

A propósito de la reforma al Código Civil

Duguit y la constitucionalización del derecho privado¹

Marcelo Alegre

Profesor adjunto de Teoría General del
Derecho. Secretario de Investigación
de la Facultad de Derecho, UBA.

Introducción

En nuestro país se discute en estos días una posible reforma al Código Civil. Una de las notas características del anteproyecto elaborado por la comisión designada por el poder ejecutivo es la noción de que el derecho privado debe constitucionalizarse.² La constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. La idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica, y sus propios principios. Una consecuencia de esta postura es la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia “horizontal”) de los derechos fundamentales.³ Según esta postura,

1. Una versión previa de este texto fue presentada en la videoconferencia internacional en homenaje a los cien años de las conferencias de León Duguit, realizada en la Facultad de Derecho en noviembre de 2011. Agradezco a los participantes, en especial a Matthew Mirow, de la Florida International University College of Law, y a mis colegas Tulio Ortiz, Abelardo Levaggi y Luciana Scotti.

2. Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf.

3. Ver el análisis de Víctor Ferreres en “La eficacia de los derechos constitucionales frente

los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado pero no a los particulares en las relaciones entre sí.

Otra implicancia práctica de la perspectiva “constitucionalizadora” es el abandono de la idea de la familia como una institución puramente “privada” y por lo tanto al margen de la acción del Estado y de los principios de justicia. La literatura feminista⁴ ha mostrado las inconsistencias de esta concepción tradicional. Lo cierto es que las normas que rigen la vida interna de las familias son un producto estatal, y la noción de la familia como propia del ámbito privado, encubre y refuerza la desigualdad de género, desprotegiendo a las mujeres frente a la desigualdad material, la explotación y hasta la violencia. La constitucionalización del derecho privado también somete a un cuestionamiento radical a las normas sobre los contratos y los derechos reales, y en particular al derecho de propiedad. Una de las influencias principales es la incorporación de la desigualdad económica en el tratamiento de estas prácticas e instituciones.

Hace un siglo y un año, el jurista francés Léon Duguit dio sus célebres conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.⁵ Allí, Duguit defendió varias nociones novedosas, y en especial su famosa concepción de la propiedad como función social.⁶ Quisiera proponer que consideremos a Duguit como un precursor de la idea de la constitucionalización del derecho privado. En efecto, su tesis de “la propiedad como función social” expresa una visión modernizante del derecho de propiedad, y un intento de reconcebir esta institución a la luz de principios propios del constitucionalismo social o liberal igualitario. Esta postura se opone a una

a los particulares”, en SELA 2001, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

4. Por ejemplo, Moller Okin, Susan; *Justice, Gender, and the Family*, Basic Books, Nueva York, 1989.

5. Para un análisis detallado de las conferencias, ver Mirow, Matthew C., *The Social-Obligation Norm of Property. Duguit, Hayem, and Others*, Florida Journal of International Law, Vol. 22, 2010, pp. 191-226; Florida International University Legal Studies Research Paper N°10-60. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1662226>.

6. Duguit, Léon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Libr. Española y Extranjera, Madrid, p. 199.

concepción de la propiedad como un derecho absoluto, desconectado e independiente de otras consideraciones políticas o valorativas.⁷

Duguit, positivista y realista

Ante todo Duguit defiende una posición académica, una concepción del derecho y del estudio del Derecho. Es una perspectiva positivista, inspirada en el ideal de la ciencia, respetuosa de las investigaciones empíricas. Ideas semejantes comenzaban a difundirse en diversas latitudes, por caso, en los Estados Unidos a través de la escuela del Realismo Jurídico. Así, dice Duguit:

“[S]i al estudiar el Derecho moderno se limita uno a comentar los textos de nuestros códigos, se ignorará casi toda la realidad” (p. 166). “[E]l realismo no es ni una escuela ni una doctrina: es un método, el único método fecundo, el único método científico en todo orden de conocimientos, sea el que fuere. Es preciso observar los hechos, analizarlos y hacer su síntesis [...] Para estudiar el derecho es preciso ante todo hacer observaciones sociales y abandonar todas las viejas concepciones metafísicas sin valor y sin realidad” (pp. 167-168).

