

## EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL ESTADO\*

RAUL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL

Abogado U. P. B.  
Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia  
Medellín

\* Ponencia presentada en la IX Conferencia de facultades de derecho de la UDUAL (Unión de Universidades de América Latina), celebrada en Monterrey, N. L. México del 21 al 26 de octubre de 1984.

Copérnico, sin aquellos elementos técnicos como el telescopio o el astrolabio, descubrió los verdaderos caminos que recorren los astros en el espacio. Colón aparentemente había sacado de su mente un nuevo mundo. Al hombre racional nada parecía imposible. Descartes resumió todo ese endiosamiento de la razón en aquella famosa frase "cogito, ergo sum". La escuela racionalista habría de inspirar la revolución francesa y el Código de Napoleón. La voluntad del hombre era capaz de todo. La ley debe protegerla. Para la escuela racionalista la razón humana es la inspiradora de la norma jurídica. El derecho encuentra su fuente en la mente humana. Esta escuela había creado una falsa concepción del hombre, de la economía y del derecho. Supone que el hombre es libre, consciente e igual a sus semejantes. Como consecuencia de ello la ley debe servir al individuo. Respetar su libertad e inclinarse ante su voluntad. Por lo mismo, el legislador busca dar absoluto respaldo, en materia de obligaciones y contratos, a la expresión de la voluntad. Se supone que los individuos contratan en igualdad de condiciones, en un ambiente ideal en el cual todo lo que favorece a los individuos debe ser protegido. La sociedad humana está formada por una serie de individuos todos los cuales poseen los mismos derechos naturales y cada uno de los cuales conoce mejor que los demás sus propios intereses y los protege según le enseña la naturaleza y su razón.

"La sociedad descansa en un acuerdo entre estos individuos que, desde luego, limita su libertad en la medida en que es incompatible con la libertad de otros. El gobierno es un mal indispensable que debería limitarse al mínimo. En cuanto a las implicaciones económicas, el derecho natural de los individuos comprende el derecho al usufructo natural de los resultados del trabajo. En consecuencia debe ponerse a ese trabajo al cubierto de interferencias y restricciones y sus resultados deben estar garantizados, es decir, la propiedad debe ser sacrosanta. Se debe permitir a todo individuo emplear hasta el máximo su capacidad de trabajo y por consiguiente no debe haber restricciones a la libertad de comercio o a la libertad de competencia. Tenemos aquí ya el plan de la democracia moderna"(1).

Ya los fisiócratas con su "laissez faire, laissez passer" atacaban la economía controlada y regulada y luchaban por la libre actividad económica. Adam Smith decía en 1776 que la vida económica alcanzaría su perfección cuando

(1) Historia Universal del Hombre. Erich Kahler. Fondo de Cultura Económica. México, 1960, pág. 360.

se la deje dirigirse a sí misma, cuando se abandone a la libre competencia de los individuos.

De otra parte, el derecho de propiedad se tenía como un derecho natural. La propiedad privada era consustancial al hombre. Para el derecho romano la propiedad era un derecho inmutable, permanente, perpetuo, exclusivo y absoluto. "Plenan in re potestas". Las ideas individualistas que imperaban en la época de la revolución francesa colocaron el derecho de propiedad como el derecho individual por excelencia. De esas ideas está impregnado el C. de Napoleón. El carácter de derecho natural, inviolable y sagrado, del derecho de propiedad, exigía que el Estado cumpliera acá su exacta misión de simple gendarme. Así lo había planteado la Constitución de los Estados Unidos, de la misma manera que lo dijo la declaración de los derechos de los revolucionarios franceses. Con razón se ha señalado a la revolución francesa como una revolución burguesa. El C. de Napoleón ha sido llamado el C. de los propietarios. Uno de los redactores del Código, Portalis, se expresaba de la siguiente manera en la exposición de motivos que precede al título del dominio: "...bien lejos de que la constitución de los dominios y el derecho de propiedad haya destruido la justicia y la moral, ha contribuido a su desenvolvimiento y firmeza. Para dar a cada uno lo que es suyo, fuerza es que cada uno tenga alguna cosa..."(2).

