

El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano

Germán Darío Valencia Agudelo

Economista, Especialista en Gerencia Social y Magíster en Ciencia Política,
Profesor Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia
Correo electrónico: german.valencia@udea.edu.co

Resumen

El derecho de propiedad ha sido una categoría central en el pensamiento jurídico-político occidental: fue el más sagrado de los derechos en el liberalismo clásico y hoy, aunque ha perdido importancia en la doctrina constitucional, se presenta como un asunto de gran discusión. Este artículo analiza la dinámica que ha tenido el derecho de propiedad en el constitucionalismo; muestra cómo este derecho fue el fundamento para la creación del contrato fundante del Estado en el viejo contractualismo y cómo ha ido perdiendo importancia el nuevo constitucionalismo latinoamericano, convirtiéndose en una libertad condicionada en su ejercicio por el interés social.

Palabras clave: Contractualismo; Constitución Política; Constitucionalismo; Derechos Civiles; Derecho de Propiedad.

El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano*

Introducción

Ser ciudadano es ser un sujeto con derechos y deberes. Unos *derechos civiles*, que le son comunes a todos los individuos por su calidad de ser humano, y otros *derechos políticos*, que le pertenecen en cuanto elemento políticamente activo de un Estado. Todos ellos son fruto de acuerdos políticos a los que ha llegado la humanidad después de continuas luchas y reivindicaciones. Estos derechos han sido pactados en actos que van desde el *Bill of Rights* inglés de 1689 hasta las actuales constituciones (por ejemplo la Constitución boliviana de 2009), pasando por acuerdos significativos como la Constitución de Estados Unidos de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Los primeros ciudadanos –que pueden considerarse son los pertenecientes al siglo XVIII– tenían unos derechos muy limitados –que hoy se conocen como de primera generación–. En la actualidad, estos derechos se han ampliado, tanto en contenido como en forma; por ejemplo, se habla de derechos colectivos y de tercera generación.

Entre estos derechos, hay uno que ilustra muy bien los cambios que han tenido los derechos de los ciudadanos: el **derecho de propiedad**. Éste surge como elemento fundante de los demás derechos civiles: fue considerado en el pensamiento jurídico y político moderno de occidente como un derecho fundamental, pero luego de muchas transformaciones en el Estado y en el derecho ha ido perdiendo su importancia, adquiriendo una posición de “mera garantía institucional”.¹ El derecho de propiedad está siendo despojado de las garantías normativas, orgánicas y jurisdiccionales que tenía en siglos pasados, “ha dejado de ser el más sagrado de los derechos liberales, para convertirse en una libertad condicionada en su ejercicio por el interés social.”²

El anterior cambio se debe, en buena medida, a las discusiones políticas, económicas, filosóficas y jurídicas que se han dado por más de tres siglos en el mundo. Durante este tiempo se ha transformado la concepción del individuo, así como la forma de operar y administrar lo público. Gran parte de este debate ha tenido lugar en el constitucionalismo, pues el derecho de propiedad es, precisamente, una de las caras de este movimiento complejo. El constitucionalismo se ha prestado como arena para que el

*El artículo es producto del proyecto de Investigación: “Estrategia para la sostenibilidad de los grupos A y A1 para los años 2011-2012”, financiado por el Comité de Apoyo a la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia y desarrollado por el grupo de investigación *Hegemonía, guerras y conflictos* del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad, con el cual se fomenta la investigación autónoma de los miembros del grupo. Una versión inicial de este texto fue presentada en el curso *Transformaciones en el Derecho y en el Estado*, dirigido por el profesor Rubén Martínez Dalmau, del Doctorado en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, en noviembre 15 de 2012.

¹ Cfr. Fernández, Ignacio (2005). *Constitucionalismo y propiedad*. En torno a las *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*, de Clara Álvarez Alonso [en línea]. Consultado el 12 de 2012 en: www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/.../article/.../110, pág. 216

² *Ibidem*.

derecho de propiedad lucha, en el correr del tiempo, contra otros derechos y libertades (por ejemplo, con el derecho a la libertad y la igualdad).

En los primeros textos constitucionales, el derecho de propiedad tenía una importancia superior, toda vez que aparece como una forma de hacerle frente a las posibles determinaciones arbitrarias del Estado y de proteger a los individuos. Sin embargo, luego de los importantes avances tanto en el control del poder político (con la división de poderes por ejemplo) como en el logro de la relativa autonomía subjetiva frente al Estado, la defensa del derecho de propiedad se ha ido relajando. Eso pasó por ejemplo con el *Bill of Rights* de 1689 donde el derecho de propiedad no fue incluido en la posterior modificación que se hizo en 1791 o la escasa alusión que se hace en la Constitución norteamericana donde el derecho a la libertad (con mayúsculas) predomina sobre el de propiedad. Es decir, el derecho de propiedad pierde su valor *iusfundamental* en el constitucionalismo.

El presente artículo hace un recorrido histórico por el derecho de propiedad. Muestra en su primera sección cómo el derecho de propiedad es el acto civil fundante del Estado en Bodin (1530-1596) y Hobbes(1588-1679), y el elemento central de análisis del contrato social de Locke (1632-1704) y Rousseau (1712-1778). Luego, en la segunda sección, se muestra la evolución que ha tenido el derecho de propiedad en el constitucionalismo, desde el liberal revolucionario hasta el constitucionalismo social. Finalmente, en la tercera sección, se presenta un análisis comparado de la forma como aparece el derecho a la propiedad en el constitucionalismo latinoamericano, tomando cuatro países (Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) para ejemplificar el cambio paradigmático que ha tenido el derecho de propiedad: donde prima el derecho colectivo de la propiedad sobre el individual. Al final se concluye.

Metodológicamente, el trabajo hace una revisión de la literatura, acude a los textos del pensamiento político clásico, luego revisa algunos materiales que trabajan el derecho constitucional y el constitucionalismo, y, finalmente, se revisa algunos textos constitucionales latinoamericanos (específicamente los de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela), buscando observar allí el tratamiento que le dan al derecho de propiedad. Todo esto se realiza en el marco de trabajo más amplio de estudios comparados constitucionales, para evidenciar la forma como se ha trascendido los estudios constitucionales, al pasar de realizar trabajos locales o nacionales a estudios comparados.³

1. Los orígenes del constitucionalismo moderno: la propiedad en el contractualismo clásico

1.1. El derecho de propiedad en el medioevo

Son muchas las posiciones y versiones sobre el origen del Estado moderno. Algunos buscan sus orígenes en el mundo real o imaginado del medioevo;⁴ otros escudriñan su

³ Fioravanti, Maurizio (2001). *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid, Trotta; Grossi, Paolo (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid, Marcial Pons; Mcilwain, Charles (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

⁴ Pérez-Penedes, José (1997). *Instituciones Medievales*. Madrid, Síntesis; Strayer, Joseph (1981). *Sobre los Orígenes Medievales del Estado Moderno*. Barcelona, Ariel; Tilly, Charles (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*. Madrid, Alianza Editorial.

origen en el naciente sistema de mercado de los siglos XV al XVIII;⁵ y también se acude a la imaginación (no se confunda con fantasía) para hacer construcciones teóricas que les permitan justificar su origen (por ejemplo, los contractualistas).⁶ En unos y otros casos la propiedad se convierte en un elemento fundante del Estado moderno. Todos coinciden en afirmar que el Estado surge como una forma de los individuos proteger lo que poseen. Este agente –si así se le puede llamar al Estado–, utiliza su poder monopólico de las armas y la cohesión para defender la propiedad. Algo por lo cual trabajan las personas y que están dispuestos a cuidar, aunque sea mediante la renuncia a parte de su derecho a la libertad absoluta al crear al Estado.