Esta posición desdeña el uso de conceptos “metafísicos”, es decir no comprobables empíricamente. Uno de estos conceptos es el de los derechos. Mucho tiempo antes de la revolución de los derechos humanos, luego de la Segunda Guerra Mundial, esta rebelión contra los derechos era una reacción contra la pretensión de explicar los derechos subjetivos en términos absolutos, incondicionales, lo que en el caso de la propiedad, por ejemplo, conllevaba obturar toda política pública de redistribución de la riqueza o de protección de los contratantes más débiles económicamente. Esta noción absolutista del derecho de propiedad era, para positivistas como Duguit, un obstáculo para el progreso. Así, dice Duguit:

7. Jeremy Waldron ha cuestionado esta visión en *The Right to Private Property*, Oxford, 1988.

“[L]a propiedad derecho subjetivo es una concepción de orden puramente metafísico, en contradicción radical con el positivismo moderno” (p. 149). “[L]a propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas” (p. 142).

Es importante hacer notar que la postura de Duguit no implicaba un cientificismo pretendidamente neutral o aséptico. Por el contrario, su análisis de la propiedad estaba guiado por una valoración del progreso social, manifestado por una regulación inteligente de la propiedad para orientarla a las demandas sociales. Aunque con un tono educado, Duguit se vio obligado a dejar asentado que Argentina tenía aún un sendero a recorrer para alcanzar al mundo más desarrollado. Así:

“La evolución que intentaré describir está, yo creo, mucho menos adelantada en los países de la América del Sur, que en los países europeos, particularmente en Francia y en Inglaterra. Me colocaré sobre todo en el punto de vista francés y vosotros haréis la comparación” (pp. 142-143). “En vuestro país, decía, la evolución de la propiedad está indudablemente menos adelantada que en Europa, particularmente en lo que se refiere a esta última especie de propiedad. Quizás podría caracterizar el momento en el cual todavía os encontráis, diciendo que es el momento de la propiedad-especulación, pero al cual seguirá una época, que no está quizás muy lejana, de la propiedad-función, ya que la evolución de la sociedades, y particularmente de las sociedades latinas, que han llegado a un mismo grado de civilización, es semejante” (pp. 143-144).

¿Duguit utilitarista?

Un componente importante de las ideas de Duguit lo constituyen sus creencias de corte utilitarista. Comencemos por la crítica a la noción tradicional de la propiedad. Duguit rechaza la visión absolutista en parte por su incapacidad para servir intereses sociales:

“...el propietario, al tener el derecho de usar, de gozar y de disponer de la cosa, tiene por eso mismo el derecho de no usar, de no gozar, de no

disponer, y por consiguiente de dejar sus tierras sin cultivar, sus solares urbanos sin construcciones, sus casa sin alquilar y sin conservar, sus capitales mobiliarios improductivos” (pp. 146-147).

Según Duguit, debemos comprender al derecho de propiedad de un modo radicalmente diferente. La propiedad no es sólo un conjunto de derechos, sino principalmente fuente de obligaciones para el propietario, obligaciones que se correlacionan con fines colectivos valiosos:

“La propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social. [...] Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla” (p. 151).

La conclusión de estas consideraciones utilitaristas es su famosa definición de la propiedad como una función social:

“La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza” (p. 151).

Con tono conciliatorio, Duguit enfatiza que su posición no debería escandalizar a nadie:

“Es de notar que hoy día los más ardientes defensores de la propiedad individual, los economistas más ortodoxos, se ven obligados a reconocer que si la afectación de una cosa a la utilidad individual está protegida, es ante todo a causa de la utilidad social que de ellos resulta” (p. 152).