No es extraño, vistas así las cosas, que el C. de Napoleón defina la propiedad diciendo que es el derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta mientras no se atente contra las leyes y los reglamentos. Se repetirían los atributos que los romanos le señalaban a la propiedad al permitirle al propietario el jus utendi, fruendi y abutendi. El Código Napoleónico no hacía otra cosa que legitimar las aspiraciones de la burguesía, de los nuevos propietarios. El Código representa el reconocimiento legal de una mutación completa de los propietarios. Los señores feudales habían sido suplantados por elementos de la burguesía quienes reclamaban que su propiedad nueva quedara consolidada y en firme. Además libre de las trabas que tenía bajo el régimen anterior, como censos, etc.

Todo este legado en materia de derechos subjetivos y concretamente frente al derecho de propiedad recibimos del racionalismo, de las revoluciones del

siglo XVIII y, a nivel legislativo, del Código de Napoleón. Sobre esta tradición basada en estos principios, que se nos quisieron mostrar como connaturales al hombre, fuimos educados los abogados en estos países movidos por principios similares. Por fortuna, desde comienzos de este siglo se comienza a respirar un aire renovador. Por supuesto que los problemas inherentes a la propiedad privada son ajenos a los países socialistas en los cuales se piensa que la igualdad de los miembros de una sociedad frente a la riqueza general crea la auténtica libertad y el pleno desarrollo de la libertad de cada cual. Por supuesto que allí se presentarán otros problemas económicos y políticos pero no tendrán como base la desposesión de la mayoría.

La propiedad privada, burguesa o capitalista y la socialista, corresponden a dos sistemas económicos opuestos y por supuesto, a dos formas distintas de interpretar la vida social.

Según el Doctor Arturo Valencia Zea, el más prestigioso de los civilistas colombianos, el concepto tradicional de justicia no es sino una derivación del concepto de propiedad privada y de la necesidad de garantizar su respeto y protección. Viene este concepto de Aristóteles: "constante disposición de dar a cada uno lo suyo". Este concepto fue recogido por Ulpiano y consagrado en las Institutas de Justiniano. Santo Tomás comentaba "entiéndase por suyo, en relación a otro, todo lo que al primero está subordinado o establecido para su utilidad". Corresponde este concepto, según el autor colombiano, a sociedades que se han gobernado en forma preponderante por dicha institución, como ocurrió con la griega y la romana y la de los actuales pueblos de occidente. "De manera que cuando los antiguos filósofos y juristas pensaban que construían un principio absoluto y a priori, una categoría verdadera en todo tiempo y en todo lugar, en verdad no hacían sino tratar de buscar un fundamento a un orden jurídico individualista de propiedad. Dar a cada uno lo suyo significa: a) respetar los bienes que cada cual adquiera. b) Ejecutar oportunamente las obligaciones contraídas. c) Reparar los daños causados a otro". Y continúa: "La propiedad privada es un producto histórico y relativo pues no siempre los grupos sociales han estado gobernados por tal régimen. Hubo largos períodos de tiempo, la época de los primitivos, durante los cuales las sociedades humanas vivieron bajo el régimen de la propiedad socialista o colectiva. Cuando este sistema se desintegró apareció la propiedad privada. Después de un reinado casi absoluto de esta institución du-

(2) Nuevas Orientaciones de Dominio y Sucesiones. Pedro Lira Urqueta. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1942, pág. 66.

rante varios milenios, un grupo de naciones ha escogido otro sistema para gobernarse: la propiedad socialista”(3).

Pero dejemos a un lado la discusión ahora casi académica. Concretémonos a nuestra realidad latinoamericana. Mejor aún. Hablemos de la propiedad en los países de América Latina en los cuales, a pesar de presentarse una tradición de respeto por la propiedad privada, en la actualidad ese concepto es cada vez más distante del que tenían los romanos y del que tuvieron los revolucionarios del siglo XVIII. Del que inspiró a los redactores del C. de Napoleón.