En la edad media los individuos (nótese que no se les llama ciudadanos), al igual que pasa en el resto de la historia de la humanidad, vivían en un territorio determinado, en el realizaban sus actividades productivas y obtenían todo lo útil y necesario para su vida. Este territorio al igual que sus bienes y enseres eran celosamente cuidados y resguardados. Querían a toda costa defenderse de posibles agresores. Los residentes de aquellas villas y feudos, utilizaban las armas propias o las de mercenarios al servicio del mejor postor para resguardarse. Consideraban que tenían un derecho natural (*iusnaturalismo*) a vivir y defenderse de los demás.

En este contexto, el derecho a la propiedad tenía otras connotaciones, no existía como derecho jurídico tal como se conocen hoy. Según Álvarez,⁷ en el medioevo la propiedad era una cualidad del bien, en igualdad frente a otros derechos reales; es decir, no era un derecho subjetivo sino como una situación objetiva que ni tan siquiera resultaba privilegiada respecto de los restantes derechos. Así, la propiedad tenía un carácter estático, carecía de una creación normativa, no era jerarquizado y debido a la existencia de diversos centros de poder se cataloga de descentralizada.

Pero dada la importancia que tiene la posesión y la propiedad para las personas, al final del medioevo la postura frente a este cambio: dejó de ser una cualidad del bien para pasar a concebirse como un derecho subjetivo. Con ello se estaría dando origen al surgimiento de la autonomía individual y al fundamento de los derechos subjetivos.⁸ Igualmente, la propiedad comenzó a adquirir un carácter de exclusividad, el concepto de dominio *directo* (disponibilidad) les permitió a las personas realizar intercambio de bienes en una economía de mercado naciente. De esa manera la propiedad fue adquiriendo los rasgos distintivos que tendría en el moderno Estado Nación.⁹

Los reyes, monarcas, príncipes y demás formas de monopolio del poder encontraron en el dominio directo (propiedad) su justificación. La discusión sobre el derecho a la propiedad, a la libre disposición de los bienes, se trasladó al plano político. Los monarcas

⁵ Deane, Phyllis (1989). *El Estado y el sistema económico*. Barcelona, Crítica; Míguez, Pablo (2009). *El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política*. En: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, publicación electrónica de la Universidad Complutense, Vol. 22, No 2 (segundo semestre de 2009), págs. 1-21; SEE, Henri (1979). *Orígenes del capitalismo moderno*. México, Fondo de Cultura Económica.

⁶ Ver Hobbes, Thomas (1990). *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid, Alianza. 2001; Locke, John. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Alianza.

⁷ Cfr. Álvarez, Clara (1999). *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*. Madrid, Marcial Pons, págs. 24-28.

⁸ *Ibid.* págs. 27-37

⁹ Valencia, Germán (2011). *Teoría económica y formación del Estado Nación: mercantilistas y liberalistas*. Ecos de Economía, Año 15, No. 32, págs. 156-178

vieron en la propiedad un buen argumento para justificar su poder. Al igual que las personas que tienen dominio sobre un bien y pueden disponer de ellos, también los monarcas tienen dominio (*dominus*) sobre un territorio y exclusividad frente a otros poderes externos (Iglesia e Imperio). Es decir, nace la idea de soberanía *ad intra* y *ad extra* de los monarcas. Idea que finalmente llevaría a la construcción del Estado patrimonial y a la concentración del poder público en unas mismas manos.

El nuevo concepto de propiedad tuvo dos implicaciones adicionales: una primera la recuerda Francisco Suárez,¹⁰ uno de los principales autores de la neoescolástica española, quien habla que con el reconocimiento de la propiedad individual se logró dar paso de una *sociedad natural* a una *sociedad civil*: “la sociedad natural (expresión misma de la naturaleza humana) dejaba paso a la sociedad civil (fruto de un *pactum societatis*), que constituía una forma de organización más perfecta, por cuanto suponía una comunidad organizada en torno a la propiedad”.¹¹ La segunda fue la lucha por las reivindicaciones políticas de la sociedad frente al dominio absoluto del Rey, los súbditos quisieron imponer límites al poder soberano para que respetara el derecho a la propiedad. Es decir, el derecho a la propiedad servía de argumento para fundar el Estado y también como instrumento justificador de límites al poder soberano y en este sentido a los derechos de los súbditos.

En resumen, la necesidad real de disponer de un bien, ya sea para venderlo o cambiarlo por otro, provocó que la gente comenzara a demandar la propiedad como un derecho. Derecho que sirvió al rey para justificar su dominio monopólico sobre un territorio y también como elemento justificador del nacimiento del Estado Nación. Lo importante fue que el derecho de propiedad permitió también la aparición de la sociedad civil y con ella los derechos civiles. Entre ellos el derecho a la propiedad, que en la primera etapa del Estado moderno tendría gran importancia como se verá a continuación.

1.2. La propiedad como hecho fundante del Estado: Bodin y Hobbes

En los siglos XVI y XVII hubo varios intentos por justificar la existencia del Estado. “Con la consolidación del Estado moderno como forma de organización política y la reaparición del poder absoluto –principalmente en manos del rey– en las puertas de la modernidad, requirió de un replanteamiento sobre la naturaleza del poder y la necesidad de su control, que delinearón los teóricos del constitucionalismo”.¹² Juan Bodin (1530-1596) y Thomas Hobbes (1588-1679) son dos representantes de aquellos que buscaron desde la teoría justificar el origen e importancia del Estado. Los dos tienen en común que ven al origen del Estado como un pacto: “la comunidad decide organizarse institucional y jurídicamente desde la libertad, sin vínculos sacramentales o derivados del poder de un solo hombre”¹³. Esta organización permite la aparición tanto del Estado como el derecho. También tienen en común ver la aparición del Estado como un conjunto de pasos que siguen más o menos el siguiente esquema: sitúan al hombre en un estado de naturaleza,

¹⁰ Cfr. Suárez, Francisco (1965 [1612]). *De Legibus*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

¹¹ *Ibid.* Págs. 8-9

¹² Cfr. Martínez, Rubén (2010). *Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía*. En AA.VV. Política y Derecho. Retos para el siglo XXI. Barranquilla: Universidad del Norte, pág. 112

¹³ Cfr. Cárdenas, Jaime (2009). *El constituyente como restricción y como radicalidad democrática*. En Serna de la Garza, José María. *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*. México, UNAM, pág. 166

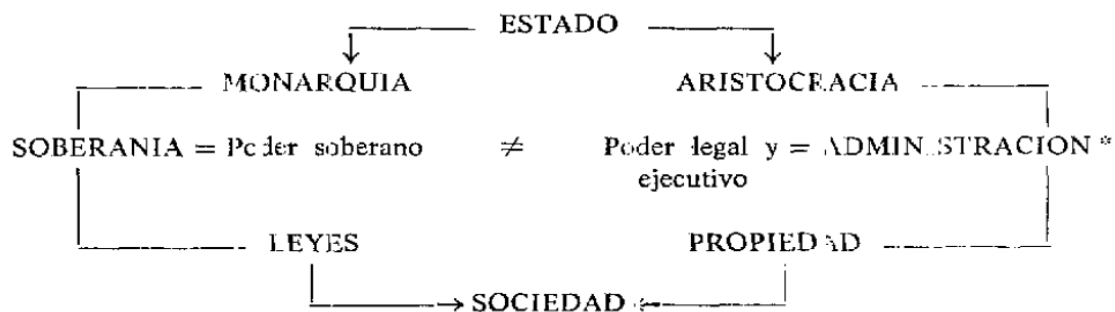
donde hay derechos naturales, y luego aparece la sociedad civil que en libertad deciden hacer un pacto, e incluyen entre estos una serie de derechos a los cuales llama fundamentales.

