

**ENSAYO SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.**

JOSÉ LUIS DUARTE MANRIQUE

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

PRESIDENTE: Dr. FELIPE NAVIA ARROYO

Director: Dr. JORGE PADILLA SÁNCHEZ

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2018

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis padres por regalarme la vida y la oportunidad de estudiar en la Universidad Externado de Colombia. Al profesor *Jorge Padilla Sánchez* por su constante compañía e instrucción en el presente trabajo. A mis amigos: *Tatiana Segura Rey*, *Diana Ramos Zuleta*, *Sebastián Ortiz Mendieta* y *Daniel Guzmán Martínez* por hacerme una persona feliz.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA. LA FILOSOFÍA DEL DOMINIO .....	17
LA IDEA DE ESTADO EN ROUSSEAU NACE DESDE UNA IDEA DE PROPIEDAD PRIVADA.....	20
EI CONCEPTO ABSOLUTISTA DE LA PROPIEDAD PRIVADA .....	22
¿QUÉ ES EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA PARA LA CIENCIA JURÍDICA? ..	25
RELATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO E INTRODUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN JOSSERAND .....	29
UN CAMBIO DE PARADIGMA. LA INSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS SUCEOS QUE LA IMPACTARON.....	35
LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD .....	39
EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA. LA REPÚBLICA LIBERAL (1930-1946).....	40
LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....	46
CONCLUSIONES .....	51
BIBLIOGRAFÍA.....	54

## ENSAYO SOBRE LA ESENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

“Lo absoluto, lo inmutable, lo perfecto, con que alimentaron su mente nuestros antepasados, cede su puesto y su campo de acción a una concepción del mundo, de la sociedad, y del hombre en que nada es fijo, en que todo se transforma, en que la ley del movimiento y el cambio constituye la suprema guía y orientación de las ciencias actuales. En términos breves: cuanto existe tiene un pasado y tiene también un devenir. El ser de la naturaleza, el de la sociedad y el de lo humano se descongelan y se convierten en procesos históricos provistos de una nueva dinámica, de fuerzas llenas de vida capaces de engendrar sus propios cambios y mutaciones. Es verdad que en las ciencias sociales lo viejo y caduco, en virtud de la inercia de la tradición, quiere perpetuarse y lucha por su supervivencia y conservación, para lo cual ensaya destruir todo lo nuevo que lo contraría: pero tarde o temprano perece, según la frase del filósofo: el búho de Minerva solo remonta el vuelo a la caída de la tarde”

Arturo Valencia Zea, *Origen, Desarrollo y Crítica de la Propiedad Privada*. Editorial Temis, Bogotá 1982

### INTRODUCCIÓN

*“El derecho, producto social, es la ciencia social por excelencia, la primera de todas por su urgencia, su poder de apremio y su virtud de organización; es la regla social obligatoria, regla cambiante, de aspectos múltiples y sucesivos, cuyo poder de adaptación es infinito”.* (Louis Josserand, en su conferencia: Relatividad y Abuso de los Derechos).

La lectura del libro *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, escrito por el señor Jean-Jacques Rousseau en el año de 1754, y las clases de bienes impartidas por la profesora Miquelina Olivieri Mejía inspiraron el presente escrito, el cual presento a las autoridades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia como requisito para optar al título de Abogado.

Este escrito es un fragmento analítico del caudal de información existente en torno a la temática de la propiedad privada, su concepción, desarrollo, marco conceptual aproximado en los diferentes modelos de Estado, impregnado de axiología propia del ser humano, de su afán de posesión, por lo general prevalido del influjo de las pasiones y de la ambición por atesorar; encontrando como límite, la forma de Estado que le reconoce a la propiedad privada, en esencia, una función pública con la ilusión de propender por la vigencia del orden justo.

Apropiarse de algo, poseerlo para sí, es el instinto más básico los seres humanos, de hecho, puede decirse que este comportamiento se presenta también en el mundo natural. Ciertos animales tienen territorios delimitados, por ejemplo: El lobo pelea con su manada por la presa, los cachorros por el seno de la madre y como es sabido, los dominios de una soberbia de leones pueden cubrir varios kilómetros de sabana africana. De hecho, existe una función de relación biológica llamada amensalismo, por medio de la cual ciertas especies de plantas, como los pinos, segregan líquidos tóxicos a través de sus raíces para impedir el crecimiento de otras especies alrededor suyo, apoderándose así de espacios “propios”.

Trasladándonos a nuestra especie, es posible que el alimento haya sido el primer punto de discordia respecto al dominio. Esto, teniendo en cuenta que el impulso por la simple supervivencia siempre nos acompañará. Sea suficiente situarse en un escenario de hambruna en el cual no exista competencia por bienes suntuarios pero sí por la comida; tal y como sucede hoy en ciertos países sin desarrollo económico significativo o los que han enfrentado conflictos bélicos. No es

menester mencionar el escenario violento en el cual nos encontraríamos, si otra persona robara el pedazo de pan que se encuentra en nuestra esfera de propiedad en situaciones en las que la necesidad apremia.

El profesor Francesco CARNELUTTI en su obra *Cómo nace el Derecho*, nos expresa lo siguiente:

Hemos dicho, en la lección segunda, que la propiedad nace, en el terreno de la economía, antes que en el derecho. Pero en este terreno su tutela se encomienda exclusivamente a las fuerzas del propietario; si él no llega a defenderla, se le escapa la propiedad. Pero cuando quien se apodera de las cosas de otro es castigado, es decir, cuando se prohíbe el hurto, no es ya solo el propietario quien defiende su dominio, esto es, en primer lugar su casa; a la puerta de ella están los carabineros. Entonces la propiedad de instituto puramente económico, pasa a ser un instituto jurídico y hasta se convierte en un Derecho.<sup>1</sup>

En la misma línea de ideas, Juan Enrique MEDINA PABÓN escribe:

El ser humano no solo tiene una tendencia innata, sino la certeza de la conveniencia de apresurarse a obtener las cosas materiales en buena cantidad y conservarlas para su posterior utilización. Por sabiduría y también por experiencia llegó a la conclusión de quien se alza rápidamente con las cosas y puede defenderlas mejor tiene mayores posibilidades de supervivencia y por eso adoptó la conducta de rechazar a cualquiera que, sin su asentimiento, intentara apoderarse de las cosas que ya había conseguido, para lo cual todo método se consideró útil y aceptable.<sup>2</sup>

Los métodos a los que el profesor Medina Pabón hace alusión, no son otros que cercas, límites, fronteras, cajas fuertes, muros y como último recurso la propia fuerza física, ya sea para defender lo conseguido o para tomar con astucia,

---

<sup>1</sup> FRANCESCO CARNELUTTI. *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2008, p. 35.

<sup>2</sup> JUAN ENRIQUE MEDINA PABÓN. *Derecho Civil Bienes. Derechos reales*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2016, p. XXXI

engaño o violencia lo que se desea; acción que en el Derecho civil occidental y por obra de la labor jurídica del pueblo romano tomaría el nombre de hurto, *furtum*.<sup>3</sup> Un estado de cosas contrario al derecho como un sistema de justicia plena. Al respecto Rodolfo VON IHERING señala:

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el Derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un entorno, una negación del orden legal y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el Derecho; pero aquí se habla de la lucha del Derecho contra la injusticia. Si en esta hipótesis el Derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.<sup>4</sup>

Teniendo en mente estas ideas, puede notarse que “algo” hizo que nuestros cerebros se desarrollaran con más rapidez, una chispa que encendió un camino evolutivo que no se detiene, nos diferencia de los demás organismos vivos, nos hace controlar nuestro entorno y ser “los dueños” del planeta. Si seguimos postulados biológicos de adaptación o selección natural<sup>5</sup>; observaremos que al

---

<sup>3</sup> Por obra de la jurisprudencia el hurto comenzó a ser entendido como cualquier ilícita injerencia en la propiedad ajena o utilización de la cosa ajena contra la voluntad del dueño (G. 3, 195), por lo que quedaron comprendidos en esa hipótesis los actos dirigidos a favorecer la fuga del siervo o de los animales, la falsificación de documentos y el uso indebido de las cosas depositadas o dadas en comodato (G.3, 196). FABIO ESPITIA GARZÓN. *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 236

<sup>4</sup> RODOLFO VON IHERING. *La lucha por el derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 31.

<sup>5</sup> Podemos acotar el ámbito de los posibles mecanismos evolutivos al considerar las producciones de la evolución biológica. La complejidad es inherente a lo vivo. Cada organismo presenta estructuras o comportamientos altamente improbables que le permiten autoensamblarse y perpetuarse fuera del equilibrio termodinámico, y no puede explicarse por unión al azar de sus moléculas constituyentes. **Esta complejidad característica de los organismos vivos se manifiesta en forma de adaptaciones y son, sin duda, el aspecto que más nos fascina cuando estudiamos cualquier especie.** La habilidad que muestran las arañas cuando tejen su tela, la conducta rígidamente jerarquizada de una sociedad de hormigas, el camuflaje en forma y color de muchas especies con su medio, la delicada complejidad de un ojo,... Órganos, estructuras,

final es la necesidad la que hace que los organismos se adapten y evolucionen. Diferentes tipos de pájaros se ven en la obligación de modificar sus picos para alcanzar néctar o frutos, el color de nuestra piel y raza cambia dependiendo del clima, oscuro en las zonas áridas africanas a pálido en la tundra del norte. Estas adaptaciones hacen parte de la esencia natural, pero como nuestra especie dio un paso más allá, se vio obligada a organizar su entorno y vida en común de otra manera.

El destino nos dio la capacidad de crear, usar instrumentos, organizar, construir, pero también, nos dio el poder de destrucción (auto destrucción en muchos casos), generado las más de las veces por el afán de poder. En su obra *El Origen de las Especies*, Charles DARWIN realiza el siguiente análisis.

Lo que controla la tendencia natural de cada especie a acrecentar su número es sumamente misterioso. Considérese la especie más vigorosa: cuanto más abunda, tanto más aumenta su tendencia a acrecentarse. No sabemos con exactitud cuáles son sus controles en un solo caso siquiera. Tampoco asombrará esto a nadie que reflexione acerca de nuestra ignorancia en este tema, ni siquiera en relación con el hombre, incomparablemente mejor conocido que cualquier otro animal.<sup>6</sup>

Conforme avanzaron los milenios, la naturaleza nos dotó de razón, cuando la caza no nos satisfacía o se nos hizo peligrosa, nos instalamos permanentemente en lugares que encontramos útiles para cultivar y subsistir como comunidades sedentarias. En aquellos tiempos, se hizo necesario dividir tales territorios, organizarlos y crear acuerdos para evitar violentas disputas. Tales convenios, aunque primitivos, ya fueran individuales o colectivos, darían paso a la creación

---

conductas, suelen estar diseñados para la supervivencia y la reproducción. Pero ¿cómo se producen? Darwin introdujo precisamente el mecanismo de **la selección natural** para explicar las adaptaciones complejas y características de los seres vivos. Consideremos la aportación de Darwin en el contexto de la biología del siglo XIX. Consultado en: BARBADILLA, Antonio. *LA SELECCIÓN NATURAL: "ME REPLICO, LUEGO EXISTO"* [en línea], Departamento de Genética y Microbiología. Universidad Autónoma de Barcelona 08193 Bellaterra (Barcelona) [revisado el 19 de octubre de 2018]. Disponible en Internet: <http://bioinformatica.uab.es/divulgacio/lasn/>

<sup>6</sup> CHARLES DARWIN, *Textos fundamentales*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 93.

del instrumento que permitió frenar las pasiones humanas y construir civilizaciones, el Derecho. Encontramos respaldo en las palabras de CARNELUTTI cuando señala:

“También la propiedad es un fenómeno económico, antes que jurídico. Es singular que él también, como la economía, diga relación a la casa; en latín la voz correspondiente a propiedad es dominium, y dominium viene de domus que quiere decir casa. El hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí: el esfuerzo para tomarlo se prolonga en el esfuerzo para conservarlo. Se establece una relación física entre el hombre y el bien, el cual queda retenido bajo su dominio, es decir, en la esfera sometida a su fuerza física”.<sup>7</sup>

A este antiguo instante de inocente creación jurídica se refería Jean - Jacques ROUSSEAU:

El primero a quien, después de cercar un terreno, se le ocurrió decir **“Esto es mío”**, y halló personas bastante ingenuas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, muertes, miserias y horrores habría ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o arrasando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: “¡guardaos de escuchar a ese impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son para todos y que la tierra no es de nadie!”. Pero bien podemos suponer que entonces no habían llegado las cosas al extremo de no poder ya perdurar tales como eran; **porque esta idea de propiedad, como depende de muchas ideas anteriores que no han podido nacer sino sucesivamente, no se formó de un golpe en el espíritu humano.** Fue menester progresar mucho, adquirir industria e ilustración, transmitir las y aumentar de edad en edad antes de llegar a ese último término del estado de naturaleza. Tomemos, pues, las cosas desde más lejos y tratemos de reunir bajo

---

<sup>7</sup> CARNELUTTI. Op. Cit., p.12.

un aspecto único la lenta sucesión de sucesos y de conocimientos de un orden más natural.<sup>8</sup> (*Negrilla fuera del texto consultado*)

Encontramos razón en las palabras citadas, al comparar nuestra posición de ciudadanos con la de un hombre primitivo, o sin ir tan lejos, con la de un hombre de hace algunas décadas. El día de hoy, el *ciudadano liberal* goza de la protección de un sistema estatal que se ha construido sobre pilares económicos, por y para la protección de la propiedad.