Es cierto que como consecuencia del gran movimiento originado con la revolución francesa, el derecho fue adquiriendo, como ya lo hemos dicho, un marcado carácter individualista. El Estado estaba obligado a guardar los derechos subjetivos pero no a meterse en ellos. No debía intervenir. Imperaba la libertad contractual. Todo esto partía de una premisa equivocada, pues se daba por cierta la igualdad entre las partes. Esa autonomía de la voluntad, como la consagran nuestros códigos, tiene ese marco histórico. Alessandri, en un hermoso artículo sobre el contrato dirigido se expresa así:

“La autonomía de la voluntad tal como la consagran el Código Civil Chileno y los Códigos Extranjeros vigentes, es la aplicación en materia contractual de los principios liberales e individualistas proclamados por la Revolución Francesa y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo XIX. Si los derechos, se dice, son meras facultades que la ley reconoce a los individuos para que puedan desarrollar su personalidad y satisfacer sus necesidades, si la libertad es la base de la actividad humana, claro está que aquellos pueden obrar como mejor les plazca, no siendo, naturalmente, contra el orden público ni las buenas costumbres. Consecuencia de ello es que la voluntad sólo debe ser limitada en casos extremos... Estas exageraciones de la teoría de la autonomía de la voluntad unidas a las transformaciones económicas, políticas y sociales de la época en que vivimos, han provocado severas críticas en su contra”(4). En la época actual el principio de la autonomía de la voluntad pierde vigencia.

(3) Origen, Desarrollo y Crítica de la Propiedad Privada. Arturo Valencia Zea. Ed. Temis. Bogotá, 1982, pág. 471.

(4) El Contrato Dirigido. Arturo Alessandri Rodríguez. Ed. Nacimiento. Santiago de Chile, 1942, pág. 12.

Se llega a la conclusión de que ante la desigualdad de los contratantes hay que buscar la protección del más débil. Esto coincide con una transformación en la concepción de los derechos. Se empieza a pensar en la necesidad de la intervención del Estado en la economía y para hacerlo tiene que invadir campos que pertenecían a la exclusiva órbita de los individuos. Ya el Estado, pensando en el bienestar de la colectividad, tiene que entrometerse en los contratos celebrados entre particulares. Tiene que entrar a dirigirlos. El carácter absoluto de los derechos subjetivos, la autonomía de la voluntad y el principio del Estado Gendarme, hacían que se considerara como materia propia y exclusiva del derecho privado, todo aquello que no correspondía directamente a la organización política del Estado. El derecho moderno cambia ese criterio. Se reivindica el carácter administrativo de ciertas materias consideradas como civiles únicamente por estar incorporadas en el Código Civil. Hay un proceso de penetración del derecho público en el privado. Cada día se da mayor importancia a la intervención del Estado en la economía. Materias que bajo el imperio del individualismo se consideraban como ajenas a la intervención del Estado se ven ahora controladas por éste. Tal ocurre con el comercio, el transporte, los seguros, los bancos, las sociedades, los arrendamientos, el derecho agrario, etc. El derecho privado está girando hacia el derecho público y, al contrario de lo que sucedía en los principios de la revolución, ahora es el derecho público el fundamental. Sin que podamos tildarnos de socialistas, sí es cierto que todo este cambio es motivado por un criterio de defensa de los débiles y en general de la comunidad contra los apetitos de los fuertes. Es que la norma civil no favorece a los inquilinos, ni a los aparceros y productores en general, ni a los consumidores. La comunidad no puede darse el lujo de aceptar predios incultos cuando la mayoría tiene hambre. No se soportan los lotes de engorde rodeados de tugurios y gentes bajo los puentes. El Código Civil, expresión de fuerza de los terratenientes, ya no es suficiente en materia de propiedad. Ahora todos estamos de acuerdo con que la propiedad debe cumplir su función social. Las teorías de Comte y Duguit ya no suenan exóticas ni se parecen al comunismo. Es cierto que para estos la propiedad función social es todo lo contrario a la propiedad derecho subjetivo. Duguit mira la propiedad como una afectación de riquezas destinadas a satisfacer necesidades colectivas antes que individuales y al propietario como un empleado público. De esta concepción se desprende la obligación para el propietario de aprovecharse de su propiedad pues la sociedad está interesada en que sus miembros progresen. Pero además, el propietario debe, al aprovecharse de su bien, hacerlo servir al bien común, no pudiendo dejarlo sin producir ni destruirlo. Aquel jus abutendi de los romanos tiene que desaparecer. La

