

Investigación

El concepto de la propiedad en Colombia. Un análisis a partir del paradigma constitucional y su influencia en la propuesta de reforma del Código Civil¹

*The concept of property in Colombia. An analysis based on
the constitutional paradigm and its influence on the Civil
Code reform proposal*

José Eduardo Valderrama Velandia²

Recepción: 25/01/2021 • Aprobación: 25/03/2021 • Publicación: 17/11/2021

Para citar este artículo

Valderrama Velandia, J. E. (2021). El concepto de la propiedad en Colombia. Un análisis a partir del paradigma constitucional y su influencia en la propuesta de reforma del Código Civil. *Dos mil tres mil*, 23, e316. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/23316>



¹ Este artículo se desprende de la investigación que se desarrolla en torno al análisis de las falencias de la Reforma Rural Integral en Colombia, en el Doctorado de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja. No se pretende con este trabajo desarrollar el concepto de propiedad, o esbozar las críticas a su inclusión en los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, explora la adopción y evolución del concepto legal y constitucional de la propiedad, y su desarrollo en los códigos decimonónicos que, junto con la doctrina y la jurisprudencia, han acaudalado esta figura por excelencia. Esto permitirá contribuir a enriquecer el debate académico y aportar algunas visiones para la reforma rural integral.

² Docente e integrante del grupo de investigación Globalización y Derecho Hugo Grocio de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Colombia. ORCID: 0000-0001-6429-8019. Correo electrónico: jevalderrama@gmail.com

Resumen. El impulso desde la academia del proyecto de reforma al Código Civil de Colombia es la oportunidad para debatir, estudiar, profundizar y dar respuestas apropiadas a una sociedad que demanda transformaciones necesarias e idóneas para garantizar la efectividad de los derechos. Este análisis instruye en el concepto de la propiedad, institución jurídica de vital importancia en el ordenamiento jurídico nacional, con apoyo en el método comparativo con el Código Civil argentino, particularmente en la reforma realizada en el año 2014, para confrontarlo con la propuesta de reforma del código colombiano, en un ejercicio descriptivo por resaltar las características más relevantes del concepto de propiedad y la influencia constitucional de 1991 en Colombia.

Esto permitirá aportar una visión comparada y hermenéutica constitucional de la evolución de las bases ideológicas con las cuales nacieron la institución del derecho de propiedad, como derecho individual y subjetivo, hasta llegar a la estructura moderna abonada con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Abstract. The boost from the academy of the project to reform the Civil Code of Colombia is the opportunity to debate, study, deepen and give appropriate responses to a society that demands necessary and suitable transformations to guarantee the effectiveness of rights. This analysis instructs on the concept of property, a legal institution of vital importance in the national legal system, supported by the comparative method with the Argentine Civil Code, particularly in the reform carried out in 2014, to confront it with the reform proposal of the Colombian code, in a descriptive exercise to highlight the most relevant characteristics of the concept of property and the constitutional influence of 1991 in Colombia.

This will make it possible to provide a comparative and constitutional hermeneutic vision of the evolution of the ideological bases with which the institution of property law was born, as an individual and subjective right, until reaching the modern structure enhanced with doctrinal and jurisprudential development.

Palabras claves

Propiedad privada, código civil, constitucionalidad, derecho privado, reforma legal.

Key words

Private property, civil code, constitutionality, private law, legal reform.

Introducción

La tarea que se ha desarrollado en varios países latinoamericanos en la composición propia y renovada de los ordenamientos jurídicos imbuje al estudio de estos procesos, para darle sentido práctico a tan significativos planteamientos académicos y legislativos. La sociedad académica, por supuesto, no puede quedarse fuera de estas iniciativas, y por ello con este trabajo se propone una observación descriptiva-analítica de la evolución del derecho de propiedad, y el impacto transformador en Latinoamérica en las propuestas de reforma de los códigos decimonónicos en Argentina y la propuesta de reforma en Colombia.

El principal objetivo es orientar el debate del derecho de propiedad de cara a la Reforma Rural Integral, que en Colombia se erigió como pilar de los cambios jurídicos, políticos, económicos, ambientales y culturales a partir de los acuerdos de paz, que se enriquece con los debates alrededor del concepto constitucional y legal que ha ido evolucionando, y el parangón en legislaciones con las que se comparten similitudes como la argentina. Por ello, analizar la propuesta que está en boga en Colombia, con el Código Civil y Comercial de Argentina, se corresponde primero a la proximidad en el tiempo con el que se impulsó la reforma a la normatividad privada en el país gaucha y, segundo, se propone como referente latinoamericano y para Colombia.