Siguiendo a CARNELUTTI, encontramos que todos los actos mediante los cuales los hombres cubren sus necesidades pertenecen a la Economía antes que al Derecho; necesidades insatisfechas, demandas de consumo que siempre están presentes y en vez de disminuir se acrecientan con el paso del tiempo. El aumento de la población y la escasez de recursos dan lugar a la generación de políticas públicas intervencionistas que buscan mitigar el impacto del consumo, planes gubernamentales que se presentan en forma de Ley y algunas veces como principios constitucionales que vienen a limitar el dominio.

Las relaciones entre consumidores presentan una tendencia hacia la competencia y no hacia la colaboración, siendo la propiedad un “*derecho de fundamento egoísta*” como lo llamaría JOSSERAND. El hombre al igual que cada especie viviente, siempre estará inmerso en una lucha por poseer al menos lo básico, una lucha por sobrevivir que no da la oportunidad de pensar en el otro, una batalla por la propiedad privada. En dicha conquista siempre habrá perdedores, personas que con el tiempo han recibido diferentes nombres: débiles, esclavos, siervos, proletarios, pobres.

Idealistas políticos de la antigua Grecia pensaron en modelos de comunidades en forma de *arcadias*<sup>9</sup>, sistemas en los cuales no existiría desigualdad porque todos

---

<sup>8</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres /El contrato social*, Barcelona, Orbis, 1973. p. 101.

los bienes y frutos del trabajo se compartirían. No es cuestión de este escrito mencionar el fracaso de dichos experimentos sociales. Como se ha dicho, el hombre tiende naturalmente hacia su propio bienestar y esto implica acumular riqueza, el conjunto de hombres –Naciones- también refleja las ambiciones de las personas que las integran; Para *Alejandro de Macedonia* no existía frontera alguna en su afán de someter a su poder todo el territorio conocido<sup>10</sup>, lo mismo puede decirse de cualquier imperio antiguo o de los imperios mercantilistas más modernos como el Inglés o el Español, para los cuales el orbe fue el único límite, ya que llegaron a cruzar océanos y a poseer terrenos de ultramar a cientos de kilómetros de sus capitales. Comparar la propiedad de tales imperios con la que puede tener una persona natural parecería una exageración, pero el anterior análisis encuentra su espacio en la actualidad cuando observamos que el hombre más rico de la tierra acumula una fortuna superior a los cien mil millones de dólares.

---

<sup>9</sup> En PLATÓN encontramos agudas observaciones de carácter sociológico: la sociedad surge como consecuencia de las necesidades de los hombres. Ningún hombre se basta a sí mismo. Explica la división social del trabajo y la especialización de las distintas tareas y oficios humanos. Advierte que la causa principal de la inestabilidad política radica en el espíritu de facción y en el egoísmo de partido, por discrepancia de intereses económicos entre quienes tienen propiedad y quienes carecen de ella. **Propone como solución un cambio profundo en la institución de la propiedad privada, inclusive su abolición, para eliminar así los extremos de miseria y de riqueza.** Encontramos en éstas y muchas otras reflexiones afines, una concepción ancestral de la cultura griega: la importancia que se atribuye, en el análisis de la vida política, a las causas económicas. (Negrilla fuera del texto original) AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. *Las ideas políticas en la historia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 58

<sup>10</sup> El señor Carlos GARCÍA GUAL, cita a HEGEL de la siguiente manera: “para recordar la prestancia histórica de Alejandro basten unas líneas de filósofo G. W. F. Hegel en las que, en sus *Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal*, destaca la impronta inolvidable que el joven monarca macedonio dejó en la marcha de la Historia. Dicen así: “Educado por Aristóteles, Alejandro a los veinte años de edad se puso a la cabeza de los helenos para conducir Grecia a Asia. Este segundo Aquiles reúne de nuevo a la Hélade para una empresa común. Cierra la vida griega, como Aquiles la empezara. Concentrando en sí el poder de Grecia, se volvió hacia el exterior y difundió por Asia la cultura griega... esta fue su grande e inmortal hazaña, la obra de la más bella individualidad. Alejandro ha sido el más bello héroe individual... PSEUDO CALÍSTENES. *Vida y hazañas de Alejandro Magno, introducción, traducción y notas de Carlos García Gual*, Madrid, Gredos, 2010,p. 9.

Obligados a convivir con nuestros semejantes, rechazamos la propiedad comunitaria, decidimos lo individual y creamos todo un sistema social que en nuestros días presenta características especiales. A través de los milenios, pasamos de los árboles al espacio exterior, salimos del espacio real para entrar en una era totalmente digital, tiempos en los que las empresas más grandes del mundo son las que se encuentran en la red y los intangibles alcanzan valores astronómicos. Entidades como Google, Facebook o Amazon, dan cuenta de la masificación de la red y de una forma de poseer que se encuentra desligada de lo material ya que solo existe en un espacio cibernético.

Hoy en día, miles de millones de usuarios tienen acceso a internet. Nos encontramos en una etapa de cambios necesarios ya que la tecnología avanzó de forma exponencial y al hacerlo dejó atrás las más importantes instituciones de la humanidad, entre ellas podemos mencionar la escritura impresa y las organizaciones empresariales. En nuestros tiempos no existe corporación alguna que no esté integrada a la red global; las universidades pasaron al campo virtual, las bibliotecas, los libros, los bancos, las entidades gubernamentales y todas las compañías del mundo. El mercado, que alguna vez se daba a lomo de animales hoy se encuentra a un click de distancia. Verbigracia, el *Forex Trading* o comercio de divisas, plataforma internacional que funciona las 24 horas del día y realiza millardos de transacciones, enriqueciendo con la ayuda de *brokers* a personas que se encuentran sentadas frente a un computador en cualquier lugar de la tierra.

Sin embargo, no siempre le hemos dado el mismo destino de utilidad a nuestras creaciones. Aprendimos a dar valor excesivo a cosas inservibles como las piedras preciosas, adorar la opulencia y vivir por ser dueños de cuanto nos rodea, pero, ¿por qué es posible poseer pacíficamente? ¿Hasta dónde se puede poseer? Si la dignidad de hombres y mujeres se iguala en todos los sentidos, ¿por qué hay gente que muere de hambre?

Sin duda algo falló. Los modelos políticos y económicos que se desarrollan bajo la idea de riqueza dejaron de lado el valor de la humanidad y con el aumento desmesurado de la pobreza, dieron paso a catástrofes sociales que unidas a las dos guerras mundiales obligaron a los Estados a repensar sus formas y constituirse de nuevo, en fin, a frenar las manos invisibles del mercado y tomar acción sobre las cuestiones que degradaban la calidad de vida de sus integrantes. Todo esto implicó afectar un sistema que hasta el momento se pensó actuaba por sí mismo. *La economía*. Una apreciación que hace Charles DARWIN sobre la destrucción de las comunidades biológicas es la siguiente:

Quando una especie, por causa de circunstancias muy favorables, crece de modo inusitado en una extensión pequeña, a menudo se dan epidemias –cuando menos, esto parece ocurrir generalmente entre nuestros animales de caza -: he aquí un control limitante independiente de la lucha por la vida. Pero aun algunas de estas llamadas epidemias parecen ser consecuencias de gusanos parásitos que por alguna causa, posiblemente la facilidad de difusión entre animales hacinados, parecen haber sido desproporcionadamente favorecidos; he aquí cierta clase de lucha entre el parásito y su anfitrión.<sup>11</sup>

El símil no es impertinente. Cuando una sociedad alcanza su máximo nivel de expansión parece dentro de sí misma, se autodestruye, ya no con incendios como los de Roma y Londres, o con pestes como la plaga italiana (pandemia bubónica). La nueva amenaza es económica, crisis cíclicas, depresiones en los mercados; situaciones que de un día para otro derrumban un aparente *status quo* de bienestar.

El sistema de capital de nuestros días descansa sobre la inestabilidad de la confianza; siendo esta un sentir generalizado de seguridad en que las leyes de la economía actuarán por sí mismas. Esta fachada creada por el juego de oferta y demanda, evita que el caos o pánico económico se apodere del mundo. Sin embargo, dada la volatilidad de las relaciones mercantiles, cualquier evento

---

<sup>11</sup> DARWIN. Op. Cit., p.95.

mínimo e inesperado puede afectar ese artificio de estabilidad en que vivimos, por ejemplo: el ascenso de un líder populista al poder, una pandemia generada por un virus incontrolable como la gripe aviar o la gripe porcina, las opiniones del Presidente de los Estados Unidos, la decisión soberana de un país comunitario que decide independizar totalmente su mercado como el “*brexit*”, o en ocasiones eventos tan benévolos como otorgar créditos de vivienda a personas sin capacidad adquisitiva. Siendo este último el germen de la peor crisis financiera de la historia moderna, la crisis hipotecaria del año 2008, evento que obligó incluso a crear cátedras en todas las universidades para aprender sobre lo sucedido y evitar una futura debacle.<sup>12</sup>

Como lo indicamos anteriormente, ha sido la superestructura económica la que dio origen al Estado moderno y a su aparato protector de la propiedad privada, el cual permite poseer riqueza sin límite y dotar de esencia la calidad de ciudadano; hacemos referencia a un Estado liberal, macro institución caracterizada por el sometimiento de sus nacionales y sus propias instituciones a la Ley, la cual nace como una decisión de representación ciudadana.

Ahora bien, ser titular de bienes es uno de los fines prácticos de la vida y el trabajo; y es que, si seguimos a LOCKE, hacemos parte de una macro institución con naturaleza societaria porque es ella misma la que nos otorga protección para llenar durante toda la experiencia vital el saco vacío con el que todos nacemos, el patrimonio. Karen VAUGHN, cita al mentado filósofo de la siguiente manera:

---

<sup>12</sup> Hace diez años que estalló la crisis de las **hipotecas subprime** o hipotecas basura conocidas así porque se concedieron a personas de escasa solvencia a altos tipos de interés. El colapso de los mercados fue tan drástico que obligó a la Reserva Federal (Fed) —y al Banco Central Europeo, (BCE)— a inyectar cientos de miles de millones y a bajar los tipos de interés. Los bancos centrales se adentraron en aguas nunca exploradas en la política monetaria y fiscal. Fueron medidas de choque que no atajaron las raíces del problema: los bancos estaban infectados con unos productos diseñados por matemáticos financieros que se basaban en créditos de escasa solvencia. Consultado en: POZZI, Sandro. *HIPOTECAS SUBPRIME: LA CRISIS CON LA QUE EMPEZÓ TODO* [en línea], Diario El País [revisado el 19 de septiembre de 2018]. Disponible en Internet: [https://elpais.com/economia/2017/08/05/actualidad/1501927439\\_342599.html](https://elpais.com/economia/2017/08/05/actualidad/1501927439_342599.html)

**“Entonces, los hombres forman sociedades y gobiernos con el fin de proteger su propiedad,** que para LOCKE incluye la vida, la libertad y las posesiones. En el estado de naturaleza, en el cual existe escasez de recursos y los hombres "no son grandes observadores de la equidad y la justicia", la capacidad de disfrutar de la vida, la libertad o las posesiones de uno se torna realmente limitada.

Al aceptar renunciar a su derecho de ser juez de su propia causa, cada individuo adquiere los beneficios de una mayor seguridad y orden. **Por lo tanto, la posesión de propiedad privada constituye una de las principales causas de la existencia del estado.** Una vez que los hombres forman el estado, se espera que el gobierno lo administre en función del bien público y no de su propio bien, y una de las maneras en que lo hace es mediante la reglamentación de la propiedad para hacerla segura. Si el gobierno no respeta sus obligaciones, por ejemplo si confisca propiedades arbitrariamente, los ciudadanos tienen el derecho de cambiar de gobierno.<sup>13</sup> (Negrilla fuera del texto original).

Sin duda alguna, la cuestión de la propiedad privada y todo lo que ella comprende (usufructos, arrendamientos, transacciones electrónicas, ropa, comida y cualquier bien apreciable en dinero o disponible para poseer) ha mutado –evolucionado- a nuevos modelos que no pueden librarse al mercado y que se han limitado por el Derecho.

El presente trabajo tiene como objetivo brindar una aproximación al núcleo esencial del que ha sido considerado como el derecho primigenio por excelencia (paradigma del iusprivatismo) y la insignia de las conquistas liberales modernas. El profesor Vicente L. MONTÉS, hace la siguiente referencia: *“En efecto, es cosa sabida que **el Código Civil francés construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad** y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la*

---

<sup>13</sup> VAUGHN, Karen. *TEORIA DE LA PROPIEDAD DE JOHN LOCKE: PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN* [en línea], Revista Libertas 3, octubre de 1885. Instituto Universitario ESEADE [revisado el 3 de diciembre de 2017]. Disponible en Internet: [http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47\\_1\\_Vaughn.pdf](http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf)

*libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, **la propiedad y el contrato***".<sup>14</sup> (Negrilla fuera del texto original)

Expondremos los más importantes acontecimientos y principales límites que marcan su desarrollo. *El abuso del derecho y la función social de la propiedad*. Esto se nos hace interesante, ya que existe una tendencia a pasar por alto el contenido del derecho de propiedad privada y abordar directamente sus variaciones (usufructo, enfiteusis, arrendamiento, entre otros aspectos) sin adentrarse específicamente en lo que es y sobre todo hasta dónde puede ejercerse.