propiedad como función social mira primero a la comunidad y después a los propietarios y aunque no puedo quedarme en la discusión originada en nuestro país con base en el texto constitucional que habló, en la reforma de 1936 a la Carta Fundamental, así: "La propiedad es una función social que implica obligaciones", sí es oportuno anotar que no puede ser lo mismo "ser" que "tener". Tener función social la propiedad no es lo mismo que ser una función social. La expresión que quedó consagrada traspasó la intención del legislador. Lo que sí queda claro es que en el año 36 en Colombia se vivía un período de reformas inspirado por un régimen liberal y era apenas lógico que ese espíritu reformador tocara la propiedad. Esta nueva concepción sobre la propiedad permitió a los alemanes decir en su Constitución "la propiedad obliga. El trabajo y la utilización del suelo es una obligación del propietario en relación con la comunidad". Por supuesto que la propiedad sigue siendo un derecho real. Exclusivo pero no ya absoluto ni perpetuo. Es limitado, relativo y condicional. El Doctor Hernando Devis Echandía, el más prestigioso procesalista nuestro y profundo conocedor del derecho agrario, se pronuncia así al respecto: "¿Cuáles son entonces las características de la propiedad de acuerdo con el derecho moderno, y especialmente en nuestra legislación actual? La propiedad continúa siendo naturalmente derecho real y exclusivo. Un derecho que se ejerce directamente sobre la cosa y con prescindencia de las demás personas; que rechaza la posibilidad de una coexistencia de propiedades de distintas personas sobre la misma cosa. Pero el derecho clásico le asignaba a la propiedad otras dos características esenciales: un derecho absoluto y un derecho perpetuo. ¿Continúan existiendo? En mi concepto, no. En cuanto a la primera, es muy claro que con la noción de propiedad función social que implica obligaciones y sus consecuencias ya examinadas, el derecho de dominio es esencialmente relativo y limitado. Limitado no sólo exteriormente sino interiormente, en su campo de aplicación y en su contenido; tanto por la imposibilidad de traspasar sus fronteras, que se han venido estrechando cada día más, como por la obligación de someter su ejercicio dentro de esas fronteras, antes soberano, al mandato imperativo de la utilidad pública y de las necesidades de la colectividad.

"Un poco más discutible es el caso de la segunda característica: la perpetuidad. Es natural que dentro de una concepción individualista, en la cual no se comprende que el propietario sufra menoscabo alguno en su derecho por razón del no uso o del abandono que haga de él, el derecho de propiedad sea perpetuo. Pero sabemos que la tendencia moderna es a no garantizar ni mantener su existencia mientras no esté cumpliendo con la destinación social que

le es propia. De manera que por lo menos en los países en que, como en Colombia, se ha establecido la extinción del dominio por el no uso económico, la propiedad ha dejado de ser un derecho perpetuo, para pasar a serlo esencialmente condicional. Su definición podría ser esta: dominio o propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa conforme a la función social del mismo derecho y dentro de los límites impuestos por las leyes y reglamentos y por los derechos ajenos"(5).

Esta concepción moderna del derecho de propiedad apareja una nueva sobre el papel del Estado frente a ella. Ya el Estado tiene que asumir un papel activo y no de simple gendarme. Ya las relaciones entre individuos no pueden ser ajenas al Estado, consciente, ahora, de que hay que proteger a la parte débil y propugnar por el desarrollo social. De tal manera, la autonomía de la voluntad hay que ponerla en su sitio. El Estado se presenta en todos los renglones de la economía y por allí se vincula a los contratos. Se crean mecanismos para evitar injusticias. Aparece la teoría de la lesión. Se consagra el principio de que prima la intención de las partes sobre lo escrito para beneficiar a los terceros. La noción de orden público se va extendiendo. La libre discusión en los contratos empieza a declinar pues el Estado empieza a fijar pautas inviolables frente a elementos esenciales como el precio. Acá volvemos a encontrarnos con la propiedad y su manifestación principal que lo es sobre la tierra. A nivel agrario se empieza, en América Latina, con los procesos de reforma agraria, buscando una mejor distribución de la tierra. Es menester que no haya predios incultos o insuficientemente explotados. Tampoco inadecuadamente explotados. Se acentuó la intervención del Estado frente al derecho agrario y empieza a sacarse éste de los moldes del Código Civil. Empieza a considerarse a la tierra como un instrumento de producción como el capital y el trabajo. Hay que vincular la técnica. El criterio de empresa hay que introducirlo a la tierra agraria. El propietario debe asumir un papel de empresario. Irrumpe el derecho comercial contra el derecho civil. El interés privado del propietario se opone al interés social. El concepto francés moderno de propiedad comercial que presenta al arrendatario comercial como un propietario con facultades como las que se desprenden del derecho de renovación, en fin, es trasplantado al derecho agrario. Aparecen nuevas formas jurídicas para el agro y en todo este proceso tiene que intervenir el Esta-