Esta mirada utilitarista es un paso adelante respecto de concepciones oscurantistas, pero tiene sus riesgos.⁸ Es un paso adelante porque expresa

8. Para un análisis de los pros y contras del utilitarismo, ver, por ejemplo, Kymlicka, Will, *Filosofía Política contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1995.

un impulso igualitario, en tanto la construcción de los objetivos sociales varios tenga en cuenta las preferencias de todos los miembros de la sociedad. También es un aporte positivo del utilitarismo el subordinar las políticas públicas a estándares verificables empíricamente. En otras palabras, el estado debe justificar en términos asequibles a todas sus acciones regulatorias, y ya no será suficiente el recurso a entidades metafísicas o conceptos sin fundamentos o referencias observables.

Por otra parte, es bien conocido el lado oscuro del utilitarismo: en tanto depende de cálculos agregativos, el enfoque utilitarista, al decir de Rawls, “no toma seriamente en cuenta la separabilidad de las personas”. En otras palabras, en ciertas circunstancias los intereses más importantes de una persona o grupo pueden verse vulnerados en atención a intereses menos importantes pero pertenecientes a un grupo mayor de personas. El utilitarismo está en tensión con el ideal de los derechos. Algunas observaciones de Duguit lo muestran flirteando con esta faz antiindividualista del utilitarismo:

“[E]l individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social” (p. 150).

Pero veremos más adelante que la concepción de Duguit no colisiona tan frontalmente como parece con las demandas más razonables del liberalismo individualista.

¿Duguit, el socialista?

En ciertos pasajes el enfoque utilitarista se acerca a una concepción socialista, o radical, en la medida en que propicia que la regulación de la institución de la propiedad no debe balancear el interés individual con el colectivo, sino dar preeminencia a este último:

“[E]l derecho positivo no protege el pretendido derecho subjetivo del propietario; pero garantiza la propiedad del poseedor de una riqueza, para cumplir la función social que le incumbe por el hecho mismo de esta posesión, y por esto es por lo que yo puedo decir sobre todo que la propiedad se socializa” (p. 152).

“La evolución se realiza también aquí en el sentido socialista, está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosas” (p. 142).

Esta perspectiva radical se manifiesta muy claramente en la crítica de Duguit al sistema tradicional de regulación del derecho de propiedad:

“¿Cómo han organizado esta institución social los códigos fundados en el principio individualista y civilista? De una manera bien sencilla. Primeramente, sus autores no se han preocupado de apreciar la legitimidad de las apropiaciones existentes de hecho y de determinar su fundamento. Han tomado las situaciones existentes y las han declarado intangibles” (p. 144). “Por otra parte, siendo profundamente individualistas, no han tenido en cuenta más que la afectación de la riqueza a un fin individual, el complemento y algo así como la condición misma de la libertad, de la autonomía individual. No han comprendido, ni han podido comprender, más que la protección de este destino individual” (p. 144-145).

Duguit formula una crítica que se volvería muy frecuente en los enfoques progresistas sobre la propiedad: el estado moderno no puede tomar la distribución existente de la propiedad como un dato inmodificable. Por el contrario, le compete al Estado llevar adelante políticas redistributivas, que por un lado procuren una cierta dispersión de la riqueza, y por el otro, garanticen a todos un acceso a un mínimo de propiedad. La crítica de Duguit al sistema tradicional culmina con esta observación profundamente revisionista:

“El derecho de propiedad [en el enfoque tradicional] es, además, absoluto en su duración; y sobre este carácter es sobre el que se funda el derecho de testar; ya que el propietario titular de un derecho absoluto,

tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y después” (p. 148).