Seguidamente conceptualizaremos el derecho de dominio. En primer lugar, mostraremos los principios filosóficos bajo los cuales se ha desarrollado la idea de propiedad y en segundo punto haremos referencia a la definición jurídica del mismo.

Luego nos detendremos un tanto en el desarrollo que ha tenido el derecho de propiedad a lo largo de los siglos, ya que sin un marco histórico adecuado el concepto que nos ocupa desarrollar quedaría desprovisto de sus bases fundamentales. Mostrar la propiedad privada sin hacer referencia a hitos como la revolución industrial, el socialismo, el mercantilismo, o el capitalismo no tendría razón de ser. Es lugar común que los estudiosos del derecho hagan referencia a la experiencia jurídica del pueblo Romano y salten casi dos milenios hasta llegar a la Revolución Francesa. Hacen parte de este capítulo las teorías que han reforzado el concepto, lo han criticado o incluso lo han cuestionado hasta el punto de un supuesto ocaso. Se hace pertinente mencionar los acontecimientos históricos que configuran el amplio margen de derechos y garantías de los cuales gozamos.

Posteriormente nos encontraremos con los principios y teorías jurídicas que han limitado el ejercicio del derecho de propiedad. Veremos que como cualquier tipo

---

<sup>14</sup> VICENTE L. MONTÉS. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*", Madrid, Editorial Civitas S.A, 1980, pp. 55.

de extralimitación legal o abuso se pueden causar daños directos (construir un edificio dentro de mi esfera de dominio que impida la entrada justa a un predio ajeno, caso en el cual se impondría una servidumbre), indirectos (como son daños a la economía general de un país cuando se poseen grandes latifundios sin explotar o “lotes de engorde”). Esto así, haremos mención a la función social de la propiedad, cuestión que encuentra espacio en este trabajo, ya que la explotación indiscriminada de recursos, el uso irresponsable de la tierra y el consumo en masa de bienes para su posterior deshecho, contaminaron el planeta y obligaron a los Estados a tomar medidas para salvaguardar un espacio para generaciones futuras, incluyendo también una función ambiental o ecológica.

Culminaremos el ensayo con la mención del concepto en el Derecho nacional y en la conclusión se plasmarán nuestras impresiones sobre cómo se desarrollará el Derecho en los años por venir.

## **CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA. LA FILOSOFÍA DEL DOMINIO**

Si existe un punto en común sobre el origen del poder político, de la sociedad civil y del Estado, éste es el derecho de propiedad privada. Es habitual encontrar referencias al dominio en las obras de los más importantes pensadores de los siglos XVIII Y XIX. A tal nivel se presenta este fenómeno en la filosofía de hace dos siglos, que los señores LOCKE y ROUSSEAU llegaron a considerar la apropiación de cosas como el inicio de la discordia entre los hombres.<sup>15</sup> Tal y como lo aludíamos al inicio del documento, es posible que alguna vez viviéramos en comunidad, en un *paraíso* en el cual todo era de todos y como una colmena de abejas trabajábamos para sobrevivir y dar continuidad a nuestra especie.

---

<sup>15</sup> En tanto el hombre no transite del estado de naturaleza al estado de sociedad, la libertad, la igualdad natural, y el goce pacífico de la propiedad están expuestos a graves amenazas. HERNÁNDEZ BECERRA. Op. Cit., p. 233

Es posible que en algún punto de nuestra historia, un individuo dotado de clara inteligencia haya querido imponer su voluntad sobre los demás, mejorar el lugar en que vivía, tener más recursos, aprovechar lo que sus manos transformaban. ¿Por qué compartir el vino que yo he elaborado con aquellos que se conforman con un jugo de uvas? ¿Por qué entregar el fruto de mi esfuerzo en la construcción de una casa que no voy a utilizar? ¿Por qué no puedo aprovechar los zapatos que elaboro con el cuero de las bestias cazadas?; eran las cuestiones que ese primer hombre se planteaba y tal vez los inconvenientes a los que se vio sometido para decidir apropiarse de algo, transformarlo y proteger dicha propiedad. ROUSSEAU nos daba el ejemplo del hombre que cercó un terreno y se adjudicó su señorío; dentro de todas las posibilidades a las que nos llevaría tal nivel de elucubración histórica, es posible que ese primer dueño haya sido asesinado, por los que como él, se creían con igual derecho sobre la tierra y a su muerte se sumarían otras cientos de miles, hasta que la necesidad por proteger la comunidad diera nacimiento a arcaicas normas de convivencia. Se requerían personas para cuidar a los recién nacidos de las bestias del bosque, hombres y mujeres para cazar, otros tantos para construir y de todos para trabajar. El profesor Arturo VALENCIA ZEA indica:

A la sencilla y elemental verdad de que el hombre necesita cosas para poder subsistir, agréguese esta otra: las cosas útiles son siempre producto del trabajo humano. La naturaleza se limita a suministrar la materia en bruto (minerales, tierra, etc.); pero dicha materia debe ser transformada por el trabajo en cosa útil y, capaz por lo tanto, de satisfacer necesidades humanas. Existen, desde luego, algunas cosas útiles cuyo goce no exige trabajo humano, como sucede con el aire y en ciertos casos con el agua, etc.; no obstante, esas cosas son pocas y con ellas solas no puede subsistir el hombre. Solo mediante el trabajo pueden obtenerse los medios de subsistencia de la especie humana; y precisamente la necesidad de producir esos medios creó las primeras sociedades de grupos humanos.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> ARTURO VALENCIA ZEA. *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1982, p.10.

Para Locke, es el trabajo el que permite acceder al nuevo dominio, es decir, sacar de la propiedad natural perteneciente a todos, algo propio.

Si bien Locke afirma que los hombres tienen derecho a crear y a disfrutar su propiedad, también sostiene que existen límites a ese derecho en el estado de naturaleza. Alude al primer límite cuando describe la manera en la que se crea la propiedad. Dice: "Siendo el trabajo la propiedad incuestionable del trabajador, nadie más que él puede tener derecho a aquello a lo cual se une ese trabajo, al menos cuando existe suficiente y de la misma calidad en común para los demás." Esto implica que el derecho que uno tiene a la propiedad sólo resulta claro y exclusivo siempre y cuando no ponga en peligro la capacidad de los demás de crear tipos de propiedades equivalentes para sí mismos. Locke no subraya esta limitación, pero enfatiza más la limitación sobre la propiedad en su siguiente argumento. Tanta propiedad "como cualquiera pueda llegar a usar para cualquier beneficio de la vida antes de que se eche a perder; en esa medida puede alguien, mediante su trabajo, apropiarse de algo. Todo lo que exceda de esto representa más de lo que le corresponde, y le pertenece a los demás". La razón de este límite se encuentra en el hecho de que Dios no creó nada para que el hombre lo arruinara o destruyera. Locke deduce que siempre y cuando los hombres respeten el mandato de no permitir que nada de lo que posean se arruine inútilmente, habrá en este primitivo estado de naturaleza abundantes tierras y recursos para todos. Además argumenta que originalmente, en el estado de naturaleza, no existía incentivo alguno para que un individuo tratara de acumular más propiedades de las que podía utilizar, ya que la mayoría de los bienes eran perecederos. En realidad, Locke parece describir un estado primitivo de existencia en el cual las poblaciones eran pequeñas y los recursos abundantes, aunque el nivel general de riqueza quizá fuera relativamente bajo. No existía acumulación de riqueza y era escasa la posesión de tierras en una población básicamente nómada.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> VAUGHN, Karen. TEORIA DE LA PROPIEDAD DE JOHN LOCKE: PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN [en línea], Revista Libertas 3, octubre de 1885. Instituto Universitario ESEADE [revisado el 3 de diciembre de 2017]. Disponible en Internet: [http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47\\_1\\_Vaughn.pdf](http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf)

Los postulados a los que hacemos mención implican un alto grado de desarrollo racional y sobre todo un punto de la historia en que los clanes humanos de forma solidaria acumularon riqueza y lograron diversificar sus clases en oficios. Quedará perdido en el tiempo el instante en que dicha paz se rompió y surgió la necesidad de instaurar a un líder, real (faraones por ejemplo) o abstracto (ciudades-Estado) para proteger lo que cada uno elaboraba y asegurar así un futuro como organización social. Crear un monstruo todopoderoso, el Leviatán de HOBBS.

Las ciudades-estados aparecieron como representantes de las riquezas comunales de los antiguos grupos humanos. Se realizó una suerte de fusión de las diversas riquezas de los clanes y tribus en un sistema económico; el titular de esta riqueza era ahora la ciudad-estado. Suele afirmarse que el tránsito del sistema comunista de las sociedades prehistóricas a uno de propiedad privada se llevó a efecto sin etapas intermedias. De esta manera los sistemas económicos serían los siguientes: el comunismo de los primitivos, la esclavitud, el feudalismo, el capitalismo y el socialismo de los actuales países socialistas. Pero este plan merece una corrección a fin de introducir entre el comunismo primitivo y el sistema de la propiedad esclavista un sistema que hemos denominado económico estatal. **De este sistema nació la propiedad privada.**<sup>18</sup> (Negrilla fuera del texto original)

## **LA IDEA DE ESTADO EN ROUSSEAU NACE DESDE UNA IDEA DE PROPIEDAD PRIVADA**

Crear el sistema al que nos referíamos anteriormente implicó ceder un poco de la libertad de cada uno y entregarla a un líder que cuidara la de todos. Esta “cesión” de una parte de la libertad propia se dio en forma contractual, este contrato social era el único capaz de frenar ese *homo homini lupus* negativo.<sup>19</sup> Salir de la guerra

---

<sup>18</sup> VALENCIA ZEA. Op. Cit., p. 231.

<sup>19</sup> Según Hobbes, el hombre no es sociable ni político por naturaleza. Por el contrario es egoísta a ultranza, su naturaleza le impele a guerrear constantemente con sus semejantes para obtener beneficios, seguridad y reputación. La violencia define las relaciones humanas a tal punto que, en estado de naturaleza, el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*). **El Estado**

de todos contra todos, implicó renunciar en favor del soberano, para que él cuidara lo que nos pertenece y asegurará con sus normas un sentido de existencia para la colectividad. De esta forma las organizaciones humanas dejaron de existir como comunidades de simple supervivencia y sus integrantes entraron en un “estado civil”<sup>20</sup> que con el pasar de los años aseguraría la constitución de ciudades y países.

La idea que el pensador francés expuso introdujo la concepción de sociedad civil justa y liberal. Parecería absurdo conservar libertad plena cuando se ha renunciado a ella en favor de todos. Rousseau no plantea una “pérdida” del albedrío, lo que presenta es una transformación de la libertad, la vuelve un valor superior del cual todos pueden beneficiarse. **Hay libertad dentro de los límites del pacto** y en nuestra opinión hay propiedad privada cuando estamos dentro de ese acuerdo, sin perder de vista que el soberano somos todos y que nos debemos al bien común. VALENCIA ZEA escribe: *“La propiedad privada descansa esencialmente en la libertad que el orden jurídico otorga a cada cual de producir y adquirir para sí toda clase de bienes, de disponer de ellos y transmitirlos por causa de la muerte. La propiedad privada es, pues, el dominio libre y total de la voluntad de una persona sobre cualquier medio o instrumento de producción, sobre todos los bienes que se produzcan, sobre las mismas producciones de la inteligencia y sobre la fuerza de trabajo de los trabajadores que se compra por un salario.”*<sup>21</sup>

De esta manera encontramos el primer límite a nuestro ejercicio de señorío sobre las cosas. El derecho de los otros.

---

**aparece, entonces, no por derecho natural sino por el ingenio y la racionalidad humanos. No es un fenómeno natural sino una creación cultural.** (negrilla fuera del texto original) HERNÁNDEZ HERRERA. Op. Cit., p. 206.

<sup>20</sup> Citando a ROUSSEAU, HERNÁNDEZ BECERRA. Op. Cit., p. 261, Sostiene: Cuando el hombre pasa del estado natural al estado civil, pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar, ganando en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Agrega ROUSSEAU que, además, adquiere la libertad moral, que por sí sola hace al hombre verdadero dueño de sí, porque la obediencia de la ley es la libertad. Si por algún motivo es violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural.

<sup>21</sup> VALENCIA ZEA. Op. Cit., p. 313

## EL CONCEPTO ABSOLUTISTA DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La revolución francesa es sin duda el suceso político más importante de la historia moderna; no obstante, haber sido una revuelta burguesa, implicó dejar atrás siglos de negación de derechos y fue un renacimiento de la ciencia jurídica, la cual encontró nuevos espacios para constituir un orden justo. La caída del Rey Borbón y de la Archiduquesa de Austria otorgó derechos a los ciudadanos, se instauró un orden a la imagen del esplendor que algún día tuvo la república romana, y se dictó una carta universal de derechos de la cual se desprendieron los principios que rigen el Derecho de todas las naciones de la tierra. El valor antropocéntrico de todos estos logros tuvo como estandarte la institución de la propiedad privada y bajo su arquetipo se desarrollarían todos los códigos civiles de occidente.