(5) Características esenciales del Derecho Civil Moderno. Hernando Devis Echandía. Ediciones de la Revista "Estudios de Derecho". Universidad de Antioquia, 1943, pág. 53.

do. Surgen normas tendientes todas a controlar el uso de la tierra, motivadas por el beneficio de la colectividad. En países como Estados Unidos, desde la década del 30, comienza a mirarse la propiedad agraria en términos de duración y no de dominio tradicional. A la comunidad no le interesa quien sea el dueño sino que se explote. Al productor no le interesa ser dueño sino poder sacarle el máximo y adecuado provecho. Por eso necesita de la renovación del contrato o de su celebración por término apropiado. La aparcería y similares se presentan como relaciones injustas y se tiende a terminarlas o el Estado entra a regirlas. Se apunta directa o veladamente al principio que antes ruborizaba a muchos "la tierra es de quien la trabaja".

El concepto de posesión también es tocado por esta ola renovadora. Ahora se exige la explotación económica. Ya no es suficiente con la tenencia y el ánimo de dueño. No basta la voluntad de poseer. La posesión hay que ubicarla dentro de la nueva tendencia de la función social. Se protege al poseedor en la medida en que explote la propiedad y por lo tanto en la medida en que se beneficia también la comunidad. De una vez por todas se acaba con la llamada "posesión inscrita" y tiende a excluirse la posesión clásica y a respaldarse por el Estado la posesión económica, que ahora se ve como la única racional.

En una palabra, la comunidad tiene interés en la tierra y el Estado debe cubrir ese interés. En Colombia el Código de Recursos Naturales la considera como un recurso natural renovable y en el artículo 42 de esa ley, (Decreto 1040 de 1973) se dice: "Pertencen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentran dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por los particulares y de las normas especiales sobre baldíos". Artículo 43 "el derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social, en los términos establecidos por la Constitución Nacional y sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en este Código y otras leyes pertinentes".

El Código citado se refiere a la tierra en general sin distinguir la agraria de la urbana. En nuestro país no ha habido reforma urbana y cuando se habla de la función social de la propiedad se piensa sólo en la propiedad agraria. Con el Código de Recursos Naturales, por primera vez, se habla de esa función social también para la propiedad urbana, pues aunque expresamente no se señala, tampoco se distingue. Si el legislador no distingue el intérprete tampoco

puede hacerlo. Es necesario que el Estado entre a corregir los usos de la tierra urbana. El Estado lo puede hacer pues ya tiene el marco legal. Es necesario que, buscando la función social de esta propiedad, se plantee también la extinción del dominio para los predios urbanos inutilizados. El Estado ha intervenido en los arrendamientos urbanos de vivienda, pero no lo ha hecho con la fuerza que la comunidad pide en actividades como la construcción, compraventa de vivienda, los lotes de engorde, los lotes agrícolas en zonas urbanas. La propiedad horizontal no ha sido suficientemente controlada. El derecho de superficie no ha sido tenido en cuenta. Los sistemas de financiación son insuficientes. Ahora que hay un flujo acelerado de campesinos a las ciudades, el Estado tiene que intervenir la propiedad urbana. Así como el derecho agrario ha sido sacado de los límites del derecho civil, de igual manera hay que propender por un desarrollo del derecho urbano y colocarlo dentro del derecho público bajo el control del Estado y en beneficio de la comunidad.

Quisiéramos, así lo confesamos, para nuestros países, un modo de producción superior. Pero para no pecar de idealistas, concretándonos al modo de producción que nos toca, consideramos que lo podemos mejorar en beneficio de las clases menos favorecidas, de las clases explotadas. De los campesinos sin tierra o sin recursos para explotarla. De los desempleados y destechados de las ciudades. La función social de la propiedad y un Estado interesado en ella deben ser banderas de todos los abogados demócratas.

FERNANDO FUEYO LANERI

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Chile  
Santiago de Chile

Este trabajo fue preparado por el autor para ser leído en las Jornadas de Derecho de Familia patrocinadas por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, en los días 12 al 15 de noviembre de 1984, por fuerza mayor, dichas jornadas debieron suspenderse, el trabajo en sí mismo, puede publicarse.