En este trabajo, el contenido reflexivo se centra en referenciar los rasgos característicos entre el proceso de codificación contemporáneo en Argentina, y las similitudes que pueden relacionarse con la propuesta en Colombia, que recientemente ha iniciado en el seno de la academia, con la finalidad de contribuir humildemente con el debate para fortalecer la iniciativa de la modernización de la legislación nacional, con miras a la creación cultural jurídica latinoamericana. Si bien existen importantes asuntos como la dimensión del concepto de persona, los alcances de la capacidad personal y negocial, unido a la inclusión, nuevas fórmulas de la sucesión en vida, la familia y su regulación en la sociedad moderna, los negocios jurídicos, la regulación del consumo y otros tantos paradigmas de reformas al derecho privado, este trabajo se concentrará en el derecho de propiedad.

Este artículo no pretende desarrollar el concepto de propiedad, o esbozar las críticas a su inclusión en los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, explora la adopción y evolución del concepto legal y constitucional de la propiedad, particularmente en Colombia, y su desarrollo en los códigos decimonónicos, que junto con la doctrina y la jurisprudencia han acaudalado esta figura por excelencia. Esto permitirá contribuir a enriquecer el debate académico y aportar algunas visiones para el proyecto colombiano.

El método que se empleará será el histórico descriptivo, para hallar las principales características del derecho de propiedad, su adopción en las legislaciones colombiana y argentina y, por este hilo, ayudado con un método comparativo, establecer las semejanzas y diferencias entre la propuesta de reforma del Código Civil colombiano, que se irradia de la experiencia argentina, especialmente en cuanto al derecho de propiedad. Para este ejercicio, la comparación identifica en el derecho de propiedad el elemento común de estudio, para realizar una descripción sobre

esta institución jurídica e identificar el contorno jurídico, social, económico y político, en un ejercicio de semejanzas y diferencias, para ofrecer algunas conclusiones como resultado de la comparación consistente.

En los últimos años varias naciones de la misma familia jurídica continental europea han iniciado procesos de reforma en las leyes civiles y comerciales, para armonizar y ajustar a las teorías modernas contractuales y a las necesidades de cada contexto jurídico y social. La reforma al Código Civil francés no es un hecho aislado en el derecho comparado, por ejemplo, en octubre del 2014 se aprobó la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina. Con anterioridad, los alemanes reformaron su Código Civil en el 2002 (Alarcón & Villalba, 2020).

1. Los inicios de la codificación y la propiedad privada en América Latina

El desarrollo de la tradición jurídica en los países occidentales, y particularmente en América Latina, está marcado por una importación del pensamiento individualista, igualitario y liberal, imperante en los albores de las naciones emancipadas, que —en la búsqueda de una identidad propia para regular los destinos de la sociedad— encontraron en los ideales liberales el sustento apropiado. Los ordenamientos jurídicos occidentales tienen sus orígenes en los cambios producidos por la Revolución Industrial, recogidos en la libertad como valor fundamental del individuo en la sociedad, en la cuna del pensamiento liberal clásico. Las primeras codificaciones y el código napoleónico resumían el universo del derecho privado para la época con el denominador común, adopción y respeto a los principios de raigambre liberal (Botero Duque, 2006).

En este periodo de tiempo, y aun el siglo XVIII, la propiedad había sido considerada como un derecho absolutamente subjetivo, el cual excluía los intereses de terceros y de la misma sociedad, y se gozaba de un carácter meramente absoluto, exclusivo y perpetuo (Ramírez, 2011).

Como lo hace notar Fernando Hinestrosa, la influencia del derecho romano en la época colonial conformó el derecho de las Indias, entendido como el derecho creado desde la corona española y aplicado en el territorio continental americano. Se caracterizan por ser normas ideadas solo para los Reinos de las Indias o determinada colonia con vigencia geográfica limitada, siendo sujetos de derecho de forma plena los españoles nacidos en el Reino de España o en los Reinos de las Indias, y los hijos de padres españoles, cuyos juristas fueron sumergidos en las escuelas doctrinales del siglo XVIII, fundadas en el derecho romano, particularmente en los *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum de Heineccius* (Hinestrosa, 2017).

La elaboración normativa del derecho privado emerge de las obras representativas que a lo largo del siglo XIX imperaron en América. De esta manera, están por ejemplo los esfuerzos codificadores de Andrés Bello, en Chile, Colombia y Ecuador. En Argentina, la obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, y en Brasil, con los trabajos de Teixeira de Freitas, los cuales estaban influenciados por diversas corrientes doctrinales como la francesa, seguida por escuelas alemanas con

insumos romanistas en su mayoría. Los redactores del código francés concebían el sistema de leyes como perfecto, con base en el racionalismo jurídico, un derecho natural racional, unificador del Estado, que afirmara los derechos del ciudadano, a la libertad e igualdad en un sistema jurídico (Gómez, 2008).