La Revolución Francesa introduce en la escena política una burguesía ansiosa de asumir el poder. **Ésta utiliza las masas populares como instrumento material de sus designios y a la legislación sobre propiedad privada como uno de sus principales instrumentos formales.** En este último sentido, impone el retorno del ordenamiento jurídico romano relativo a la propiedad privada, que atribuye al dominio un carácter absoluto y señaladamente individualista. Con ello combate las limitaciones establecidas a ese derecho por el antiguo régimen, y a la llamada propiedad de mano muerta, e introduce un régimen que permitirá a la nueva clase en ascenso sustituir el poder de la nobleza y el clero.<sup>22</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

Como vemos, el concepto de propiedad privada se volvió divino, único, intocable, anterior a cualquier intento de positivización. Se mostró como un derecho innato (natural) perteneciente a cualquier ser humano, no solo ciudadano francés sino habitante universal. El campesino que con sus fuerzas había construido Versalles, podía ahora trabajar en libertad para tener su propio palacio, al menos esta era la idea que los adinerados promotores de la revuelta proponían a sus adeptos. Si

---

<sup>22</sup> NOVOA MONREAL. Op. Cit., p.14.

bien la situación económica de los reinos europeos no era la mejor, la quiebra del Estado francés se debía en gran parte a fenómenos generalizados en todos los países y no al despilfarro de la monarquía. Haciendo énfasis en las personas que promovieron la Revolución, NOVOA MONREAL expresa: *“Aún más, la calidad de propietario de fincas pasa a ser tenida como una verdadera virtud cívica, que permite a quienes la alcanzan, derechos políticos preferentes sobre los demás. Se establecen sistemas electorales censitarios, que reconocen derecho de sufragio solamente a los propietarios de bienes inmuebles. Son estos los ciudadanos en quienes todo el pueblo puede confiar y quienes quedan encargados de trazarle rumbos al Estado.”*<sup>23</sup>

El “absolutismo francés” de la propiedad al cual hacemos referencia, es matizado por Raúl OCHOA de la siguiente manera:

*“La expresión “propiedad absoluta” no puede entenderse entonces en este contexto histórico francés como opuesta a la de propiedad ilimitada, sino como opuesta a la de propiedad gravada con cargas feudales que eran miradas como injustas y propias de una etapa superada. No se rechazaban, entonces, las limitaciones del dominio, sino los gravámenes feudales. El jurista italiano Stefano RODOTÁ afirma al respecto: “mirando suficientemente de cerca y con ojos analíticos el artículo 554, se ha encontrado otro argumento para discutir la exactitud de la tesis que quiere encontrar en dicha norma la fuente de todos los privilegios del propietario. Al hablar de propiedad absoluta, el artículo no quería afirmar el carácter ilimitado de la situación del titular, sino que utilizaba el término en su significado etimológico, para remachar que la propiedad queda desligada respecto de todo dominio eminente. Además, la afirmación del carácter absoluto debía valer sobre todo para dar a los compradores de los bienes nacionales la certidumbre de estar al resguardo de cualquier posible pretensión de los antiguos*

---

<sup>23</sup> NOVOA MONREAL. Op. Cit., p.15.

*propietarios... Una vez más la versión estrictamente individualista se presenta como el fruto de una desvirtuación de los hechos*<sup>24</sup>

En nuestra opinión, la posición que asume el profesor RODOTÁ citado por OCHOA hace relación a uno de los hechos sociales de la Revolución francesa y no tiene en cuenta el verdadero sentido que adquiriría tan importante prerrogativa. El nuevo propietario fue investido de grandes poderes<sup>25</sup>, los adinerados que habían logrado acumular grandes fortunas ahora podían comercializar sus bienes y productos sin ningún tipo de restricción, no debían más tributos y crearon fuerzas proletarias alrededor de sus fábricas.

Las promesas de riqueza que movieron a miles de personas a adherirse a la revolución quedaron en el vacío ya que los niveles de pobreza se mantuvieron, es más, se multiplicaron dada la debilidad de las recientes instituciones postrevolucionarias. Mientras se formaba una sociedad decadente, el derecho civil florecía y con él instituciones que perduran hasta nuestros días.

Si bien se destronó a un Rey y se ofreció la idea que todos eran soberanos constituyentes de uno mayor llamado pueblo, a la larga tener tantos propietarios presentó dificultades: distribución predial, uso de los recursos, ocupación indiscriminada del espacio público. Problemas que obligaron a repensar la magnificencia del derecho que se había entregado, dicha prerrogativa, debía ser atenuada para evitar el colapso de la sociedad francesa y de nuevo el ciudadano que en otra época había estado subordinado a una casa reinante, se veía en la obligación de ceder el esplendor liberal que creía haber ganado para poder así convivir en armonía.

---

<sup>24</sup> RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL. Bienes, Bogotá, Temis, 2006, p.195.

<sup>25</sup> Al respecto, NOVOA MONREAL Op. Cit., p.24 opina: Este objetivo fue el que le permitió a JOSSERAND referirse a “la concepción milenaria según la cual el propietario es un soberano, que parapetado en su casa como en una fortaleza, actúa discrecionalmente, sin que se le pueda pedir cuenta de sus actos y, menos aún, de los móviles que los han inspirado” Op. Cit., p.24

## ¿QUÉ ES EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA PARA LA CIENCIA JURÍDICA?

Para no entrar en confusiones lingüísticas y sin el ánimo de equiparar conceptos, en el presente escrito, entendemos al derecho de propiedad privada como equivalente al derecho de dominio, de esta manera respetaremos las opiniones que a lo largo de los siglos han expresado jurisconsultos y órganos legislativos. Al respecto Eduardo Novoa Monreal enuncia lo siguiente. “El dominio, o propiedad privada en sentido estricto, consiste en la forma más completa de derecho de señorío sobre una cosa y es una institución que, aunque reconocida como tal en la Constitución, tiene su regulación técnica dentro del derecho civil. Es lo que corresponde a la propiedad romana.”<sup>26</sup>

Se nos presenta un derecho con cualidades especiales, del carácter absoluto que tuvo en épocas anteriores hoy no queda nada, podría sostenerse que es una de las prerrogativas más controladas por el Estado, ya que ser dueño implica varias obligaciones, de la misma manera tampoco puede afirmarse que sea un derecho único ni perpetuo. La primera de estas características pierde todo sustento cuando observamos las formas en las que puede desmembrarse el dominio. En cuanto a su perpetuidad, es claro que el derecho es relativo, el paso de los años da lugar a adquirirlo por quien lo usa o extinguirlo por quien deja de hacerlo.

Teniendo claro lo anterior, observemos en qué consiste la citada prerrogativa. La definición que a continuación se expone tiene cabida en el régimen de Estado Liberal que hemos venido mencionando; específicamente un Estado Social de Derecho. Esto quiere decir, una institución que mediante actos positivos, garantiza

---

<sup>26</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL. *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1979, p. 12.

un mínimo de derechos para sus integrantes y cuyos valores fundamentales son la dignidad del hombre y la solidaridad.<sup>27</sup>

Para POTHIER el derecho de propiedad es: *“El dominio de la propiedad se llama así porque es el derecho en virtud del cual una cosa me es propia y me pertenece con exclusión de todos los demás. Este derecho de propiedad considerado con relación a sus efectos debe definirse: el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes. Jus de re libere disponendi o jus utendi et abutendi”*<sup>28</sup>

Por su parte el Código Civil colombiano, se refiere al derecho de propiedad de la siguiente manera: *“El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”*.<sup>29</sup> Según se observa en la disposición transcrita, el Legislador le dio el carácter de sinónimos al dominio y al derecho de propiedad, de la misma manera se puede notar tal paralelismo en algunos estudios doctrinales y jurisprudencia en la materia. Sin embargo, es claro que la palabra dominio (dominium, dominus) hace referencia directa al hecho (verbo) de poseer (dominar, detentar) con poder y ánimo (voluntad) de dueño (señorío) una cosa, derecho que se ejerce contra todos (omnia, terceros, toda la sociedad).

Con relación a este último punto, Juan Enrique MEDINA PABÓN estima lo siguiente: *“Con mis cosas hago lo que quiero es la correcta expresión de lo que*

---

<sup>27</sup> Para PÉREZ ESCOBAR quien cita la Gaceta de la Corte Constitucional , 1992,t.3, N C-449, pág, 171 el Estado Social de derecho es: “La concepción clásica del Estado de Derecho no desaparece pues, sino que viene a armonizarse con la de condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende de concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho. JACOBO PÉREZ ESCOBAR. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2010, p. 36

<sup>28</sup> POTHIER. *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, Madrid, Librería de V. Suárez. P8

<sup>29</sup> Artículo 669 Código Civil colombiano.

*significa ser dueño o propietario. Con todo, esa declaración al ser transferida al mundo jurídico adquiere una dimensión particular, porque para que opere es necesario involucrar al resto de sujetos de Derecho, imponiéndoles la carga de no interferir con el deseo del propietario, tildando de ilícita la interferencia.”*<sup>30</sup>

Es un derecho real ya que constituye una relación jurídica directamente con una cosa es el *dominium est plena in re potestas* al que hacía referencia el Derecho Justiniano, es decir, un vínculo que implica la posibilidad para el dueño de: *usus* en otras palabras, *ius utendi* que permite utilizar la cosa, *fructus* entiéndase *ius fruendi* o derecho de recibir los frutos del bien y por último, el derecho que tanta polémica ha generado a lo largo de los siglos; una posibilidad de *abusus* o *ius abutendi*, la prerrogativa de hacer disposición plena de la cosa: enajenarla, esconderla, destruirla si se quiere. Es en este punto en el cual tropezamos con las polémicas respecto al derecho de dominio, hasta dónde puede ejercerse tal atributo es uno de los puntos claves de la actual investigación.

es la propiedad absoluta, exclusiva, perpetua y libre en toda robustez, o en otras palabras, el “*ius plenum in re corporalis*” de la compendiosa fórmula de los glosadores romanos, utilizada para destacar el más extenso y acabado señorío sobre una cosa... si seguimos la historia de la propiedad y la evolución de las definiciones incorporadas posteriormente a los códigos, como las normas que la reglamentan, veremos que nunca fue verdaderamente absoluta, por grandes que hayan sido las atribuciones del titular frente al Estado o a las demás personas<sup>31</sup>

Ahora bien, cuando el dominio va perdiendo alguno de los atributos que mencionábamos anteriormente, va mutando a un nuevo de derecho, el cual, dada su utilidad práctica se consagra por el legislador como derecho real, es decir, otorga potestad sobre una cosa, poder erga omnes protegido mediante acciones

---

<sup>30</sup> MEDINA PABÓN. Op. Cit., p.90.

<sup>31</sup> MIGUEL SANCHEZ DE BUSTAMANTE “*La propiedad, limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del Código Civil*”, Editorial Librería Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 1947, pp. 20 y 21.

reales. Si sostenemos esta línea conceptual, podemos argumentar que la desmembración del dominio no constituye un límite a su esencia; ya que cuando este se divide son otras las entidades jurídicas las que nacen, cada una con características propias separadas del dominio primigenio en más o menos intensidad.

Continuando con la argumentación, podemos notar que no hay derechos absolutos, siendo la dignidad de los hombres y mujeres el único derecho inamovible. A parte de este valor intrínseco de cada ser humano (dignidad), no existe ninguna prerrogativa que se pueda ejercer con total absolutismo ya que dependiendo del momento histórico el derecho de propiedad privada ha sido más o menos limitado, no solo por las normas, también ha encontrado fronteras en el mercado, la política y múltiples hechos sociales. Por ejemplo, ser propietario de un automóvil en la ciudad de Bogotá implica un gran número de obligaciones referentes a ese bien. En la Bogotá de hoy no es posible usar un carro todos días, la restricción de pico y placa es una medida que limita una de las libertades del dominio en aras de la protección del bien común en lo que tiene que ver con movilidad, sanidad del aire y uso del espacio público. Por más absurdo que se llegue a pensar, la propiedad (derecho individualista y “pleno”) se encuentra obligada al respeto del bien común, las buenas costumbres, el medio ambiente, el derecho del otro y la Ley. Este tema será desarrollado en capítulo posterior.

Esto así, observamos que la propiedad es la prerrogativa más importante de un ciudadano ya que todos se encuentran obligados a respetar aquello que nos es propio, tan importante es esa libertad, que fue necesario crear una persona ficticia superior a todos los hombres para proteger tal plenitud y exclusividad, el Estado.

## RELATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO E INTRODUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN JOSSERAND

Quizás es el derecho de propiedad el primero que ha servido de campo de experimento a la teoría del abuso, por lo menos el derecho relativo a la propiedad inmueble. **Es un derecho tradicionalmente absoluto; es el dominium por excelencia, confiere a quien de él está investido *plena in re potestas* y no solo entre los romanos, sino en las sociedades modernas; la Revolución de 1789 le reconoció el valor de un atributo natural e imprescriptible, inviolable y sagrado, de la personalidad humana, al mismo tiempo que la seguridad y la resistencia a la opresión.** Para el Código Civil francés, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Dentro de los límites materiales de su dominio parece, pues que al propietario todo le sea permitido; puede hacer lo que bien le parezca: el carbonero es amo en su casa.<sup>32</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

El derecho absoluto, que por conveniencia, habían instaurado los burgueses y años después positivizado por el que sería emperador NAPOLEÓN, poco a poco se fue deteriorando. Acumular las tierras, la maquinaria, los medios de producción y todo lo que se pudiera acaparar en libre competencia; cerró de tajo el acceso de las clases trabajadoras a dicho concurso por la riqueza. La cabeza de LUIS XVI había quedado en las manos de Henry Sanson, pero en su reemplazo llegaron miles de “reyezuelos” y nuevos millonarios, muchos de ellos descendientes de antiguos cortesanos de Versalles que buscaban enriquecerse a toda costa y como lo diría Dante siglos atrás “entre más comían más hambre tenían”. Esto sin contar con el ambiente hostil que generarían las campañas de BONAPARTE por adueñarse, en tiranía, de toda Europa.

El derecho de propiedad en nuestra opinión no estaba en ninguna crisis, como lo denomina por ejemplo el Profesor Stefano RODOTÁ. Mucho menos un ocaso. El derecho de dominio es lo que es y es trabajo de los hombres adaptar su contenido

---

<sup>32</sup> LOUIS JOSSERAND, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 2009, p. 8.

a las realidades en las cuales viven, moldearlo sin desnaturalizarlo, sería la tarea de los más brillantes juristas y economistas; Siendo la jurisprudencia de los tribunales la encargada de vivificarlo y dinamizarlo, tal y como milenios atrás lo haría en Roma en derecho de los pretores.

Es de notar que en toda Europa comenzaron a nacer las principales casas de joyería y bienes de lujo, satisfacer el afán de consumo se convirtió también en un negocio. Las tierras de la nobleza fueron repartidas al mejor postor, la época del feudalismo había quedado atrás, siervos y vasallos ya no estaban bajo la protección y los favores de un señor o una familia de antiguo linaje. En palabras de HERNÁNDEZ BECERRA: “Al descansar el sistema productivo en el beneficio, se profundizaron las desigualdades y aparecieron nuevas formas de explotación. Las condiciones que posibilitaron el enriquecimiento de una poderosa burguesía capitalista determinaron la aparición de un proletariado sometido a brutales condiciones de vida y de trabajo.”<sup>33</sup>

El conflicto social que generaba la idealización de la propiedad privada, era uno a nivel macro económico y se relaciona con el concepto de *función social* que más adelante trataremos y que tomaría mayor carácter con la Revolución Industrial y la época de posguerras.

Por otra parte, la divinización e inviolabilidad con la que “el espíritu de la Revolución” revistió al derecho de propiedad serían su principal punto de degeneración, la pugna por poseer y por hacerlo con “*libertad*”, posiblemente ocasionó cientos de injusticias. Este problema más privado o civil por así llamarlo, generó disputas entre propietarios de cualquier clase social, la ciencia del derecho vendría a resolver estas situaciones patológicas muchos años después con la *teoría del abuso del derecho* expuesta por Josserand.

---

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ BECERRA Op. Cit., p.291.

El Jurista al referirse al dominio absoluto exponía:

“Sí, pero entonces ¿qué sería de los derechos iguales de los propietarios vecinos? Serán ahogados, degollados, por el propietario tiránico; como lo ha demostrado IHERING, en páginas definitivas, le será permitido hacer imposible la vida alrededor suyo y muy lejos a la redonda; establecerá un matadero que apestará en el aire circunvecino; montará una fábrica cuya explotación conmoverá el suelo y cuyas emanaciones harán impracticable cualquier cultivo; cavará un hoyo profundo en el lindero de su heredad y hará hundirse la casa del vecino. Obrando así permanecerá estrictamente dentro de los límites de su propiedad. ¿Podrá decir, pues, si los vecinos protestan: **feci sed iure feci**: (os he ahumado, asfixiado, arruinado, pero con toda justicia, he ocasionado un perjuicio, pero tenía derecho de hacerlo), y debéis daros por satisfechos?

**Si pudiera emplear este lenguaje el Derecho no sería ya el Derecho, sino el trujamán de la persecución y de la injusticia.** Por eso los legisladores, juristas y tribunales se han esforzado por reprimir ese derecho de propiedad que está naturalmente dotado de una fuerza de expansión indefinida. Se han empleado diversos procedimientos con tal objeto, pero especialmente se ha utilizado la teoría del abuso de los derechos, y se la utiliza de mejor gana cada día, con pleno éxito...<sup>34</sup> (Negrilla fuera del texto)

El citado autor ofreció una teoría general que podía ser aplicada no solo al derecho de propiedad, también a toda clase de relaciones jurídicas entre particulares y entre estos y el Estado mismo. A la manera de EINSTEIN, halló una ecuación jurídica de relatividad bajo la cual se desarrollarían teorías contractuales justas, las cuales propenderían por el equilibrio entre las partes. El autor comenzaría de la siguiente manera su conferencia “Relatividad y abuso de los Derechos” dictada en institutos y facultades de derecho de todo el mundo: “*La doctrina de la relatividad ocupa, desde hace varios años, desde los trabajos de EINSTEIN, uno de los primeros puestos de la actualidad universal: quisiera*

---

<sup>34</sup> JOSSERAND. Op. Cit., p.8.

*mostraros cómo ella merece dominar, seguramente más que en las ciencias positivas, en las ciencias sociales y, más concretamente, en la ciencia jurídica, ciencia en movimiento, en evolución, en perpetua transformación como la sociedad misma, de la cual es a la vez reguladora y fruto*".<sup>35</sup> (Negrilla fuera del texto original)

La mayor mente de la historia puso en jaque las leyes de la física que muchos pensaban eran absolutas, logró demostrar que el tiempo mismo es tan flexible como un elástico y la "realidad" que nuestros ojos ven es solo una apariencia que depende de la velocidad a la cual se mueven las partículas en el tejido espacio-temporal. Este empleado de una oficina de patentes sería inspiración para muchos, revolucionaría todas las ciencias, exactas o no, entre ellas la disciplina jurídica, que contaba entre sus eruditos con juristas dispuestos a acabar con cualquier novedad, a veces sin argumentos válidos, negando el futuro o simplemente sirviendo a intereses no científicos.

JOSSERAND, hace un llamado a escudriñar la esencia de los derechos. Cada prerrogativa entregada por el Estado en leyes o en la Constitución tiene un fin moral y racional, la propiedad no escapa a ello. Los principios generales del derecho, constituyen máximas generales que iluminan, la creación, interpretación y el ejercicio de cualquier derecho.<sup>36</sup> Si pudiéramos caracterizar alegóricamente las fuentes del derecho, encontraríamos lo siguiente: el dominio sería entonces una abeja de un gran panal llamado justicia, equidad, buena fe y cuya reina sería la armonía social o al menos un estado de no destrucción. No lo contrario, es decir, la propiedad no es un principio en sí misma considerada, se subordina y

---

<sup>35</sup> JOSSERAND. Op. Cit., p.1.

<sup>36</sup> Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización e interpretación. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 pp. 86 y 87.

depende de la dignidad de los seres que la crean y por ese motivo debe encontrar límites razonables. De no ser así nos encontraríamos en la caótica situación de daños no reparados y lo peor de daños justificados por el mismo derecho.

El día de hoy el abuso del derecho es sin lugar a dudas una limitante al derecho de dominio. Respecto a este punto JOSSERAND aclara que un acto es abusivo cuando se actúa dentro de la ley pero sin un motivo legítimo a su ejercicio y además de esto se causa un perjuicio a otro. Esta es su principal de diferencia con un acto ilegal, en este último se está violando directamente (por dolo o culpa) una disposición. En los actos abusivos el principio de buena cobra vital importancia, ya que el ordenamiento cuando se mira como un todo pleno no ampara ninguna acción contraria a la confianza jurídica y el orden justo que busca crear.<sup>37</sup>

El autor en mención, expone varios casos famosos de la jurisprudencia francesa, para ello toma como ejemplo el uso del espacio aéreo, del subsuelo y el derecho de recobro bajo la legislación de la época en que fueron fallados. En el primero, las leyes de permitían al propietario del suelo construir un edificio hasta cielo si a esto llegaba su poder. Como es de suponer, un propietario construyó una gran chimenea con el único objetivo (móvil antijurídico) de oscurecer el predio de su vecino. El otro caso que trae a colación el citado jurista es el negocio de *la fuentes de Saint-Galmier* a cargo de la Corte de Lyon, en este, un propietario instaló una bomba que desviaba el agua de la propiedad vecina sin obtener beneficio alguno por ello. Las siguientes fueron las palabras de los magistrados citadas en la conferencia “*el poder de abusar de las cosas propias no puede servir para*

---

<sup>37</sup> Es interesante observar cómo las ideas de JOSSERAND y GÉNY pudieron tener impacto en la jurisprudencia colombiana de 1936 a 1940 mediante presupuestos finalistas que estaban presentes en las sentencias de la **Corte de Oro**. Así, por ejemplo, el método finalista buscaba observar la función social que debería tener el derecho. Sobre el abuso del derecho, Ricardo Hinestrosa expresaba: “Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias [...]. Si se opta por el criterio de subjetividad, es la intención de dañar en donde puede encontrarse. Si se da prevalencia al criterio objetivo, es la anormalidad de este ejercicio el que lo determina”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Ricardo Hinestrosa, 1939). Consultado en: BATISTA PEREIRA, Eliécer y CORAL LUCERO, James Iván. *La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia* [en línea], 2010 [revisado el 20 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.ceppia.com.co/Documentos-tematicos/SECTOR-RURAL/FUNCION-SOCIAL-DE-LA-PROPIEDAD.pdf>

*justificar un acto que, inspirado exclusivamente en la intención de dañar, toma el carácter de un ataque al fundo vecino, malitiis non est indulgendum*".<sup>38</sup> También menciona el caso del *derecho de recobro* ante la oposición del propietario a una prórroga pedida por su inquilino:

...pero se necesita una vez más que el derecho de recobro se ejerza efectivamente y de buena fe, por un buen motivo. Si el recobrante no tiene otro fin que el de perjudicar al inquilino expulsado, que el de echarlo a la calle, la jurisprudencia interviene para frenar, para mantener al inquilino en la habitación. Observaréis que el conflicto surge aquí, no ya como en los casos precedentes, entre propietarios vecinos, sino entre un propietario y un inquilino. Poco importa, los principios son siempre los mismos: el propietario no ve su derecho protegido por la ley sino en cuanto permanece dentro de las líneas de la institución; de lo contrario, comete un abuso de derecho y la ley, por conducto de los tribunales, le retira su protección.<sup>39</sup>

Las ideas planteadas en la conferencia se derivan de la moral. Una moral entendida al estilo griego, *magna* en el sentido de ARISTÓTELES y representativa de un orden justo. Un estado de perfección al que le apunta el derecho como un todo, es decir la lucha por alcanzar un ordenamiento en plenitud, sin espacios que para que la astucia temeraria haga tambalear los pilares de la justicia.

De esta manera, encontramos el *límite civil* más importante al derecho de propiedad privada, vale decir, el derecho de los otros y la obligación de ejercer las prerrogativas concedidas por el Estado con fines y causas legítimas, esto es, móviles justos y equilibrados. Como ya lo habíamos mencionado, no hay ninguna crisis porque su esencia se mantiene a pesar de no encajar ya en un tipo de sociedad. A continuación trataremos un tema que se relaciona más con la justicia general de los Estados en los que se permite la libertad en el derecho de dominio, es decir, el impacto que en la economía puede generar el ser propietario.

---

<sup>38</sup> JOSSERAND. Op. Cit., p.10.

<sup>39</sup> JOSSERAND. Op. Cit., p.11.

Definitivamente el límite al derecho a la propiedad privada es la “prevalencia del interés general sobre el particular”, y de ahí surge el concepto de la *función social de la propiedad* al que más adelante haremos mención, entendida como que la propiedad no solo debe ser útil a su titular sino que debe traslucir el beneficio para toda la comunidad. Por ende, el propietario legítimo de un bien encuentra limitaciones al ejercicio del derecho en los derechos de los demás y el interés de la colectividad, como forma de impedirle el abuso del derecho al uso, goce y usufructo.

## **UN CAMBIO DE PARADIGMA. LA INSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS SUCESOS QUE LA IMPACTARON**

“La Revolución Francesa pretendió crear libertad e independencia para todos. Cada cual podía hacer lo que quisiera siempre que no perjudicara a otro. La nueva libertad independizó al hombre de la vieja jerarquía feudal y le permitió que pudiera escoger profesión u oficio. Pero desgraciadamente quedó sometido a una nueva servidumbre, la de las relaciones capitalistas. Ciertamente el hombre es libre de trabajar o no, pero se olvida que dicha libertad es quimérica, pues antes de pensar en libertad, el hombre tiene que satisfacer sus necesidades, y si carece de bienes se ve compelido a vender su fuerza de trabajo por un salario. **Sobre la angustia económica jamás podrá constituirse un sistema real de libertad.**”<sup>40</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

Hemos entrado en el campo de la política y la economía. La concepción absoluta de la propiedad tuvo siempre sus detractores, es más, muchos anticiparon el fracaso social de la Revolución Industrial. En una competencia de mercados habría perdedores.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> VALENCIA ZEA. Op. Cit., p.454.