La obra en la que Bodin¹⁴ expone su defensa del Estado es *Los seis libros de la República*. Allí defiende la idea de que el Estado monárquico “descansa sobre dos pivotes esenciales: la ley y la propiedad.”¹⁵ Es decir, Bodin presenta tanto el orden jurídico-político que adquiere su forma en la ley y el orden socioeconómico que lo tiene en la propiedad, como los dos pilares en el que se sustenta el Estado moderno. Esta obra, entonces, se dedica a exponer la forma como se articula ley y propiedad; dos conceptos que analíticamente se pueden separar pero que están íntimamente unidos: pues la política y la economía, como proponen Jenofonte y Aristóteles, son inseparables.¹⁶

Bodin es un defensor del Estado monárquico y también de la propiedad; ambas son realidades irrefutables. El monarca representa el dominio de la sociedad sobre un territorio (soberanía), el cual tiene el poder de elaborar las leyes y hacerlas cumplir a través de sus órganos administrativos (oficios, corporaciones y colegios). Pero está limitado a reformar las leyes divinas, entre ellas la de la propiedad. Esta es un derecho natural, divino, que el soberano no puede cambiar; se le permite al monarca elaborar leyes civiles e intervenir en el derecho a la propiedad solo en el caso de la propiedad de los súbditos libres.¹⁷

Así, el soberano (ley) y propiedad se respetan y retroalimentan. La propiedad encontró en el Estado absoluto o monárquico una buena manera de justificar su presencia, mantenerla e incluso permitirle en medio de un ambiente de desigualdad y pobreza, pues el Estado debe hacer respetar las leyes entre ellas las divinas como la propiedad privada (segundo libro de los *Siete libros de la república*). Y el Estado monárquico encontró en la propiedad la justificación a su presencia: este era el guardián de la ley divina de la propiedad privada, en la cual no debe inmiscuirse y solo defender, a ella se debe en parte y a ella debe servir (figura 1). Será un Estado legítimo si respeta esta ley natural a la propiedad de los bienes de los súbditos, y será una monarquía tiránica si ataca este principio.¹⁸

Figura 1. Estructura del Estado en el modelo de Bodin



Fuente: Bernardo, José (1984). *Los poderes intermedios en La República de Jean Bodin*. Revista de Estudios Políticos No. 42.; pág. 136

¹⁴ Cfr. Bodin, Jean (1992). *Los seis libros de la República*. Madrid, Editorial Tecnos.

¹⁵ Cfr. Bernardo, José (1984). *Los poderes intermedios en La República de Jean Bodin*. Revista de Estudios Políticos No. 42; pág. 124

¹⁶ Sabine, George (1976). *Historia de la teoría política*. Madrid, Fondo de Cultura Económica.

¹⁷ Bernardo. Op. cit., pág. 124

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 131

Un camino algo distinto tomó Hobbes. Este inició lo que en la literatura se conoce como el contractualismo. El contexto en el que hace su propuesta es la Inglaterra del siglo XVII, allí nunca ha cuajado una monarquía absoluta, tal como la proponía Bodin. Su sistema de gobierno era bicameral, y estas cámaras se enfrentan al rey cuando quería ser absolutista. Allí, el constitucionalismo inglés busca limitar el poder de los monarcas. A Hobbes le toca vivir una revolución liberal, su interés es explicar el origen del poder, explicar la fuente del poder del Estado; una tarea muy distinta a la asumida por los constitucionalistas que tratan de explicar la calidad del poder limitado.

Para lograr este propósito, Hobbes sitúa como punto de partida una situación similar a la de Bodin, en cuanto diferenciaba un derecho natural de otro civil. El derecho natural o *iusnaturalismo* defiende la idea de igualdad entre los hombres y autonomía subjetiva para actuar. La propiedad en este nuevo autor, también le sirve para defender la autonomía individual frente al poder del Estado y también para justificar su presencia. El argumento que presenta es: partir de un estado de naturaleza donde todos los hombres son libres e iguales y llegar a otro estado civil donde debido a la presencia del Estado se perfecciona el derecho de propiedad.

En más palabras, el esquema contractualista que propone Hobbes¹⁹ para entender un poder civil es: se parte de una sociedad sin poder civil (pre-civil), este es el estado de naturaleza, y para pasar al estado civil se tiene que dar un contrato, un pacto. En el estado de naturaleza hay hombres libres de hacer lo que quieran, que utilizan su fuerza para conseguir lo que quieren ante los otros hombres, allí se impone la ley del más fuerte, reina el miedo a perderlo todo, a no poder utilizar bien lo que la naturaleza le da; allí no es posible los negocios, los intercambios; allí no existe poder político, este solo aparece cuando se firma el contrato. Es decir, en el estado de naturaleza hay poder natural, lucha de poderes naturales; luego se da el poder político.

El contrato es el poder cohesionador, el que da el poder político, que se ha delegado en alguien. El rey tiene poder de hacer lo que quiera para establecer la seguridad. En el caso en que el rey no sea capaz de sostener la seguridad, se le tilda de inepto y aparece el derecho a la rebelión; el pueblo puede revocar el rey y poner a otro. Es decir, el rey está condicionado por la seguridad; el objeto del contrato es estado de seguridad. La política nace con el contrato y se puede revocar. El contrato es un límite, que tiene como objetivo, brindar seguridad. Seguridad que la brinda el Estado, ese monstruo marino con varias cabezas, que atemoriza, y al cual Hobbes llama Leviatán.

Desde el punto de vista de la propiedad el modelo se resume así: Primero parte de un hipotético estado de naturaleza pre-social, al estilo de autores también *iusnaturalistas* como Grocio, Pufendorf, Wolf y Tomasio; en él los hombres son completamente iguales, poseen las mismas libertades y derechos naturales. Luego debido a la búsqueda de seguridad y conservación de la propiedad seden parte de sus derechos naturales a un agente (Estado) para que proteja su propiedad y permita la diferencia entre los individuos. En esta nueva situación aparece el derecho de propiedad como un derecho nuevo, es

¹⁹ Hobbes. Op. cit.

decir, el Estado perfecciona el derecho de propiedad y su existencia se justifica en la medida que ayude a perfeccionar el derecho de propiedad.²⁰

Así, propiedad y Estado aparecen entrañablemente unidos en la construcción teórica hobbesiana, similar a la que hace Bodin, pero en este nuevo modelo el Estado es el que hace aparecer el derecho a la propiedad, el que defiende y perfecciona el derecho de las personas a poseer. En consecuencia, “el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o, como mal menor, a una asamblea de hombres.”²¹

1.3. El derecho a la propiedad en Locke y Rousseau

Locke (1632-1704) y Rousseau (1712-1778) son autores que se complementan y a la vez se contraponen en términos de justificación del Estado y del contrato. Ambos parten del mismo modelo hobbesiano de estado de naturales y ambos se oponen al absolutismo que defendía Hobbes. Pero ambos introdujeron elementos muy distintos que hicieron que se llegara a resultados diferentes. El primero defendió la libertad y la propiedad de los individuos;²² el segundo propuso un contrato social que hiciera posible que en el estado civil se impusiera la democracia. Los dos modelos tienen concepciones muy distintas de la propiedad: Locke parte de la propiedad como un derecho natural, mientras Rousseau presenta a este derecho como un resultado de un pacto. En uno es un punto de partida sin el cual es imposible el viaje hacia la construcción de contratos; en el otro es un punto de llegada, es un contrato sin mucha importancia para el modelo.

