué solicitará dicho reintegro si aparentemente lo único que se exige es la notificación a la municipalidad, única limitación para los propietarios de bienes muebles declarados.

En cuanto a los beneficios, en materia de muebles en artículo 11 establece que el D.E.M., a propuesta de la Comisión, podrá elevar al Consejo Municipal, proyectos de ordenanza para: "comprar o efectuar aportes para mantenimiento o restauración de objetos de valor artístico o histórico; suscribir convenios con particulares que impliquen obligaciones pecuniarias para la municipalidad" (inc.c, ptos. c1 y c3); finalmente, "que ese cuerpo solicite al gobierno provincial autorización para expropiar algún objeto de valor artístico o histórico" (inc. c, pro. c4).

En términos generales, sostenemos que tanto los deberes para los propietarios de bienes muebles e inmuebles declarados de interés municipal, así como también los beneficios que trae aparejada la afectación de los mismos al régimen no se encuentran sistematizados en forma clara; incluso las sanciones correspondientes al incumplimiento de aquellos deberían estar presentes en la ordenanza.

Los mayores inconvenientes para el éxito funcional de una política y legislación sobre el tema han sido: En primer lugar, la tendencia a proteger mediante la estatización esta vieja idea, muy arraigada en naciones como la nuestra en las cuales el Estado ha jugado siempre un papel más que protectorio para pasar a ser paternalista. Bajo la lumbre de estas ideas en el tema del patrimonio histórico y arquitectónico, y su preservación se pensaba que el mecanismo de tutela era pasar los bienes del dominio privado a manos del Estado mediante la figura de la expropiación. El problema fue que el Estado no contaba con los fondos necesarios para realizar las expropiaciones necesarias.

La nueva normativa, Ordenanza N° 10.115, parece invertir los términos del régimen anterior en favor del modelo de cooperación:

"Art. 3º: Carácter y efectos de la afectación: La afectación dispuesta en esta ordenanza, importa sólo una mera restricción administrativa del dominio, manteniéndose el pleno ejercicio del derecho de propiedad de los bienes por parte de sus propietarios, sin que se otorgue a éstos derecho a percibir indemnización o compensación alguna"

Art. 7: El departamento Ejecutivo Municipal podrá, en los casos que considere necesario u oportuno para el logro de los fines de la presente, disponer exenciones de gravámenes municipales y/o aportes para obras de conservación de los inmuebles. Para ello elevará al Honorable Concejo Municipal el correspondiente proyecto de ordenanza, el que deberá acompañarse con el dictamen de la Comisión Municipal de Defensa del Patrimonio.

Estas ordenanzas tendrán forma de convenio entre el municipio y el o los propietarios del inmueble, y allí se fijarán, con precisión, las obligaciones de las partes".

Art. 6: A los fines de facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 2 y 4, facultase al departamento Ejecutivo Municipal a eximir a los edificios declarados de interés municipal del estricto cumplimiento de las disposiciones de los reglamentos de Edificación (Ordenanza N° 7.279) y de Zonificación (Ordenanza N° 8.813)".

En materia de bienes muebles:

c3. "Suscribir convenios con particulares que impliquen obligaciones pecuniarias para la municipalidad".

La expropiación ocupa un lugar residual en materia de inmuebles, no así en relación con las cosas muebles:

Art. 8: En los casos que el departamento Ejecutivo Municipal estime imprescindible la expropiación del inmueble, solicitará al Honorable Concejo Municipal que autorice el correspondiente pedido de sanción legislativa al gobierno Provincial'.

También con relación a los muebles se establece una norma de expropiación: "Art. 11: Afectación: C) (...) el departamento Ejecutivo Municipal elevará al Honorable Concejo Municipal los correspondientes proyectos de ordenanza para: c.4. Que ese cuerpo solicite al Gobierno Provincial autorización para expropiar algún objeto de valor histórico o artístico."

Además, con relación a muebles se establece la posibilidad de la adquisición por la municipalidad (conf. artículo 11 inc. c1, Ordenanza N° 10.115).

Subsiste subyacente en la norma una concepción del derecho de propiedad privada propia de la

época moderna. Es decir, una concepción del derecho de propiedad en la cual se lo comprendía como un derecho absoluto, sin límites.