Duguit pone en cuestión que el derecho de propiedad deba necesariamente revestir un carácter vitalicio, y que deba incluir un derecho absoluto de disponer de esa propiedad a través del testamento. Este ataque al derecho absoluto de testar convalidaría restricciones como las que protegen a todos los hijos por igual (contra la institución que privilegia, por ejemplo, a los primogénitos). Pero también legitima las críticas a la institución de la herencia basadas en la igualdad de oportunidades, críticas que, por ejemplo, favorecen un impuesto a este tipo de transmisión de bienes.

¿Duguit el liberal?

Las ideas de Duguit no son fácilmente clasificables. Como dije, hay en sus conferencias rasgos realistas y positivistas, utilitaristas y social-demócratas. Si bien los párrafos anteriores parecen arrasarse con toda noción liberal o individualista, Duguit se apresura a dejar en claro que hay una dimensión de la propiedad que no se vería afectada por su concepción de ella como una función social. Es aquella propiedad que sirve a necesidades personales, o al consumo individual como opuesta a la propiedad “capitalista”.

“[E]n este estudio considero exclusivamente lo que los economistas llaman la propiedad capitalista, dejando a un lado la propiedad de los objetos de consumo, que presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista” (p. 143). “[L]a propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que procedan del poder público. Es más: diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional” (p. 153).

Duguit reconoce que la propiedad sirve, en esa medida, a exigencias importantes de la libertad. Un mínimo de propiedad, en efecto, puede entenderse como un requisito para el ejercicio de la autonomía, así como también para la protección de la privacidad y la dignidad de las personas. En esta línea de razonamiento, afirma Duguit:

“El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y especialmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral. No se olvide, en efecto, que la intensidad de la división del trabajo social está en razón directa de la intensidad de la actividad individual” (p. 157).

Estas consideraciones acerca del rol positivo del derecho de propiedad (con los límites que le impone la idea de la función social) traslucen una cierta similitud con lo que Amartya Sen llama el libertarismo no disparatado (no-nonsense libertarianism),⁹ es decir el enfoque liberal clásico que hace énfasis en la limitación del poder estatal, defiende el papel de la propiedad en la protección de la libertad y elogia los efectos positivos de la economía de mercado. Por otra parte, estaríamos frente a un libertarismo disparatado en el caso de que se pretendiese que el mercado funcionara sin limitaciones, se impugnase toda regulación de la propiedad o se considerara como intocable la distribución actual de la riqueza. Autores contemporáneos como Ronald Dworkin han desarrollado extensamente la convicción de que la igualdad económica es compatible con (y hasta requiere de) instituciones que protejan la propiedad privada y la operación de los mercados.

Duguit refuerza esta toma de distancia respecto de sus observaciones más radicales descalificando la idea marxista de la lucha de clases, y acercándose a posturas solidaristas a la Durkheim:

“[A]dmito como un hecho la posesión de la riqueza capitalista por un cierto número de individuos. No tengo por qué criticar o justificar ese hecho; sería un trabajo perdido precisamente porque es un hecho. No investigo tampoco si, como pretenden ciertas escuelas, hay una oposición irremediable entre los que tienen la riqueza y los que no la tienen, entre la clase propietaria y la clase proletaria, debiendo ésta expropiar y aniquilar lo más pronto posible a aquella. Pero no puedo, sin embargo, menos de decir que, en mi opinión, esas escuelas tienen una visión absolutamente equivocada de las cosas: la estructura de las sociedades modernas es mucho más compleja. En Francia, principalmente, un

9. Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard, 2010.

gran número de personas son a la vez propietarios y trabajadores. Es un crimen predicar la lucha de clases, y estimo que marchamos, no hacia el aniquilamiento de una clase por otra, sino, por el contrario, hacia un régimen de coordinación y de jerarquización de las clases” (p. 153).