<sup>41</sup> Fue durante el curso mismo de la Revolución Francesa cuando aparecieron las primeras críticas a la concepción individualista absoluta de la propiedad. MARAT, que consideraba al movimiento de masas como motor de la historia, solamente admitía la legitimidad de una propiedad que no

Con el pasar de los años la vitalidad del individualismo fue perdiendo color y por todas partes y en todas las instituciones comenzaron a penetrar ideas de justa distribución, solidaridad, cooperación, socialismo, bien común, bienestar general.<sup>42</sup>

Dos fueron los bandos filosóficos enfrentados. Los que buscaban el comunismo a través del sistema socialista y los que defendían la economía de capital. Por parte de los primeros, todo lo que entrañaba el liberalismo se oponía a la idea de un orden armónico, el ser humano pobre sería la antítesis misma del ser. Ahora bien, los que defendían al estado como espectador y gendarme, deseaban que todos compitieran en “igualdad” y de esta manera fortalecer los mercados. Existía la necesidad de conciliar los conceptos de propiedad común y propiedad privada.

Los dos sistemas generaban miseria. El primero pobreza total, la falta de competencia debilitaría la producción de bienes; poner el trabajo y sus réditos al servicio de todos generaría una situación de total estancamiento. La nación que adoptara tal sistema vería al mundo florecer mientras ella permanecería atrapada en el tiempo; crear una sola clase social, implica concebir al individuo como uno solo, restar de su ser todo ánimo de superación o de simple diferenciación. El comunismo presenta la característica de tener un “mercado” inmóvil. Ese estado de debilidad continua se prefiere porque al menos ese modelo otorga los mínimos para una subsistencia digna.

---

importara despojo del trabajo de los pobres; en todo otro caso la masa podía reclamar sus derechos por la fuerza. Una corriente denominada “los rabiosos” dirigida por FAUCHET, ROUX y VARLET iba aún más lejos, pues proponía lisa y llanamente la supresión de la propiedad privada como medio para alcanzar una igualdad no únicamente política, sino también económica. NOVOA MONREAL. Op. Cit., p.46.

<sup>42</sup> No obstante este panorama, a finales **del** siglo XIX se empieza a cuestionar esta concepción individualista y absoluta de la propiedad. Los autores que se han ocupado del tema coinciden en afirmar que el precursor de estas nuevas ideas es Von Gierke quien en sus escritos era enfático al señalar que la propiedad sin deberes carecía de porvenir. ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. *La propiedad también implica obligaciones* [en línea], 2015 [revisado el 8 de septiembre de 2018]. Disponible en internet: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-28.pdf>

En el sistema de capital puro, por el contrario, habría esplendor industrial, riqueza a manos llenas para unos pocos, pero se generaría un descalabro social al estratificar a la clase trabajadora. Los dueños de los medios de producción, que son los patronos de la fuerza laboral impondrían de manera tácita sus leyes, la dictadura de la justa riqueza, acabaría aplastando a las personas que por un salario irrisorio verían su vida marchitarse en una fábrica. El profesor VALENCIA ZEA, nos muestra lo siguiente:

“CARLOS MARX fue el primero en poner de relieve la enajenación del hombre dentro de la sociedad capitalista. **El obrero dice, se hunde al nivel de una mercancía y se convierte en la más miserable de las mercancías. “El obrero se hace más pobre mientras mayor riqueza produce, mientras más aumenta su producción en poderío y extensión.** El obrero se convierte en mercancía más. El valor creciente del mundo de las cosas determina la directa proporción de la **devaluación** del mundo de los hombres. El trabajo no solo produce mercancías: se produce a sí mismo y al obrero como mercancías; y lo hace en la proporción en que produce las mercancías en general.”<sup>43</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

El sistema de capitales es un arma de doble filo para los que en él prosperan, al existir competencia no se encuentra asegurada la estabilidad de los que acumulan riqueza. El modelo de capital a diferencia de comunal presenta variaciones, picos, bajadas. El mercado en estos sistemas obedece a recesiones que se presentan cada tanto y que son ocasionadas por hechos sociales de todo tipo, siendo el más importante la guerra. El profesor VICENTE L. MONTÉS, estima:

“Esta concepción (liberal) del dominio entrará en crisis durante el transcurso del presente siglo, por efecto fundamentalmente, de la legislación especial que hubo que dictarse para atender necesidades sociales apremiantes, que en general fueron sentidas por efecto de las secuelas negativas de la Revolución Industrial, o de las crisis periódicas de la economía capitalista, cuando no derivaban directamente de las situaciones bélicas. En una palabra, por causa de las reformas

---

<sup>43</sup> VALENCIA ZEA. Op. Cit., p.454.

a que ha habido que someter al modelo económico capitalista y de modo especial a sus postulados procedentes del “liberalismo económico”. Tales normas especiales, en general dictadas fuera de los Códigos civiles, han venido después, especialmente desde el final de la Primera Guerra Mundial, a consolidarse y extenderse desde que han alcanzado rango constitucional los principios que las informaban, muchas veces en contra de los que habían inspirado el Código civil correspondiente, **produciéndose dualismos o pluralismos en la regulación normativa de la propiedad**, al no haber sido derogados los viejos códigos o al haber pasado sus principios sin alteraciones a los nuevos, en tanto que las normas especiales y los principios en que se inspiraban llegaban a las Constituciones.”<sup>44</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

La libertad absoluta que con tanta fuerza se había proclamado comenzaba a enfermar a la sociedad. A decir de MARX, el hombre se había convertido en esclavo de sus propias creaciones, se había rebajado a un punto miserable que negaba su existencia misma, se había alienado, porque una sociedad en la que alguien come un banquete y otro simplemente no come, no es una sociedad. Es una agrupación con un sistema de principios fallido, en el cual las cartas de derecho que tanto se pregonan no serían más que poemas jurídicos.<sup>45</sup>

La solución a este dilema, el punto medio que logró conciliar las antípodas fue la mezcla de ideas. Una combinación de conceptos, lo privado con lo social. A pesar de ser palabras con contenido excluyente, es posible tomar lo mejor de ellas y desarrollar un modelo. Es acá donde se introduce el concepto que vamos a tratar.

---

<sup>44</sup> MONTÉS. Op. Cit., p. 79

<sup>45</sup> Del cuestionamiento del sistema socioeconómico, la denuncia de sus excesos y la búsqueda de formas alternativas de vida colectiva surgirían numerosas doctrinas socialistas que proponen una reforma general del sistema capitalista y de la sociedad burguesa. Unas proponen medios exclusivamente pacíficos, otras no descartan el uso de la fuerza, algunas plantean la revolución violenta y hay las que sostienen que debe acudir directamente al terrorismo general e indiscriminado. HERNÁNDEZ BECERRA. Op. Cit., p. 292.

## LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Iniciado ya nuestro siglo, **LEÓN DUGUIT** presenta bajo una nueva faz la tesis de la propiedad-función social. En su opinión, todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad con una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Por ello, el que tiene capital debe hacerlo valer aumentando la riqueza general y sólo será protegido si cumple esta función. **Con ello modifica DUGUIT la base jurídica sobre la que descansa la protección social de la propiedad:** ésta deja de ser un derecho del individuo y se convierte en una función social.<sup>46</sup> (Negrilla fuera del texto consultado).

El interés general de la sociedad (objeto del contrato social), entendido como el bienestar común que se busca al instaurar un sistema normativo; se constituye como la base de esta doctrina, dicho de otra forma, la vigencia de un orden justo y armónico es el fin de toda agrupación política y para conseguir dicha meta se hace necesario tomar medidas intervencionistas. Una de ellas es asignar un contenido más extenso al simple ejercicio de la propiedad privada, en últimas, imponer obligaciones..<sup>47</sup> Lo anterior se concretó por primera vez en el artículo 153 de la Constitución de Weimar. Al respecto el profesor NOVOA MONREAL sostiene:

“No hay definición más exacta y concisa que la que se contiene en las tres palabras: “La propiedad obliga” (*Eigentum verpflichtet*). Con ellas se indica que la propiedad no es tenida únicamente como un derecho, sino que envuelve al mismo tiempo un deber para el propietario. Esto significa que el titular del dominio tiene siempre una esfera en la cual puede imponer su voluntad, pero que está en la necesidad de respetar determinadas limitaciones en interés de otros en cuyo favor

---

<sup>46</sup> NOVOA MONREAL. Op. Cit., p. 47.

<sup>47</sup> La función social de la propiedad, como resultado de vincular esta prerrogativa con el Estado Social de Derecho, significa que la propiedad lleva implícita un deber de solidaridad y colaboración con el Estado para la realización de los fines propios del nuevo modelo de Estado que se adopta, de forma que, atendiendo a estas finalidades, para concretar esta función se tendrían las siguientes opciones: i) supresión de ciertas facultades; ii) ejercicio condicionado del derecho e; iii) imposición del ejercicio de algunas obligaciones. ROMERO PÉREZ. Op. Cit., Documento en internet.

la función está instituida. De esta forma se procura evita evitar que la propiedad se transforme en un instrumento de privilegio para su titular.”<sup>48</sup>

La definición transcrita armoniza lo individual con lo social y la forma en que se logra dicha plenitud es subordinando el individuo al Estado y a los fines que esa institución consagra. No es más que imponerle deberes al ejercicio de un derecho (con el deber primigenio del respeto al derecho ajeno y a la ley). Si ser ciudadano implica pagar impuestos, ser propietario implica usar aquello que nos pertenece para generar un efecto macroeconómico de bienestar.<sup>49</sup> Entre más riqueza se tiene, más obligado se está con la sociedad. El concepto de función social nace en un **deber ser** en la mente de los primeros juristas y sociólogos que lo plantearon. Se convierte en un **ser** cuando es normativizado en las primeras constituciones con sentido social. Es decir, en una obligación pura que se traduce en un hacer, actos positivos que se concretan en dinamizar lo que se posee, poner a producir lo que se tiene.

## **EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA. LA REPÚBLICA LIBERAL (1930-1946)**

*“La función social es el modo que tiene hoy la burguesía de hacer que la propiedad privada sea viable y respetable”<sup>50</sup>*

Antes de adentrarnos en las ideas liberales de mediados del siglo pasado; es preciso hacer mención al desarrollo que tuvo la institución de la propiedad bajo el régimen de la constitución de 1886; si bien esa Carta había sido instituida por un

---

<sup>48</sup> NOVOA MONREAL. Op. Cit., p. 61

<sup>49</sup> En Estados que no son socialistas o que, contrario sensu, manejan un sistema capitalista, la propiedad privada está garantizada, no obstante, en atención a la prevalencia del ser humano como ser social, no es admisible que esta prerrogativa se ejerza de forma arbitraria y por lo tanto el goce de este derecho dependerá del cumplimiento de algunas obligaciones que redundarán en el desarrollo conjunto de la sociedad. ROMERO PÉREZ. Op. Cit., Documento en internet.

<sup>50</sup> OCHOA CARVAJAL. Op. Cit., p. 207

gobierno conservador, centralista y persecutor de la libertad. Se mantuvo la esencia individualista del derecho francés. Dicho de otro modo, era conveniente para la clase política que detentaba el poder contar con un derecho que permitía enriquecerse y mantener la abundancia que las familias acriolladas habían acumulado. Si algo había dejado el anterior gobierno liberal era un país que competía a nivel económico en la región. Tras varias décadas de gobierno conservador, el país atravesaba por una crisis social, en parte debida al estancamiento de la economía, así como también al reparto de tierras. El latifundio, gran mal de América Latina, se había arraigado en nuestro país. Que miles de hectáreas de tierra estuvieran en manos de un solo propietario era un fenómeno común, un hecho heredado de la conquista española. Los señores latifundistas eran descendientes de familias europeas que se habían acriollado y cuyas riquezas seguían en expansión.<sup>51</sup>

El contraste de aquella época era llamativo; terratenientes enraizados en propiedades de dimensiones inimaginables, predios más grandes que algunas ciudades europeas y miles de *siervos* a su servicio. Colombia comenzaba a resentir la lentitud con que las creaciones jurídicas y la novedad científica llegaban al continente. Es más, el letargo de tantos años fue el que ocasionó la pacífica transición al liberalismo. Enrique OLAYA HERRERA sería la figura insigne del año 1930.