De acuerdo con Ollero, “Locke aceptó el modelo hobbesiano, pero se dispuso a reconstruirlo en profundidad para evitar sus consecuencias políticas: un absolutismo que negaba la libertad y la propiedad, al abortar la sociedad civil que pudiera posibilitarla”.²³ Esta idea de defensa y supremacía de la propiedad en Locke está basada en el republicanismo anglosajón, el cual pone a la propiedad como un derecho natural. En el estado de naturaleza los hombres disfrutaban de igual manera de la propiedad. El derecho a la propiedad es un punto de partida y hace parte de sus derechos subjetivos y naturales. Los hombres de manera libre e inocente pueden disfrutar de los placeres de las cosas que tienen a su alrededor. Ellos sabrán utilizar la naturaleza para preservarse tal como la ley natural se los ordena e incluso castigar a los que irrespetan la ley.²⁴ El salto a un estado civil se da cuando se renuncia a estos derechos y se funda un poder organizado llamado Estado, este “es una manifestación jurídica de voluntad.”²⁵ El origen del poder político está en el derecho.

²⁰ Álvarez. Op. cit. p. 72. En este postulado encuentra Fioravanti la justificación dogmática estatista de los derechos subjetivos que hace depender éstos de la intervención estatal. Fioravanti, Maurizio (1996). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, págs. 46-ss.

²¹ Hobbes. Op. cit., p. 156 citado por Martínez. Op cit., Martínez, pág.113

²² Cfr. Ollero, Andrés (1975). *Rousseau: democracia y Utopía*. Revista de Estudios Políticos No. 20, pág. 227.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Locke. Op. cit., pág. 135

²⁵ Martínez. Op cit. pág. 114

En otras palabras, el modelo contractualista lockeano parte de un estado de naturaleza (pre-civil); allí se tienen una serie de derechos naturales (iusnaturalista) sobre la vida, la libertad y la propiedad (estos tres son los derechos que por naturaleza le corresponden al hombre). En esta situación todos los hombres son jueces de sí mismos y se reglan por la ley natural. Sin embargo, son consientes que se requiere un estado civil que garantice la permanencia del equilibrio que hay en el Estado de naturaleza, ya que puede alguien, dada la libertad que tiene, romper el equilibrio; esto obliga a la firma de un contrato. El estado civil se crea con el objeto de preservar los derechos naturales; el Estado mantiene armonía, cuida a los civiles del abuso que pueden dar otras personas. Es un modelo donde la propiedad es fruto del esfuerzo de su trabajo y el contrato social se hace para proteger este derecho de propiedad.

Una cosa muy distinta ocurre con el modelo de Rousseau, aquí el origen del poder político está en un hecho y no en un derecho: “la aparición de la sociedad civil después de la creencia de que existe un derecho, en concreto el derecho de propiedad, que necesitará ser garantizado colectivamente.”²⁶ Rousseau se diferencia de los autores semi-contemporáneos ingleses en que crea un modelo para defender la democracia. Es un demócrata radical. Él no cree en la constitución, en el poder limitado. El modelo contractualista pasa de un estado de naturaleza a un estado civil. La propiedad es un hecho que toma naturalmente, pero es fruto de la racionalidad. El estado de naturaleza es idílico, vive en armonía con la naturaleza (hombres, ambiente) no existe ley civil, consiente y organizadora.

En el estado de naturaleza no existen derechos que puedan hacer respetar. Tal como lo expone en el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*,²⁷ dice que en el estado de naturaleza nadie tiene poder sobre nadie, no existe poder político. En el estado de naturaleza la propiedad no importa, los hambres son iguales. Las necesidades básicas se suplen con lo que la naturaleza le da. Hay una libertad natural que está regida por la ley natural y es la que se mantiene en la sociedad natural que es precontractual. La economía se da sin propiedad privada. En el estado de naturaleza el hombre no es dueño de su destino, es un elemento más dentro de la naturaleza.

Sin embargo, advierte que se tiene que pactar entre los hombres el respeto de ciertas cosas que son fundamentales. La sociedad civil y en ella el derecho civil aparece después de la creencia de que existe un derecho. Cuando hay que tomar una decisión racional, colectiva, decidir el destino del hombre, se da el salto a la sociedad civil. Los vicios y la maldad hacen presencia en la sociedad civil, hay que reconocer los males y bienes de la sociedad civil, y encuentra que es más lo bueno que lo malo. No se vuelve al estado de naturaleza; pues el hombre reconoce cuál es su futuro, no se retrocede democráticamente. Solo así se puede vivir en sociedad.

Uno de esos derechos es el derecho de propiedad, que necesitará ser garantizado colectivamente. Así, “el primero que, tras haber cercado un terreno, decidió decir: esto es mío, y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”.²⁸ El derecho de propiedad es un acuerdo, un pacto. Aunque no por ello, deja de tener problemas y es cuestionado por la misma sociedad civil, ya que su defensa

²⁶ Ibidem.

²⁷ Cfr. Rousseau, Juan (1987). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid, Alba.

²⁸ Citado en Martínez. Op. cit., pág. 115

tiene graves implicaciones, como la violencia. Dice Rousseau, “qué de crímenes, guerras, asesinatos, qué de miserias y horrores habría ahorrado al género humano aquel que, arrancando los potos o llenando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: Guardaros de escuchar a ese impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie. Pero según parece, las cosas habían llegado ya al punto de no poder durar más así como estaban.”²⁹

Así, deja claro Rousseau dos cuestionamientos al derecho de propiedad: primero, que el derecho a la propiedad no existe en el estado de naturaleza, no es algo natural y fundante; y segundo, en consecuencia la propiedad surge luego del pacto, es fruto de la ley civil que hace que se respete esa propiedad. Esto lo llevó a hacer la propuesta de que en el Estado revolucionario el pueblo tiene el poder constituyente; tiene el poder para pactar las leyes que lo regirán a él y todos aquellos que firmaron el pacto. Un pacto donde se da la igualdad civil y “la democracia como auténtica realización de una comunidad de hombres.”³⁰

Con esto último queda evidenciado el salto que da Rousseau frente al primer autor, Bodin y el último, Locke. Frente al primero se pasa de una soberanía del Rey a una soberanía del pueblo; con el segundo se pasa de un Estado fundado para proteger la propiedad a un Estado que defiende la libertad. Queda claro que este pensamiento racionalista se opone al constitucionalismo británico, el cual coloca a la propiedad sobre la libertad. Finalmente, el Estado para Rousseau es un instrumento creado por la voluntad general para cumplir el contrato; es una construcción, que sirve para hacer que se cumpla el pacto.

2. Derechos de propiedad y Constitucionalismo moderno

2.1. La propiedad en el constitucionalismo liberal revolucionario

Una cosa es la teoría y otra cosa es la realidad. El modelo roussoniano colocó el derecho a la propiedad en un segundo plano, le dio mayor relevancia a la libertad y la igualdad,³¹ es un pensamiento heterodoxo si se le compara con el británico. Pero el pensamiento revolucionario francés no jacobino, el que llegaría al poder una década después de la muerte de Rousseau (el cual muere en 1778), vinculará la idea de ciudadano a la propiedad. Los revolucionarios franceses le otorgaron mayor importancia a la propiedad que a la libertad.

La razón de este giro la encuentran en que la propiedad es un elemento diferenciador que permite la participación política. Según la lógica de los revolucionarios franceses, si se quería sustituir la antigua forma de gobierno, donde se colocaba en cargos públicos a la clase privilegiada –una burocracia que encontró en estos cargos la manera de sostenerse y participar en el poder– los nuevos ciudadanos deberían tener propiedad (riqueza).³² Con esta postura los no jacobinos están siguiendo las ideas del enciclopedismo, la construcción de un ciudadano capaz de hablar por la nación; donde el derecho de propiedad resultaba imprescindible.

²⁹ Rousseau. Op. cit. pág.102

³⁰ Ollero. Op. cit. pág. 127

³¹ Álvarez. Op. cit. págs. 205-206

³² *Ibíd.* pág. 197

Así, entre Rousseau y los revolucionarios franceses habrá grandes diferencias, una de ellas era el derecho ciudadano a la propiedad, este tenía un primer orden para los revolucionarios. Con esta posición queda claro que hay una tensión entre el derecho de propiedad y los derechos de libertad e igualdad. Esta es una tensión axiológica que muestra la tendencia a privilegiar unas libertades a costa de otras.