La futura legislación provincial

El proyecto de ley provincial de patrimonio cultural establece que las limitaciones que se imponen a la propiedad privada constituyen restricciones y límites al dominio y que deben indemnizarse. Ya expliqué en el punto anterior porqué no constituyen restricciones al dominio; ahora propongo negar que el propietario tenga derecho a indemnización laguna (Do Couto e Silva, 2002:423). Así como ocurre en materia medio ambiental, puede afirmarse que el establecimiento de ciertas restricciones al derecho propietario sobre ciertos bienes culturales no genera el deber del Estado de indemnizar por ese motivo, pues las limitaciones en cuestión derivan de la obligación que pesa sobre los propietarios de contribuir a la preservación y desarrollo del patrimonio cultural y que resulta impuesto por las normas fundamentales que consagran el derecho constitucional al patrimonio cultural. Además de ello no existe la posibilidad de operar el pedido de expropiación indirecta en razón de estas restricciones pues no hay una limitación absoluta sino solo de algunas facultades como el derecho de edificar, pero otras prerrogativas como la de percibir los frutos no se limitan. Estas limitaciones no generan un daño en el sentido de menoscabo patrimonial pues si bien se limita el derecho de edificar, surgen, de la declaración de un bien como patrimonio cultural, otras posibilidades económicas —chances—, como por ejemplo, la que importa el turismo o la investigación científica, todo lo cual redundará en una valorización económica del bien.

Problemas no resueltos y necesidad de figuras jurídicas dialógicas

Este modelo dialógico necesita, además de elaboraciones para las instancias de producción normativa, levantar mecanismos de comunicación entre la acción individual y la acción colectiva. Hoy el Derecho con su dicotomía público/privado resulta absolutamente rudimentario a la hora de tener que exponer su repertorio de instrumentos para la articulación de la acción social con la individual; escasamente puede exhibir mecanismos de este tipo.

Situaciones sociales como las que presentan el patrimonio cultural, el medio ambiente, no son las únicas que presentan problemas insolubles. La insuficiencia se exhibe también en la problemática de las llamadas *fábricas tomadas* administradas por los obreros que también muestra la insuficiencia de los mecanismos jurídicos para satisfacer estas necesidades sociales. Es una muestra más de la crisis de la dicotomía público/privado. Quizás sea que el Derecho ha sobredimensionado su función reguladora y al mismo tiempo, descuidado su misión emancipatoria y creadora; quizás no consigue abandonar el eje público/privado.

El problema que viven las *fábricas tomadas* es emblemático de la crisis público/privado, pues lo que actualmente reclaman los obreros es cómo seguir adelante con la producción, cómo estabilizar los emprendimientos y darles continuidad. Frente a ello los obreros proponen la expropiación sin indemnización (Diario, *El ciudadano & la región*, domingo 16 de marzo de 2003, pág. 6) y el Estado planea crear una unidad de financiamiento especial (Diario *Clarín*, 17 de marzo de 2003, Secc. Economía, pág. 11). A su vez los obreros se agrupan en general en forma de cooperativas, aunque reclaman un marco legal más “adecuado” (Stancanelli, P.: “Apropiarse de la fuente de trabajo” en *Le Monde Diplomatique*, agosto de 2002, pág. 8) es decir, se ofrecen salidas desde lo público a través de mecanismos de ese tipo y desde lo privado, lo que muestra que se carece de herramientas más sofisticadas capaces de articular necesidades e intereses privados y públicos suficientemente flexibles.

Nueve directivas posibles para una política de tutela de los bienes culturales

Pues bien, ¿en este contexto situacional, hacia dónde debería navegar el arca cultural?

1) Una política sobre los bienes culturales es/debe contribuir a procurar democratizar la propiedad asegurando el acceso al disfrute como mecanismo de inclusión social.

2) Desarrollar una política fuerte de tutela bienes culturales es/debe conducir hacia la emancipación respecto de la propiedad privada.

3) Una política de bienes culturales es/debe construirse sobrevalorando el “espacio local”.