---

<sup>51</sup> Ya se habían presentado algunos signos de descontento popular en torno a reclamos socioeconómicos, que eran muy diferentes a los convencionales estallidos de violencia política entre liberales y conservadores. El ejemplo más obvio había sido la huelga de la zona bananera de 1928. En otras regiones del país se presentaban signos adicionales de agitación agraria; el descontento se manifestaba en forma de disputas sobre títulos de propiedad, conflictos entre propietarios y arrendatarios y movimientos de campesinos que invadían porciones no utilizadas o subutilizadas de grandes haciendas. Los disturbios agrarios serios no ocurrían en todo el país sino en áreas específicas, pero reflejaban la presión que ejercía la creciente población rural, cuyas necesidades no eran satisfechas por los patrones de tenencia de la tierra existentes: **en un extremo, grandes latifundios que no siempre se cultivaban totalmente o que estaban dedicados a la ganadería cuando serían más productivos si se cultivaran, y en el otro extremo una enorme cantidad de pequeñas parcelas campesinas cuya propiedad estaba planteada en términos legales precarios o que simplemente eran demasiado pequeñas para suministrar un sustento apropiado.** (Negrilla fuera del texto consultado) DAVID BUSHNELL. *Colombia una nación a pesar de sí misma*, Bogotá, Planeta, 2009, p. 268

Como en todo régimen de transición las ideas de OLAYA HERRERA sólo vendrían a implementarse por sus sucesores, en especial por el presidente Alfonso LÓPEZ PUMAREJO.

Es así como observamos que en nuestro país, la primera mitad del siglo pasado se caracterizó por grandes desarrollos en infraestructura y economía. Mientras el mundo vivía el impacto de la Gran Depresión, Colombia experimentaba el cambio conservador al liberal. Así como la Revolución francesa fue impulsada por los burgueses de la época, la llegada de las ideas del liberalismo económico se vio favorecida por familias adineradas. Existen opiniones encontradas sobre la labor de los líderes de entonces. Para unos sus programas “sociales” buscaban el mejor desarrollo de la nación y la mejora del nivel de vida de los ciudadanos. Para otros autores, la implementación de programas sociales obedecía a intereses propios de la clase política ya que muchas empresas estadounidenses tenían contratos con los políticos de aquel entonces. La riqueza estaba concentrada en las familias que detentaban el poder público y si la economía se dinamizaba, de la misma manera lo harían sus fortunas.

Al referirse a los antecedentes liberales de los juristas franceses sobre la función social de la propiedad, el profesor Raúl OCHOA sostiene lo siguiente:

El presidente López Pumarejo conoce esos antecedentes doctrinarios y constitucionales en torno a la propiedad. Es la burguesía industrial, a la que él pertenece, quien ha llegado al poder. **Ese sector necesitaba el desarrollo de la industria, y esta necesitaba, para ello modernizar la estructura agraria, modernizar las relaciones de trabajo en el campo. La agricultura tenía que servir a la industria.** Se hacía menester ampliar el mercado interno, y esa necesidad encontraba buena perspectiva en “la explotación de la tierra por medio de hechos objetivos... para el gobierno el problema fundamental de las tierras es su explotación. Se trata, pues, de una nueva concepción de la tierra: terminar con el sistema feudal y antieconómico existente. La ley de tierras era desde este punto de vista la expresión de la necesidad, por parte del capital, de librar una serie de

tierras, hasta ese momento apropiadas monopólicamente por los terratenientes, con el objeto de poderlas integrar a un mercado capitalista de tierras que hiciera posible realizar el capital en el sector agrario, en la medida de las necesidades del sector industrial y de la rentabilidad de las inversiones en el campo...<sup>52</sup> (Negrilla fuera del texto consultado)

Al observar lo anterior, podemos argumentar sin lugar a dudas que no fue el altruismo el valor que movió a la clase política de entonces a introducir una reforma agraria e implementar más puros valores liberales.<sup>53</sup> Fue la necesidad económica.

Por cincuenta años se había explotado el mismo capital y las mismas tierras, la población comenzaba a crecer, había nuevas exigencias para el gobierno, los capitales de los terratenientes se asentaron, la tierra para cultivar ya estaba comprada, entre otros muchos factores. No había lugar a producir más riqueza porque el círculo económico se había cerrado. *“tanto el ejecutivo como el Congreso buscaban la modernización de la propiedad agraria. Acabar con la noción del derecho de dominio como derecho absoluto. Había que hacer comprender a los propietarios que no bastaba con tener el título inscrito, sino que era necesario poseer la tierra con hechos positivos que mostraran una explotación económica de ella.”*<sup>54</sup>

Con su **“revolución en marcha”**, el presidente López Pumarejo realizó la primera reforma agraria del país, la ley 200 de 1936, de la cual fue mecenas en muchos

---

<sup>52</sup> OCHOA CARVAJAL. Op. Cit., p. 205

<sup>53</sup> Como Roosevelt, López era un hombre rico; de hecho, era banquero. Sabía de sobra que Colombia no podía continuar ignorando los problemas que alguna vez describió como “esa vasta clase económica miserable que no lee, que no escribe, que no se viste, que no se calza, que apenas come, que permanece... al margen de la vida nacional”. En su opinión tal abandono no solamente era erróneo, sino también peligroso pues tarde o temprano las masas exigirían una mayor participación en las comodidades de la vida. López creía que su partido debía tomar iniciativa y canalizar tales demandas hacia una solución pacífica”  
BUSHNELL. Op. Cit., p. 267

<sup>54</sup> OCHOA CARVAJAL. Op. Cit., p. 207

aspectos. Con su habilidad de estadista, convenció a las familias millonarias del país, conservó el *status* que estas habían conseguido a lo largo de los años, respetó las tierras que estaban siendo explotadas y repartió entre los campesinos porciones de territorio.<sup>55</sup> La sanción por tener tierras improductivas no fue otra que la extinción del derecho de dominio en favor del Estado.

Después de las reformas mencionadas y durante medio siglo, la academia nacional discutiría si la propiedad **es** o **tiene** una función social. En materia de derechos la lógica resuelve tal dilema. Modificar la esencia de un derecho y concebirlo solo como un deber implica una negación conceptual del mismo. La propiedad no es una función, lleva implícito un gravamen o deber adicional, accesorio al derecho mismo. Este tema vendría a armonizarse con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 en la cual se consagra a Colombia como un Estado social y democrático de Derecho.<sup>56</sup> Al respecto OCHOA CARVAL señala:

“En término similares habla EDUARDO FERNÁNDEZ BOTERO, que también participó como miembro del Congreso de la época: “como el texto sería contradictorio con la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título si la propiedad “es” una función social, hemos entendido que “tiene” esa función.

---

<sup>55</sup>En realidad, esta táctica no se originó con López sino con Olaya Herrera, quien la había utilizado para suavizar tensiones en puntos neurálgicos. Como era una medida cara, no se podía aplicar muy ampliamente, pero sin duda fue el método más efectivo para superar el descontento rural. Cualesquiera que hubiesen podido ser las razones precisas –y la recuperación económica sin duda fue una de ellas- el descontento agrario disminuyó visiblemente en los años posteriores a la expedición de la ley de reforma agraria de 1936. BUSHNELL. Op. Cit., p. 270

<sup>56</sup> CONTRARIA A LA OPINIÓN DE OCHOA CARVAJAL encontramos la de ROMERO PÉREZ cuando expresa: Ahora bien es importante resaltar que el ejemplo más claro de la función social de la propiedad dado expresamente por la Constitución apunta a que los límites no sólo se orientan a que los bienes inmuebles sean aprovechados económicamente en beneficio del propietario y de la sociedad, sino que este provecho se logre preservando los recursos naturales de allí que en el Texto Constitucional se señale que la función social de la propiedad lleva implícita una función ecológica de la misma. Por lo anterior en Colombia la Corte Constitucional ha defendido la tesis de que la propiedad no tiene una función social sino que es una función social en el sentido de que el carácter social de la propiedad hace parte intrínseca del contenido de este derecho y a la vez es un presupuesto o condición para su ejercicio, por lo que no podría sostenerse que es un límite externo al derecho sino que por el contrario, al estar regidos por un Estado Social de Derecho, la función social de la propiedad hace parte en sí misma del Derecho subjetivo. ROMERO PÉREZ. Op. Cit., Documento en internet.

El doctor VIDAL PERDOMO estima sobre el tema: “Algunos han querido ver contradicción entre las dos nociones, la de propiedad-derecho y propiedad-función, en verdad el conflicto es de apariencia, pues los dos conceptos se articulan lógicamente en la nueva constitución...”<sup>57</sup>

Sin embargo, articular con los nuevos mandatos constitucionales el concepto general de propiedad privada, todavía se presta para diversas interpretaciones, esto, dependiendo de los casos concretos que se examinan por parte de la Corte Constitucional y de los tipos de propiedad sobre los cuales se va a definir un estado de cosas; es decir, las opiniones de la corporación varían dependiendo de si se analiza una propiedad rural, horizontal, urbana, entre otras. En este sentido Catalina VILLEGAS considera:

Sin embargo, y aunque la Corte ha hecho un intento por elaborar una jurisprudencia novedosa en el sentido de superar la noción tradicional de la propiedad como derecho subjetivo, en varios fallos pueden leerse residuos de la doctrina civilista tradicional que generan inconsistencias e incongruencias jurisprudenciales. Por ejemplo, en la sentencia T- 245 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) la Corte hace referencia a la propiedad como derecho subjetivo, siendo que en fallos anteriores y posteriores a este pronunciamiento la jurisprudencia ha definido la propiedad por fuera de esta categoría, estructurándola como un derecho-deber con un fuerte contenido obligacional. Es así como en la T-245 referenciada se lee: “De lo anteriormente expuesto resulta necesario concluir, por parte de esta Corte, que el municipio de Rionegro y el Departamento Administrativo de Planeación, desconocen el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas”.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> OCHOA CARVAJAL, Op. Cit., P 211.

<sup>58</sup> VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. *Análisis del derecho de propiedad a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad?* [en línea], Junio de 2004 [revisado el 8 de junio de 2018]. Disponible en internet:

## LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Es el artículo 58 de la Constitución el que institucionaliza como superior el derecho objeto del presente escrito, el cual dispone:

*“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. **La propiedad es una función social que implica obligaciones.** Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”* (Subraya y negrita fuera del texto original)

La discusión que medio siglo atrás sostuvieron en nuestro país los intelectuales de la época, se había trasladado al movimiento constitucionalista del año 1991. De nuevo las ideas de DUGUIT se prestaban para todo tipo de interpretaciones. Como lo hemos sostenido a lo largo del escrito la propiedad es un derecho. OCHOA CARVAJAL cita una de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, así:

---

[http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion\\_Mercados/Documentos\\_Cursos/Analisis\\_Derecho\\_Propiedad-Villegas\\_Catalina-2004.pdf](http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion_Mercados/Documentos_Cursos/Analisis_Derecho_Propiedad-Villegas_Catalina-2004.pdf)

La propiedad como todo derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, ha de ejercerse conforme a un elevado y positivo sentido de la responsabilidad social. Es por ello importante y, aun, necesario establecer expresamente que “impone”, “implica”, o “tiene” implícitas obligaciones para con la sociedad (fórmula esta acogida, entre otros, por el ilustre presidente liberal y connotado constitucionalista doctor Alfonso López Michelsen); **pero no se ve justificable en sí misma como una función, pues con ello no queda resuelto ningún problema y, antes bien, se mantiene vigente una ostensible incongruencia.**<sup>59</sup> (Negrilla fuera del texto original).

A pesar de los esfuerzos de los juristas por establecer una redacción clara, se impuso la de las mayorías. Esto daría lugar a aclaraciones por parte de la Corte Constitucional. Siendo la sentencia **C-006 de 1993** la primera y más relevante en la materia. En uno de sus apartes expone:

**El desarrollo económico y social es el responsable último de la mutación del concepto y del sentido que la sociedad Colombiana tiene y asigna a la propiedad privada.** Las leyes expedidas a partir de los años treinta, brevemente reseñadas en esta sentencia, se inscriben bajo el signo de la sociabilidad, como lo atestiguan sus textos y la copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas, que remiten incesantemente a las categorías del interés social y de la función social de la propiedad. El alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil es notorio y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del **interés social** y de la función social. En este sentido, la afectación legislativa expresa de actividades e importantes ámbitos de la propiedad privada al interés social, ha permitido sustentar medidas expropiatorias tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva. **Por su parte, en términos generales, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y de la generación de riqueza.**

---

<sup>59</sup> OCHOA CARVAJAL. Op. Cit., p. 213.

Por lo visto, la propiedad privada, como todos los derechos y garantías, debe comprenderse a partir de la formulación constitucional. Eso además lo indica la evolución del derecho positivo nacional y su jurisprudencia. De ahí la necesidad de pasar revista a la nueva consagración constitucional de la propiedad que, como se verá, reitera y profundiza la concepción solidarista que ha caracterizado al Derecho Constitucional Colombiano durante la mayor parte de este siglo.<sup>60</sup> (Negrilla fuera de la sentencia)

En diversos apartes de la jurisprudencia que se cita, la Corte integra plenamente la teoría de la función social al derecho de propiedad. Esto quiere decir que el mentado derecho se ejercerá de una manera especial en la sociedad colombiana; colectivo que a través de sus representantes adoptó la forma de Estado Social de Derecho, en el cual prima sobre todo el interés general; el cual debe ser protegido en aras a lograr un orden justo.