6. Armando el rompecabezas

La constitucionalización del derecho privado es la tendencia a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que ciertas áreas se rigen por principios especiales, desconectados de los estándares constitucionales. Las históricas conferencias de Léon Duguit son, a mi juicio, una temprana contribución a esta visión modernizadora de las instituciones jurídicas. Su concepción de la propiedad como función social combina perspectivas propias del positivismo, del utilitarismo, del liberalismo clásico y del igualitarismo social-demócrata.

En la medida en que nuestra Constitución también contiene principios provenientes de estas corrientes, la constitucionalización del derecho privado exige articular de algún modo estos puntos de vista. Una forma de combinar las exigencias diversas y en algunos casos contradictorias de estas corrientes es la de la estrategia rawlsiana.¹⁰ Para Rawls, el trasfondo de los principios de justicia está constituido por una democracia constitucional vigorosa, en la que las consideraciones utilitaristas son mediadas a través de los mecanismos de la política democrática. Pero las consideraciones de utilidad general pueden en ocasiones frustrar la justicia, como en el caso en el que una mayoría manifiesta preferencias discriminatorias en perjuicio de alguna minoría impopular, o como en lo referente a la distribución de la riqueza, ya que el utilitarismo es en principio neutral respecto de los aspectos distributivos. Por lo tanto, un estado puramente utilitarista sería injusto. Para evitarlo, entran en juego tres principios. En primer lugar un principio de respeto y promoción de las libertades civiles y políticas clásicas. En segundo lugar, un principio de nivelación del terreno de juego, o de igualdad real de oportunidades. Y en tercer lugar, Rawls propone un principio para limitar las desigualdades materiales, que sostiene que sólo serán admisibles las disparidades que beneficien a los más

10. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971.

desaventajados (en la práctica, las y los trabajadores/as no calificados y sus familias). Los tres principios están ordenados jerárquicamente, de modo que ni el primero puede sacrificarse para avanzar el segundo, ni el segundo puede ser sacrificado en aras de satisfacer al tercero.

El enfoque de Rawls, en suma, es típico del liberalismo igualitario, en tanto aspira a armonizar tres perspectivas en principio divergentes: el utilitarismo, el liberalismo clásico y el igualitarismo. Si fuera el caso (como creo que lo es) que nuestra Constitución reformada en 1994 encarnase un ideal liberal igualitario (al que considero estructuralmente similar al enfoque del estado social de derecho, que es una etiqueta más popular), entonces algún tipo de combinación de estos valores es inevitable. Es decir, la axiología de nuestra Constitución resulta de una articulación de las demandas más razonables del utilitarismo, el liberalismo clásico y el igualitarismo democrático.

El liberalismo igualitario, en la versión de Rawls, es sólo un ejemplo. Es indudable que pueden existir otras formas plausibles de ordenar estas exigencias de la justicia, derivadas de las perspectivas utilitaristas, liberales e igualitarias. Lo que resulta más difícil es ignorarlas, como podemos aprenderlo leyendo los textos de Duguit.

7. Conclusión

En este texto he presentado a Léon Duguit como un exponente temprano de la tendencia, hoy dominante, de la constitucionalización del derecho privado. Quien defienda esta tendencia deberá comprometerse con alguna forma de aplicar al derecho privado los valores fundamentales expresados en la Constitución. Estos valores pueden sintetizarse en tres grandes nociones: el enfoque utilitarista, el enfoque demo-liberal y el igualitario. En sus conferencias de Buenos Aires, Duguit deja traslucir ideas afines a estas visiones. Frente a la sospecha de que tal vez estas ideas no son armonizables, he argumentado que el enfoque liberal igualitario parece ser una estrategia promisoría de articulación. En otras palabras, la defensa que Duguit realiza de posiciones que parecen antagónicas no es una exposición desordenada de intuiciones en conflicto, sino un intento de tomar en cuenta principios filosófico-políticos muy probablemente ineludibles en cualquier democracia constitucional. Si esto fuera correcto, a 101 años de sus célebres conferencias, no sería exagerado homenajear a Duguit como un sólido precursor de la democratización del derecho privado.