En el modelo anglófilo, como se vio, la propiedad pierde importancia y lo relevante es ocuparse de cómo proteger esa libertad; pero para los no jacobinos esto no es así. Lo interesante de esta ordenación de valores (axiológica) es que ella tiene repercusiones en la vida práctica: los hombres crean leyes y con estas se gobierna la sociedad; es decir, está en manos del hombre hacer las leyes que gobiernen y ordenan la sociedad, en ellas están contenidos sus valores. Con este razonamiento se le dará cuerpo al Estado de Derecho Material y en él a la organización del Estado.

Los revolucionarios franceses tuvieron el honor de crear la primera constitución francesa. Esto les permitió desarrollar un programa político que se reflejaría en la norma de normas. La Constitución llevaba a la práctica sus ideales. En la Declaración de 1789, se colocó a unos derechos como “naturales e imprescriptibles” y en la de 1791 se les llamó “naturales y civiles”, entre ellos el último artículo de esta declaración a la propiedad. Con esto se quería dejar claro que había una libertad civil y otra política, pero también su postura frente a la propiedad, aspecto, que como se advirtió, era fundamental para garantizar titularidad de esta última.³³

Esta disposición constitucional evidenció un problema: la mayoría de propietarios eran terratenientes, nobles o pertenecientes al clero, y si se quería que la votación para el acceso a la Asamblea Nacional tuviera una mayor base social, los revolucionarios tenían que hacer algunas modificaciones a la norma sobre la propiedad. La variación consistió en establecer que el sufragante activo pudiera ser aquel que aunque no fuera dueño directo si pudiera hacer uso sobre el bien, la sola posesión lo acreditaba como sufragante. Así se permitió la participación política de arrendatarios y usufructuarios de la propiedad inmobiliaria. Más tarde se considerará al poseedor también en propietario o en la misma condición del dominio directo.³⁴

Finalmente, en 1804, a través del Código Civil, el Consejo de Estado puso a la propiedad en un lugar muy alto, adquiriendo el estatus de derecho natural o cuasi sagrado. De esta forma, el constitucionalismo revolucionario le otorgó a la propiedad un lugar privilegiado, lo estableció como unos derechos, como una libertad natural, por encima del propio legislador que debía limitarse a regular su ejercicio en la sociedad. En síntesis, el derecho de propiedad adquirió en el constitucionalismo revolucionario la doble condición de ser el límite al poder público y el elemento configurador de la participación política.

³³ *Ibíd.* pág. 196.

³⁴ Otra posición tendría Sieyès cuando escribe *¿Qué es el Tercer Estado?* Plantea que los privilegios no tienen sentido, y que el tercer estado es el poder constituyente por que representa al pueblo, un poder prejurídico, ilimitado, absoluto. El pueblo es un concepto abarcador, confluyen todos. El carácter rebelde es de pueblo, mientras la nación es tradicional, ordenado. Sieyès habla de un poder constituido que existe porque el pueblo lo decide. La asamblea constituyente es el pueblo. No hay diferencia ente la constituyente y pueblo. Como el pueblo es tan grande, los que representan es el pueblo. Sieyès, Emmanuel (1989). *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza, Madrid.

En la historia constitucional con la Revolución Francesa, la constitución se convirtió en el contrato social que organiza la política. La constitución organiza y reforma el Estado, no lo suprime. La constitución es poder constituido, limitado y escrito. Como lo proponía Rousseau, el derecho tiene la utilidad de ordenar las relaciones políticas. La legitimidad de este acto está en que previo a la norma se ha realizado un pacto social del que se parte y se llega a la construcción de una norma jurídica llamada contrato social. Para Rousseau, el origen político del poder político está en el poder constituyente; este es un hecho político que sirve para legitimar del poder político.

Los revolucionarios franceses llamaron a este contrato social Constitución. “Desde el siglo XVII, el término *constitutio* llegó a designar un documento escrito y un conjunto de regulaciones legales explícitas instituidas por seres humanos en oposición tanto a costumbres como a convenciones, y a una ley natural trascendental.”³⁵ Pero si bien el documento constitucional es una creación humana y un invento político, como actualmente se reconoce, se tiene que aceptar que es el resultado de un hecho real. En las palabras de un constitucionalista contemporáneo, una constitución, “en todas y cada una de sus diversas partes, es el producto de actos políticos de cierto tipo: un acto que pretendía establecer no sólo configuraciones particulares, sino, en última instancia, normas particulares”.³⁶

En síntesis, el constitucionalismo dará paso, en ese momento, a la Constitución del liberalismo revolucionario.

De esta manera, el constitucionalismo fue impregnado por el elemento legitimador de la doctrina del poder constituyente, y el fruto fue la Constitución. Su legitimidad –fruto del poder constituyente–, su objetivo –garantizar derechos, organizar el Estado y limitar el poder de gobierno– y su formalidad –escrita, articulada y codificada–, fue producto de las revoluciones liberales norteamericana y francesa que, con apenas unos años de diferencia, tuvieron lugar en el último tercio del siglo XVIII. Aun con notables diferencias más de procedimiento que teóricas, el objetivo de unos y otros fue el mismo: aprobar una Constitución para legitimar el poder público a través de la vigencia del principio democrático y, con ello, poner fin al absolutismo, producto de la acumulación de los poderes feudales en la figura del rey como soberano. La soberanía del rey, en la caracterización atributiva de Bodino, fue sustituida por la soberanía del pueblo en su cariz rousseauiano, y la voluntad general se quiso imponer al interés particular de los privilegiados. Es a partir de ese momento que podemos referirnos, estrictamente, a la Constitución, en el sentido actualmente vigente del término, el mismo que empezó su andadura hacia el Estado constitucional.³⁷

³⁵ Cfr. Kalyvas, Andreas (2005). *Soberanía popular, democracia y el poder constituyente*. Política y Gobierno, Vol. XII, No. 1. I Semestre de 2005, pág. 107

³⁶ Cfr. Perry, Michael J. (1998). *What Is ‘the Constitution’? (and Other Fundamental Questions)*. En: *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge, Cambridge University Press; págs. 99-151, citado por Kalyvas. Op cit. pág. 108

³⁷ Martínez. Op. cit. pág. 116

2.2. El derecho de propiedad en el constitucionalismo posrevolucionario: del Constitucionalismo liberal conservador al Constitucionalismo democrático

Como se dejó claro, la propiedad era para el liberalismo clásico es un bien supremo. Por ello trabajaron para colocarlo en el constitucionalismo moderno como un elemento primordial, un derecho capital.³⁸

Para Álvarez³⁹ el derecho de propiedad es la base del resto de derechos subjetivos, y el objeto primero de protección del constitucionalismo, de allí de su importancia en la génesis del concepto de ciudadanía como se defendió desde sus orígenes. “La propiedad actuaría, así, como aglutinante de todo el entramado conceptual del constitucionalismo, puesto que define la esfera individual y, con ella el ámbito social y sus relaciones con el poder Público”.⁴⁰

Es decir, la discusión en torno a los derechos de propiedad sirvió en un inicio para describir y fundamentar el poder público. La idea de soberanía como *suprema potestas*, tal como la defendía Bodin,⁴¹ y el concepto de poder público como “capacidad para disponer unilateralmente” son claramente tributarios de la idea de propiedad, y alcanzan su máxima expresión en el concepto de Estado patrimonial. Más tarde, el derecho de propiedad sirvió para fundamentar el sistema político representativo, los ciudadanos estaban interesados en defender su patrimonio y querían participar en las decisiones que lo afectan.⁴² Sirvió entonces el derecho de propiedad como elemento justificador de la creación del Estado moderno y a la vez como límite a las actuaciones de este con el derecho subjetivo.