Como lo mencionábamos, la Sentencia **C-006 de 1993** marcó el inicio de una línea jurisprudencial novedosa que en punto de función social de la propiedad privada ha tenido pocas variaciones hasta nuestros días. Se ha afirmado a los titulares del Derecho la naturaleza del mismo, es decir, permitiendo un uso y goce dentro de los límites de la solidaridad y el bien común. De no ser así, se atentaría contra el núcleo esencial del concepto, desnaturalizándolo y afectando el modelo de estado que decidió constituirse mediante la Carta de 1991.

Aun así, quedaba en la definición del artículo 669 del Código Civil la expresión “arbitrariamente”, adverbio que era un vestigio de la concepción absolutista francesa del derecho de propiedad y no atendía a los fines y valores que la nueva constitución había instaurado para sociedad colombiana. Mediante sentencia **C-595 de 1999**, la corte retiró del ordenamiento la citada palabra.

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 de 18 de enero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En nuestra opinión los argumentos del demandante daban cuenta de una claridad argumentativa y conceptual que es menester valorar. La lógica con la que propuso la modificación permite transcribirlos íntegramente:

*“La manifiesta y ostensible violación de la norma constitucional (art. 58 inc. 2) consiste en que la propiedad se concibe como un ejercicio concreto de la libertad, de modo que bastando respetar la ley y el derecho ajeno, el propietario puede desplegar un poder arbitrario, en principio ilimitado y renuente a la introducción de elementos obligatorios y de deberes dentro de tal derecho, para que éste comporte el alcance, amparo y la protección constitucional señalada en el artículo 58 de nuestra Carta Política.*

*La Constitución Política de Colombia, en su artículo 58, asigna una función social y ecológica a la propiedad y la edifica como derecho de todos que supone responsabilidades. **Por tal razón el contenido privatista, absolutista y potencialmente ilimitado contenido en las expresiones acusadas del artículo 669 del Código Civil Colombiano, son contrarias a las valoraciones axiológicas de solidaridad de la Constitución y a los contenidos y valoraciones políticas y filosóficas del Estado Social de Derecho definidos en la Carta Política**“.* (Negrilla fuera del texto original)

La Corte Suprema de Justicia, había atendido este asunto en el pasado (año 1988) y había declarado exequible el ejercicio “arbitrario” del derecho de propiedad. Sin embargo, esa corte no era guardiana de la actual constitución, por esa razón la decisión no hizo tránsito a cosa juzgada, podría aseverarse que otro era el Estado en el cual se analizaba dicha problemática.

El magistrado Carlos GAVIRÍA DÍAZ, sostuvo en su ponencia: *“Lo que sí es digno de registrarse es el hecho de que aún bajo la vigencia de la Carta de 1886 existieran fundadas incertidumbres acerca de la validez que pudiera conservar, **en la tercera década del siglo XX** (después de las utopías socialistas del Manifiesto Comunista y de célebres documentos de la doctrina*

*social de la Iglesia), una noción formulada en la época clásica del derecho romano.” (Negrilla fuera del texto consultado)*

Respecto a este punto ya hemos mencionado en el capítulo anterior los intereses económicos que se verían afectados si se modificaba la esencia absolutista de la propiedad y las razones por las cuales la sociedad política decidió mantener las antinomias conceptuales de propiedad función o propiedad derecho. El absurdo vino a ser resuelto en esta importante sentencia.

Conciliar la noción de derechos subjetivos adquiridos con la de función social, es una tarea poco menos que imposible, por las razones que arriba se expusieron; pero hay que decir, en defensa del Constituyente de 1936, que aún en algunos textos de Duguit se incurre en esa inconsistencia, lo que pone de presente la dificultad que crea el prescindir de una herramienta conceptual tan útil (el derecho subjetivo), tanto al legislar como al teorizar sobre el derecho.

Lo que sí parece claro es que la orientación que cualquier lector atento advierte en el artículo transcrito, resulta incompatible con una concepción de sello marcadamente individualista como la que se plasma en el artículo 669, enfatizada de modo particular en la palabra arbitrariamente, **así se hagan esfuerzos hermenéuticos tan artificiosos como inocuos para distinguir dos acepciones: caprichosamente, o según su arbitrio y optar por atribuirle al adverbio, en ese contexto, este último significado.** Cualquiera de las dos opciones mantiene la concepción individualista que subyace a la norma demandada, incompatible con la disposición de orden superior incorporada en 1936, informada de una filosofía política construida precisamente a contrapelo del individualismo.

Por otra parte, a la obligación general de función social adoptada por el Constituyente, se le sumó otra y es la llamada función ecológica de la propiedad, siendo este tema de otra línea de investigación podemos decir que es un deber de carácter ambiental global. Si el propietario desea la tutela de su derecho en Colombia, debe actuar acorde con la sostenibilidad y protección del medio

ambiente. Para esto el Estado creo todo un aparato burocrático protector de la ecología y a su vez se obliga internacionalmente con tratados multilaterales.

## CONCLUSIONES

En su vertiente de Estado liberal, el derecho a la propiedad privada es la resultante e otros derechos constitucionales, verbi gratia, el derecho al trabajo, de asociación, la libertad de escoger profesión u oficio, protección y promoción estatal de las formas asociativas solidarias de propiedad, como expresiones de la libertad individual, que emergen de la finalidad de obtención, creación y posesión de todos los bienes de orden material y espiritual; por supuesto, que como Estado de Derecho, el cauce para llegar la reconocimiento de estos derechos es la legalidad en su obtención. Ello para indicar, que la propiedad, posesión, tenencia o el usufructo de bienes debe proceder de actividades lícitas o que no causen perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, so pena de la pérdida del derecho de dominio.

En el libro ***Origen, Desarrollo Y Crítica de la Propiedad Privada***, el gran maestro Arturo VALENCIA ZEA escribe lo siguiente:

¿podrá establecerse en el futuro un nuevo sistema de relaciones de orden social y de orden económico que evite, por una parte, la absorción total del individuo dentro de lo social o colectivo y, por otra, que impida que una minoría de individuos se conviertan en amos o explotadores de la mayoría? En otras palabras: ¿podrá establecerse un gobierno de las relaciones sociales de los pueblos en que sin perder el hombre su personalidad, sea posible al mismo tiempo garantizar a todos sus miembros una subsistencia digna? Estos interrogantes llevan implícita la cuestión de si será posible destruir los sistemas de explotación que unos hombres hacen de otros y a que necesariamente conducen la propiedad capitalista. **En forma pausada puede acreditarse que la civilización actual de propiedad**

**capitalista se encuentra en trance de engendrar un nuevo sistema de relaciones económicas entre los hombres.**<sup>61</sup> (Negrilla fuera del texto original)

El profesor VALENCIA ZEA, nos plantea las preguntas que han inquietado a las mentes más brillantes durante años; caudales de tinta se han escrito sobre las relaciones de propiedad entre los pueblos y entre las personas individualmente consideradas. No somos nosotros los autorizados para dar un pronóstico sobre temas de tan delicada filosofía, pero si podemos mirar al derecho natural; a las leyes que en primer año de la carrera nos enseñan son anteriores a los hombres, un equilibrio que no hace parte de nuestro control y que obedece a fuerzas que no hemos logrado conocer. *Derecho natural, derecho de gentes y derecho civil*. Se nos decía que el derecho natural contenía a las otras instituciones y que dentro de él se encontraban leyes eternas e inmutables. Creemos con modestia que son estos principios los que debemos mirar si deseamos un pronóstico de los años por venir.

Al principio de este trabajo citábamos a DARWIN. La conclusión de su teoría de selección natural y adaptación no fue otra que la *necesidad*. Por necesidad los seres biológicos se adaptan, por necesidad alimenticia el ser humano trabaja, por necesidad de supervivencia el virus de la influenza muta como no lo hace otro elemento orgánico y por necesidad nos veremos obligados a compartir con los otros. El mundo se ha mantenido constantemente en una lucha. De todas las instituciones que como civilización creamos, solo el Derecho ha logrado encontrar un lugar en todos los tiempos. Arte de lo bueno y equitativo que se adaptó al cualquier cambio histórico. Disciplina que permitió el desarrollo de todas las ciencias y por consiguiente de las sociedades mismas.

La propiedad privada desaparecerá en el futuro. Las ideas que los maestros comunistas alguna vez formularon, encontrarán espacio en una sociedad en la

---

<sup>61</sup> VALENCIA ZEA. Op. Cit., p. 460

cual nos veamos en la necesidad de compartir para sobrevivir. Una breve imagen del tiempo nos es regalada por Virginia WOOLF en *La señora Dalloway*:

Pero todo el mundo estaba convencido de que la grandeza viajaba en el interior del vehículo; la grandeza, oculta, recorría Bond Street, y tan sólo el espesor de una mano la separaba de gentes corrientes que, ahora, por primera y última vez, se encontraban al alcance de la voz de la majestad de Inglaterra, del símbolo perdurable del Estado, símbolo que conocerán los anticuarios curiosos, al examinar las ruinas del tiempo, cuando Londres sea un camino alfombrado de hierba y cuando, de todos los que aquel miércoles por la mañana se apresuraban por las aceras de Bond Street, no queden más que huesos y unas cuantas alianzas mezcladas con el polvo, junto con los empastes de oro de innumerables dientes cariados. Porque entonces se sabrá cuál era el rostro del automóvil.

Mientras esto sucede, sin duda habrá guerras mundiales, las leyes que conocemos cambiarán, de hecho cambian todos los días. Otros holocaustos vendrán, y también acontecimientos positivos. Hasta ahora los seres humanos nos distinguimos por el progreso. Al final, cuando la historia se haya repetido cientos de veces y solo quede un pequeño grupo de individuos en la superficie de este planeta, volveremos al estado de naturaleza. Un ambiente en el cual la supervivencia nos obligará a colaborar con el otro. Habrá tanto que poseer que adueñarse de algo será la menor de las preocupaciones. Esperamos que para ese entonces el ser humano siga creando y sobre todo siga cambiando.

La esencia del derecho de propiedad privada, es la misma que la de cualquier otro derecho. El individuo. Y lo que haga mejor a ese individuo encontrará respaldo por los Estados. Lo que no, será eliminado del contenido del derecho tal y como se ha hecho en los siglos pasados y como se hará en el porvenir.

De todas formas, creo haber cumplido con la misión justa de plasmar en la obra los aspectos más relevantes de la propiedad privada; su evolución, historia, normativa, presentación de diversos esquemas del concepto al interior del sistema capitalista y socialista. Igualmente, del contenido normativo inmerso en la Carta

Política de 1991 que limita el ejercicio pleno y absoluto de la propiedad en Colombia por su contenido social, un nuevo escenario de prevalencia del interés general sobre el particular cuando existe tensión de derechos entre lo privado y lo social, en procura de materializar el orden justo, los principios de solidaridad, igualdad, pluralismo que subyacen como postulados de principalística de la Constitución Nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS.**

BUSHNELL, DAVID. *Colombia una nación a pesar de sí misma, nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*, Bogotá, Planeta, 2009.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo Nace El Derecho*, Bogotá, Temis, 2008

DARWIN, CHARLES. *Textos fundamentales*, Barcelona, Altaya, 1993.

ESPITIA GARZÓN, FABIO. *Historia del Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO. *Las ideas políticas en la historia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

JOSSERAND, LOUIS. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 2009.

MEDINA PABÓN, JUAN ENRIQUE. *Derecho civil bienes*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

MONTÉS, VICENTE L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1979

OCHOA CARVAJAL, RAÚL HUMBERTO. *Bienes*, Bogotá, Temis, 2006.

PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2010.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, el contrato social*, Barcelona, Orbis, 1971.

SANCHEZ DE BUSTAMANTE MIGUEL *La propiedad, limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del Código Civil*, Editorial Librería Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 1947.

VALENCIA ZEA, ARTURO. *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1982.

VON IHERING, RODOLFO. *La lucha por el derecho*, Granada, Comares, 2008.

### **PÁGINAS DE INTERNET.**

ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. *La propiedad también implica obligaciones* [en línea], 2015 [revisado el 8 de septiembre de 2018]. Disponible en internet: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-28.pdf>

VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. *Análisis del derecho de propiedad a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad?* [en línea], Junio de 2004 [revisado el 8 de junio de 2018]. Disponible en internet: [http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion\\_Mercados/Documentos\\_Cursos/Analisis\\_Derecho\\_Propiedad-Villegas\\_Catalina-2004.pdf](http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion_Mercados/Documentos_Cursos/Analisis_Derecho_Propiedad-Villegas_Catalina-2004.pdf)

VAUGHN, Karen I. *Teoría De La Propiedad De John Locke: Problemas De Interpretación* [en línea], 3 de octubre de 1985 [revisado el 8 de junio de 2018]. Disponible en internet: [http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47\\_1\\_Vaughn.pdf](http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf)

BATISTA PEREIRA, Eliécer y CORAL LUCERO, James Iván. *La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia* [en línea], 2010 [revisado el 22 de agosto de 2018]. Disponible en internet: <http://www.ceppia.com.co/Documentos-tematicos/SECTOR-RURAL/FUNCION-SOCIAL-DE-LA-PROPIEDAD.pdf>

### **SENTENCIAS**

Corte Constitucional, sentencia C-006 de 18 de enero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 18 de agosto de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 21 de mayo de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.