4) Una política de tutela de bienes culturales es/debe desarrollar una estrategia de relacionamiento con el espacio mundial que permita la captación de fondos y al mismo tiempo minimice la imposición de “localismos globalizados” (Santos, 2001).

5) Una política de tutela del patrimonio cultural debe construirse desde/en la perspectiva de la posición periférica de la Argentina en el Sistema Mundial y desde/en el sur del cono sur.

6) La Universidad Pública debe crear, en los currículos de las carreras de derecho, mecanismos de articulación del aprendizaje del modelo propietario con instancias en las cuales se tome contacto con el conocimiento del modelo de bienes colectivos y se entrene a los alumnos en la adquisición de aptitudes en la práctica profesional de defensa de estos derechos.

7) La política de tutela de los bienes culturales debe proyectar un modelo de cooperación y diálogo entre intereses individuales y colectivos.

8) Una política de tutela del patrimonio cultural debe dar cuenta de la nueva dimensión que las decisiones propietarias poseen, incidiendo más ampliamente que nunca sobre bienes de otros, pues ya no lo hacen sobre bienes de otros individuos sino sobre bienes colectivos.

9) Una política pública de protección del patrimonio cultural exige que el eje dicotómico público/privado vigente en el campo que sea sustituido por un modelo dialógico público/privado que debería comenzar a construirse a partir de la recuperación de las metas públicas y su formulación en forma transparente.

Bibliografía

- Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997(A).
 Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997(B).
 Alexy, R.: *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997(D).
 Arean, B.: *Curso de Derechos Reales*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
 Barcellona, P.: *Diritto Privato e Società Moderna*. Jovenc Editore, 1996.
 Bauman, Z.: *Modernidad líquida*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, Brasil, 2000.
 Benjamin, A.: “Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente” en AA.VV.: *Congreso Internacional de Direito Ambiental, Anais Proceedings*, 1997, pág. 16.
 Capella, J. R.: *Fruta prohibida*. Trotta, Madrid, 1997.

- Dalton, C.: *An essay in the deconstruction of contract doctrine*. Yale Law Journal, 1985.
- Da Silva, J. A.: "Disciplina Jurídico-Urbánística da Propriedade Urbana" en *Revista da Faculdade de Direito*. U. Sao Paulo; Jan/Dez, 1980, pág. 232.
- De Castro, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC., T. 1982, XXXV-VI.
- Do Couto e Silva, J.: "O direito ambiental urbano como excluyente do dever de indenizar do estado", en *10 anos da eco 92: O direito e o desenvolvimento sustentavel*. Antonio Hernan Benjamín (Organizador/Editor), Instituto o direito por um planeta verde, 2002.
- Do Couto e Silva, J.: "El derecho ambiental urbano como exclusión del deber de indemnizar del Estado" en AA. VV., Antonio H Benjamín (org): *Ten years after Rio 92: sustainable development and law*, 2002, pág. 423.
- Duguit, L.: *Las transformaciones generales del derecho privado*. Francisco Beltrán, España, 1912.
- Ferrarese, R.: *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*. Il Mulino, 2000.
- Kennedy, D.: "Form and substance in contract law", Yale Law Journal, 1976.
- Lorenzetti, R.: *Tratado de los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.
- Lorenzetti, R.: *Las normas fundamentales de Derecho Privado*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1995.
- Howitz, M.: "La nascita del formalismo giuridico" en *Revista Democracia e diritto*. 1990, pág. 309 y ss.
- Orozco Pardo, G. y Pérez Alonso, E.: *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Civitas Mc Graw hill, 1995.
- Peces-Barba Martínez, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1995.
- Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Schientifique italiane, 1991.
- Rodotà, S.: *Repertorio di fine di secolo*. Sagittari Laterza, 1992.
- Santos, B. de S.: *Para un novo senso comun: a ciencia, o direito e a politica na transicao pardigmática*. Vol. 1 "A crítica da razão indolente". Editora Cortez, Sao Paulo, 2001.
- Trabucchi, A.: *Istituzioni di diritto civile*, XXXVI Edizioni, Cedam, Padova, 1995.
- Unger Roberto Mangabira: *What shoud legal análisis become?*. Verso, 1996.