Una vez entrados al período constitucionalista, el derecho de propiedad se utilizó como elemento que permitía la configuración de derechos civiles, una norma que le ponía límite al Estado, distribuyendo labores a la sociedad y al Estado. El derecho constitucional se vio afectado por la defensa de la propiedad, al ser este resultado de la participación del ciudadano en las decisiones estatales. Así, el derecho a la propiedad se ve como un derecho civil, pero sobre todo como un elemento dinamizador de la política que permite la participación en la toma de decisiones en asuntos públicos. La propiedad daba derecho al sufragio activo y pasivo; el ser propietario permitía expresar la voluntad nacional a través del voto y de ser el mismo representante del pueblo.

Esto era claro para el constitucionalismo democrático: hay un poder constituyente y un poder constituido. Los dos tienen que darse: el poder del constituyente es crear poder constituido, el poder constituido existe por el poder constituyente. El poder constituyente es legitimador, absoluto e ilimitado; el poder constituido es legitimado, relativo y

³⁸ “El liberalismo siempre defendió la adopción de listas de derechos expresadas en un lenguaje universalista. Puede haber ocurrido que el liberalismo defendiera esas primeras listas de derechos a partir de una casi exclusiva preocupación por proteger los derechos de propiedad tal como existían entonces – derechos distribuidos de un modo absolutamente desigual”. Cfr. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile, Naciones Unidas, pág. 32

³⁹ Álvarez. Op. cit.

⁴⁰ Fernández. Op. cit.

⁴¹ Bodin. Op. cit.

⁴² Fernández. Op. cit. pág. 217

limitado. Así se unen democracia y constitucionalismo, son dos caras de la misma moneda.

En el Estado liberal conservador, la constitución y las normas posteriores se convirtieron en el elemento preservador de los derechos de propiedad individual. Este derecho estuvo consagrado en este Estado, tanto en la Constitución como las normas que la seguían (en este caso el Código Civil). Ambas normas tenían por objeto proteger el derecho de propiedad, pero también otras libertades. Sin embargo, dado que para los liberales europeos la Constitución se definía por las materias que regulaba y no por su posición en la jerarquía de fuentes, era una Constitución en sentido político-material y al regular en el Código Civil el derecho de propiedad se entabló entre ambas normas una relación conflictiva de difícil solución. Este conflicto finalizó aceptando la idea de que el Código Civil era una norma materialmente constitucional que se aplicaba preferentemente en atención al principio de norma más especial.⁴³

Bajo este argumento el constitucionalismo liberal conservador defendió sus intereses de preservar el derecho de propiedad como principio básico del derecho. Era el interés de la burguesía como clase dominante. Burguesía que primero participó como elemento revolucionario, pero que luego de la revolución se fue configurando en burguesía conservadora que se asusta con el carácter revolucionario. Ella quería ponerle límites al poder constituyente y para lograrlo hace una coalición de monarquía, se unen para luchar contra Bonaparte. Se produce así, una alianza entre los reyes y la burguesía conservadora; los primeros marginan los gobiernos de nobles y le dan poder a la burguesía. El resultado es un tránsito de un rey monarca absoluto a un monarca constitucional.

En esta situación que se presenta en Francia en la primera mitad del siglo XIX, el monarca constitucional actúa de manera cauta: no suprime la constitución formal, escrita, la mantiene como tal. Lo que se hizo fue eliminar el carácter revolucionario, emancipador de la constitución. La constitución se mantiene formalmente, pero se deja de aplicar ese nominalismo decimonónico, se dejan de aplicar los derechos, se elimina la garantía de los derechos. Se convierte en una constitución programática, que orienta, que no dice cómo se hace. Son constituciones semánticas. En palabras de Viciano y Martínez:

En la historia del constitucionalismo, los derechos fueron establecidos sin garantías constitucionales. Los únicos derechos que se podían exigir eran aquellos regulados por el derecho ordinario. Esta característica es propia de los Estados legales de derecho, Estados de derecho o Estados liberales. Por ejemplo, el derecho a la vida se podía garantizar a través de la tipificación en los códigos penales; el derecho a la propiedad y a la autonomía de la libertad se garantizaba a través del derecho civil.⁴⁴

Esta fue la filosofía constitucional desarrollada en Europa continental, fue defendida por el constitucionalismo liberal conservador e inspiró a América Latina durante más de un siglo. Este periodo se extiende desde el siglo XIX y dura hasta entrada la década de 1990. Esto fue posible debido a que: “Liberales y conservadores, por caso, lograron pactar y colaborar en la redacción de las nuevas Constituciones de mediados del siglo XIX, gracias

⁴³ Hoy la Constitución se caracteriza por su supremacía jurídica, y no por las materias que regula, de modo que cualquier contraste material entre dicha norma y otras disposiciones (como el Código Civil) ha de superarse a partir del criterio de validez jerárquica (Fernández. Op. cit.).

⁴⁴ Cfr. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén (2010). *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No 25, verano, pág. 79.

al enorme espacio de coincidencias existentes entre ambos proyectos (ambos repudiaban el mayoritarismo político; ambos proponían una defensa firme del derecho de propiedad; ambos coincidieron sin mayores dificultades en la implementación de políticas económicas anti-estatistas).⁴⁵

3. Derechos de propiedad individual y colectivos en las constituciones latinoamericanas

En el siglo XX esa condición privilegiada que le da la propiedad al ciudadano, será derogada. En el constitucionalismo democrático se le permitirá a cualquier persona que vote y pueda ser elegido, independiente de si es o no propietario. La universalización del sufragio eliminó esta faceta participativa del derecho de propiedad. En los Estados democráticos el poder de la propiedad se reducirá, perderá su potencia inicial y adquirirá otros matices. En el siglo XX, no se le negará la participación al no propietario; poseer no será una cualidad indispensable para participar en política. Se desvincula el derecho de propiedad y los derechos de participación política. Esto ocurrirá en lo que se llamará Estado Social de Derecho.

En este nuevo momento histórico que vivió y vive la mayoría de Estados actuales, la propiedad adquiere una dimensión distinta. Deja de ser un derecho subjetivo y se atará al interés público. El valor jurídico *iusfundamental* del derecho de propiedad perderá su poder. Éste cederá su pedestal a otros temas, considerados en este momento más importantes, como la organización estatal, la positivización de los derechos subjetivos y formulación de un nuevo sistema de fuentes.

En América Latina esta discusión sobre el derecho de propiedad se da en el contexto del proyecto político del neoliberalismo. La defensa de la propiedad, ya sea como propiedad privada o colectiva, se configura entorno a la democracia capitalista. Desde la década de 1980 los países latinoamericanos vivieron un gran debate sobre si permitiría que la *eficiencia del mercado* se impusiera sobre la *ineficiencia del Estado* o si se contaría con un modelo proteccionista, interventor, que se fue configurando durante la segunda parte del siglo XX. Esta propuesta neoliberal trató, según Mejía y Jiménez de “despolitizar el concepto de ciudadanía, deslegitimar la intervención del Estado, acotar el terreno de la política, liberar a la economía de las intervenciones políticas, deteriorar lo público y en ultimas destruir el sentido normativo y emancipatorio de la democracia.”⁴⁶

A pesar de que el modelo finalmente se impuso, ha servido para realizar una serie de reconfiguraciones del orden social, económico, político y cultural. El nuevo modelo económico provocó que se diera una “liberalización de los sistemas financieros, en la contracción de las funciones estatales y en la democracia neoconservadora de mercado.”⁴⁷ Pero también provocó que se revisaran los presupuestos básicos en los que estaba montado el modelo constitucional liberal conservador que, en la mayoría de países, acompaña desde el siglo XIX.

⁴⁵ Gargarella y Courtis Op. cit. pág. 24

⁴⁶ Cfr. Mejía, Óscar y Jiménez, Carolina (2005). *Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa*. Colombia Internacional No. 62, pág. 14

⁴⁷ *Ibidem*.

Las últimas tres décadas del siglo XX sirvieron en América Latina para que se discutiera de manera profunda la situación social, política y económica que se tenía. Un diagnóstico rápido mostraba a estos países con naciones con fuertes desequilibrios económicos y los altos niveles de ingobernabilidad. Lo cual exigía que se pensara en caminos alternos para cambiar o modificar los sistemas en los que se vivía. Se convirtió así la democracia, durante las décadas del ochenta y el noventa del siglo XX, en “eje central del análisis político de la región”.⁴⁸ Esto permitió que se avanzara en la consolidación de regímenes democráticos, los cuales encontraron en la fórmula de las reformas estructurales el canal más adecuado para la consolidación de unas sociedades pluralistas e incluyentes.

En síntesis, “la apertura económica y la puesta en acción de las fuerzas del mercado garantizarían una apertura política y la consolidación de auténticos regímenes políticos democráticos”.⁴⁹ Reformas para una economía de mercado y reformas para una democracia liberal. Así, las reformas del mercado se convirtieron también en fuerte motor de cambio político; cambio que permitiría el funcionamiento del mercado, pero también la estabilidad democrática y el orden político en los países latinoamericanos.

Los cambios partieron de reformas a las constituciones. Se buscó aplicar los principios del Estado constitucional. Han sido varios los países latinoamericanos que han caminado en este sentido. El primero de ellos fue Colombia: a finales de la década de 1980, quiso dar fin a la Constitución nominal de 1886, manifestado a través del proceso de descentralización democrático y de la manifestación ciudadana de la séptima papeleta (1990). Transformación que ocurriría en 1991 con la nueva Constitución. Esta contiene, como se dijo, elementos tanto del Estado liberal como del Estado constitucional: de la primera se resalta la libertad de empresa, de defensa de la propiedad privada y de la primacía de la competencia; y de la segunda temas como el acceso a una vivienda digna y el libre acceso a otros bienes meritorios.⁵⁰

Colombia, entonces, se consagró como un Estado Social de Derecho, en el sentido que se ve a los ciudadanos como actores políticos participativos, pluralistas y con una relación fluida y horizontal con el ciudadano y la sociedad. Fundada entre otros principios en la solidaridad y la prevalencia del interés general (artículo 1º de la Constitución Nacional). Es Estado social de derecho es el medio para asegurar a “sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la paz, el bienestar y la dignidad, que garantizan un orden político, social y económico justo.”⁵¹ Resultado muy importante en este punto destacar los artículos 58 y 334 que promueven las asociaciones y solidaridad de propiedad. El artículo 58 expresa directamente la función social de la propiedad, como la función ecológica, la protección de las formas asociativas y solidarias de propiedad y la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Para Velázquez, “el artículo 58 establece límites al máximo derecho de corte individualista liberal: el de propiedad. La Carta señala que éste no es un derecho absoluto, y que por el contrario, es

⁴⁸ Ibid. pág. 22.

⁴⁹ Ibid. pág.24.

⁵⁰ Una lista de ellas argumenta claramente la afirmación: los artículos 25 y 334 le obligan a proteger el trabajo y generar pleno empleo, la salud (art. 49), la seguridad social (art. 48), la vivienda (art. 51), capacitación profesional de los trabajadores y el empleo (art. 54), la concertación de los conflictos laborales (art. 55), la promoción de las asociaciones y solidarias de propiedad (art. 58 y 334), la reforma agraria (art. 61), la educación (art. 67) y la lista continua. Ver: Valencia, Germán (2006). *Constitución política y servicios públicos domiciliarios: dos modelos de Estado en Colombia*. Agenda Cultural, No. 124, Agosto 2006).

⁵¹ Cfr. República De Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*, Preámbulo.

una función social que implica obligaciones, y que, como tal, le es inherente una función ecológica. Reafirmación del lento pero decidido tránsito del derecho de propiedad hacia finalidades sociales y ambientales.”⁵²

Ocho años después (en 1999), Venezuela acompañaría a Colombia en la introducción de estas reformas constitucionales. Este país elaboró una Constitución que avanza significativamente en la defensa de los derechos sociales. El término utilizado es un Estado Constitucional, el cual rompe con la división de poderes y crean un poder de control social. En cuanto a la propiedad, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, en su artículo 115, garantiza el derecho de propiedad que tiene toda persona, “tanto a su uso, goce y disfrute como su disposición de sus bienes.”⁵³ Pero también quedó consagrada la función social de la tierra, la utilidad pública de la propiedad y enunciado el tema del interés general, más tarde llamado propiedad social, que la controla indirectamente el Estado.

Esta última ha permitido al Estado la nacionalización de sectores que él mismo considera estratégicos, expropiación de empresas que por lo general violan las leyes o atropellan a sus trabajadores, y confiscación de tierras agrícolas. Expropiaciones que han sido aplicadas desde la puesta en vigencia de la Constitución en 1999, y con la cual el gobierno ha querido apoyar el desarrollo endógeno de las regiones. Expropiaciones que se pueden aplicar, según el artículo 115, a “cualquier bien”, de allí que se hayan nacionalizado sectores de la economía que el Estado declara como estratégicos (telecomunicaciones, electricidad, cemento, acero, energía y servicios asociados a la industria petrolera).⁵⁴

También, la misma Constitución estableció en el artículo 119 el derecho a la propiedad colectiva de las tierras indígenas, “las cuales serán inalienables, imprescindibles, inembargables e intransferibles”.⁵⁵ “Se protege, igualmente, la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas” (Artículo 124). Frente a los latifundistas, la Constitución en su artículo 307, establece que podrán también expropiarse las tierras de estas personas cuando no tenga uso (hasta el momento se habla de miles de latifundios expropiados debido a que sus propietarios no les han dado uso). Finalmente el artículo 308 habla de la protección a la propiedad colectiva de las cooperativas, cajas de ahorro, empresas familiares y otras formas de trabajo colectivo.⁵⁶

Otro estado vecino que se le ha unido a los dos anteriores y que ha introducido cambios significativos a la propiedad, es Ecuador. La Constitución ecuatoriana puede considerarse la más avanzada en el sentido Kuhniano: rompe el paradigma de los derechos de las personas, a un derecho de la naturaleza, el clima, la montaña y los bosques a vivir y perpetuarse. Los sujetos tienen derechos, aquí también la naturaleza los tiene. La

⁵² Cfr. Velásquez, Carlos (2010). *El desarrollo humano sostenible como mandato constitucional: fundamento axiológico-normativo vinculante o simple retórica?* En AA.VV, Política y Derecho. Retos para el siglo XXI. Barranquilla, Universidad del Norte, pág.132.

⁵³ Cfr. República De Venezuela (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999*.

⁵⁴ *Ibid.* art 115.

⁵⁵ Las Constituciones liberales aparecen claramente comprometidas con el individualismo, en abierto rechazo de todas las expresiones que asocian con valores colectivistas (i.e., la propiedad comunal de las tierras)”. Cfr. Viciano y Martínez (2010). Págs. 44-45

⁵⁶ Venezuela. *Op. cit.*, art 119, 124, 307.

Constitución de Ecuador considera que las montañas son sujetos de derechos, al igual que las personas. Pasa lo mismo con el niño, el incapacitado o el limitado. Rompen con el ámbito personalista, lo que muestra la fuerte influencia del pensamiento indígena en la elaboración de la Constitución.

En términos del derecho a la propiedad la Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 23, parágrafo 23, sobre los derechos civiles establece el derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley. En los artículos donde se establecen los derechos económicos, sociales y culturales sobre la propiedad, enfatiza siempre en la función social que cumple esta en el Estado constitucional; además establece el apoyo del Estado a la propiedad de las empresas por parte de los trabajadores y sus familias, el apoyo a programas de vivienda de interés social, la igualdad de posibilidades de acceso de hombre y mujeres a la propiedad. En definitiva, la Constitución de Ecuador plantea que “el sistema económico es social y solidario, reconoce al ser humano como sujeto y fin, propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.⁵⁷

Finaliza Bolivia esta muestra de naciones latinoamericanas que buscan el afianzamiento del Estado Constitucional democrático. La sección IV de la Constitución Política de la República de Bolivia de 2009, establece los derechos de la propiedad y ratifica la función social de esta presente en el Constitucionalismo latinoamericano. El Estado respeta el derecho civil a la propiedad privada, individual o colectiva, que tiene toda persona, pero condiciona su uso privado al no perjuicio del interés colectivo (artículo 56) y también expresa seguidamente (Artículo 57) la expropiación de la propiedad privada “por causa de necesidad o utilidad pública, o cuando la propiedad no cumpla una función social, calificada de esta manera conforme a la ley y previa indemnización justa”.⁵⁸

En síntesis, los cuatro países antes referenciados comparten el mismo esfuerzo que caracteriza recientemente a la mayoría de estados latinoamericanos por introducir nuevos derechos que amplíen los ya existentes y donde prima el derecho colectivo sobre el individual. Estos esfuerzos representan un viraje frente a la doctrina clásica del derecho constitucional. El nuevo constitucionalismo latinoamericano resulta innovador en la medida en que, como plantea Viciano y Martínez, “parecen de épocas lejanas para los europeos de inicios del nuevo siglo”.⁵⁹

Conclusiones

El trabajo ha mostrado los giros que ha tenido el derecho de propiedad en el pensamiento jurídico-político occidental desde finales del medioevo hasta los inicios del siglo XXI. Comenzó su evolución siendo en la edad Media un derecho casi inexistente, estático, que carecía de una creación normativa y reducido a un derecho al uso. Luego en el pensamiento liberal clásico fue ascendiendo como derecho subjetivo y rápidamente se convirtió en el derecho supremo, en el derecho fundante de los demás derechos. En las propuestas teóricas de Bodin, Hobbes y Locke fue el elemento justificador del origen del

⁵⁷ Op. cit., Viciano y Martínez, 2010. Pág. 59

⁵⁸ República de Bolivia. *Constitución política de la República de Bolivia de 2009*. art., 46, 57.

⁵⁹ Cfr. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén (2011). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. Revista General de Derecho Público Comparado, N° 9, pág. 26

Estado y el contrato social. Esto hace que el derecho de propiedad aparezca en el constitucionalismo como el más importante de los derechos liberales. Por ejemplo, en el constitucionalismo liberal revolucionario tiene la doble condición de ser el límite al poder público y el elemento configurador de la participación política.

Sin embargo, los giros que ha dado el derecho de propiedad en el constitucionalismo han sido considerables. Durante el siglo XIX a causa del interés del constitucionalismo liberal conservador el derecho a la propiedad permaneció como un derecho inviolable, como elemento primordial y derecho capital; pero a medida que fue desarrollándose el siglo XX el derecho de propiedad fue perdiendo su valor *iusfundamental*. En el Estado Social de Derecho se tomó como una libertad condicionada, aparece en las constituciones como una mera garantía, como un derecho restringido por el ejercicio del interés social. Esto es evidente al analizar las recientes transformaciones constitucionales de la mayoría de estados latinoamericanos.

Este recorrido histórico sirvió como evidencia para mostrar la función de transformación que tiene, tanto el Estado como el derecho, algunos valores como en este caso el derecho de propiedad. Transformaciones que son lentas en la mayoría de ocasiones, pero que muestran al derecho constitucional como campo de trabajo rico y dinámico. Campo que ha experimentado con el nuevo constitucionalismo latinoamericano grandes innovaciones. Y aunque “puede que, erradamente o no, el nuevo constitucionalismo latinoamericano –un constitucionalismo, recordemos, en transición– cuente con un componente de originalidad que, para encontrarlo en los experimentos constituyentes comparados, tendríamos que escarbar en los más remotos orígenes del constitucionalismo”.⁶⁰

⁶⁰ *Ibidem*.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez, Clara (1999). *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Bernardo, José (1984). *Los poderes intermedios en La República de Jean Bodin*. En: Revista de Estudios Políticos No. 42. págs. 227-238.
- Bodin, Jean (1992). *Los seis libros de la República*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cárdenas, Jaime (2009). *El constituyente como restricción y como radicalidad democrática*. En: Serna de la Garza, José María. Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas. México: UNAM.
- Deane, Phyllis (1989). *El Estado y el sistema económico*. Barcelona: Crítica.
- Fernández, Ignacio (2005). *Constitucionalismo y propiedad*. En torno a las *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*, de Clara Álvarez Alonso [en línea], disponible en: www.seminariomartinezmolina.com/ojs/index.php/.../article/.../110. Consultado en: octubre 12 de 2012.
- Fioravanti, Maurizio (1996). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (2001). *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, Roberto y Courtis Christian (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Grossi, Paolo (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.
- Grossi, Paolo (1986). *Historia del derecho de propiedad*. Barcelona: Ariel.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza.
- Kalyvas, Andreas (2005). *Soberanía popular, democracia y el poder constituyente*. En: Política y Gobierno, Vol. XII, No. 1. I Semestre de 2005, págs. 92-124.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- Martínez, Rubén (2010). *Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía*. En AA.VV, Política y Derecho. Retos para el siglo XXI. Barranquilla: Universidad del Norte.
- McIlwain, Charles (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mejía, Óscar y Jiménez Carolina (2005). *Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa*. En: Colombia Internacional No. 62, págs. 12-31.

Míguez, Pablo (2009). *El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política*. En: *Nómadas*. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, publicación electrónica de la Universidad Complutense, Vol. 22, No 2. (segundo semestre de 2009), págs. 1-21.

Pérez-Pendes, José (1997). *Instituciones Medievales*. Madrid: Síntesis.

Perry, Michael J. (1998). *What Is 'the Constitution'? (and Other Fundamental Questions)*. En: *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, págs. 99-151.

Ollero, Andrés (1975). *Rousseau: democracia y Utopía*. En: *Revista de Estudios Políticos* No. 20, págs. 225-235.

República De Bolivia. *Constitución política de la República de Bolivia 2009*.

República De Colombia. *Constitución Política de Colombia de 1991*.

República De Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999*.

Rousseau, Juan Jacobo (1987). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid, Alba.

_____ (1993). *El contrato social*. Barcelona: Altaya.

Sabine, George (1976). *Historia de la teoría política*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

See, Henri (1979). *Orígenes del capitalismo moderno*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sieyes, Emmanuel (1989). *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza: Madrid.

Suárez, Francisco (1965 [1612]). *De Legibus*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Strayer, Joseph (1981). *Sobre los Orígenes Medievales del Estado Moderno*. Barcelona: Ariel.

Tilly, Charles (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza Editorial.

Valencia, Germán (2011). *Teoría económica y formación del Estado Nación: mercantilistas y liberalistas*. En: *Ecos de Economía*, Año 15, No. 32, págs. 156-178.

_____. *Constitución política y servicios públicos domiciliarios: dos modelos de Estado en Colombia*. En: *Agenda Cultural*, No. 124, Agosto 2006.

Velásquez, Carlos (2010). *El desarrollo humano sostenible como mandato constitucional: ¿fundamento axiológico-normativo vinculante o simple retórica?* En: *AA.VV, Política y Derecho. Retos para el siglo XXI*. Barranquilla: Universidad del Norte.

Viciano, Roberto y Rubén Martínez (2010). *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. En: *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No 25, verano 2010, págs. 7-29.

_____ (2011). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. En: *Revista General de Derecho Público Comparado*, N°. 9, págs. 1-24.