El inicio de la codificación en Argentina y Colombia comparte la semejanza de adoptar la tendencia imperante en la Francia napoleónica, cuyo método para la construcción de leyes en cuerpos legales ordenados y sistemáticos permitió sencillamente la importación de ideas arraigadas para colectividades política y académicamente distintas a las realidades endógenas de las nacientes sociedades latinoamericanas. Con el tiempo, la pluralidad de sujetos y realidades, sumado a las profundas diferencias económicas, étnicas y sociales serían el escenario perfecto para cambios políticos y filosóficos, cuyas semillas echarían raíces para las transformaciones modernas.

La codificación apremia un fin político tendiente a la unificación a un Estado, un instrumento legal considerado en el código como estructura de poder, en el cual, el redactor se enfrenta a cuestiones que no son unívocas, y trabaja en plantear el derecho y las leyes de manera simple, clara, breve y concisa, requiriendo un derecho cierto y determinado, para lo cual, la codificación es una metodología para expresarlo. Sin embargo, con el paso del tiempo, surgen varios problemas en la codificación, y particularmente en la normatividad privada, entre estos la pluralidad de estatus de los individuos o pertenencias de clase, la pluralidad de los modos de usufructo de los bienes y los derechos subjetivos en el plano social. Con este esbozo se puede explicar el primer estándar de simplificación y, consecuentemente, la abstracción de la propiedad como concepto jurídico y político (Manríquez, 2015).

El derecho de propiedad ha tenido profundo arraigo en todas las culturas y civilizaciones, y una prueba de esto es la regulación que se ha dado en las reglamentaciones de orden civil y público, que a través del tiempo se han ido puliendo. Todos ellos han sido tenidos en cuenta, con mayor o menor peso en la redacción de las codificaciones. Naturalmente quien inicia el estudio jurídico de derecho de bienes enfrenta la existencia de un dogma, la relación más perfecta, absoluta y directa entre el hombre y las cosas, representada por la noción de la propiedad, y así pretende envolver la complejidad de la relación hombre-cosa, centrando al individuo como titular en una posición de superioridad respecto al objeto de su derecho y al resto de la sociedad. Esta fórmula totalizadora de la figura del derecho de propiedad, perfeccionada desde el siglo XVII y consagrada en leyes decimonónicas, ofrece la posibilidad limitada de moverse entre dos escenarios, el primero, más libertad y más propiedad; y el segundo, intervencionismo y menos propiedad, cancelando, asimismo, todas las situaciones de tenencia que escapan a la fórmula monista de la propiedad individual regulada por los códigos inspirados en el Code. Con lo cual la operación es muy clara, la generalización de la propiedad privada en las zonas colonizadas no es un proceso ni lineal, ni homologable, ni exento de obstáculos, por lo tanto, el trasplante de la

propiedad privada es una generalización imperfecta de un modelo que pretendió universalidad (Míguez, 2014).

Hoy las codificaciones enfrentan una crisis que puede explicarse a partir de la gran proliferación normativa que aborda los derechos sociales, los derechos de incidencia colectiva y los tratados de derechos humanos y, con ello, el nacimiento de leyes especiales que erosionaron la primacía de los códigos y así llevaron necesariamente al cambio que ha sufrido el rol del jurista y del juez. Quienes, empapados en la cultura jurídica del Código, hoy se enfrentan a un panorama en el cual deben ser especialistas de un microsistema y, al mismo tiempo, no perder de vista la relación que los microsistemas pueden tener con el derecho constitucional y el derecho internacional, tanto público como privado (Cacciavillani, 2015).

La propiedad privada es uno de los tantos sistemas de propiedad que se puede construir, para las variadas formas de resolver el problema de la asignación de recursos. La construcción de esta definición aborda el conjunto de derechos que varían de un lugar a otro y se nutren de la influencia de la época, además, el objeto de la propiedad puede ser variado (Botero Duque, 2006).

2. El paradigma de la función social de la propiedad

Posteriormente, el desarrollo de políticas sociales, en búsqueda de la solución a las dificultades generales, descansaron en la introducción del pensamiento social que a mediados del siglo xx irrumpió en las esferas políticas, doctrinarias y jurisprudenciales en Latinoamérica. A través del tiempo, la propiedad y el derecho de propiedad fueron evolucionando a la par de los grandes cambios políticos, sociales y económicos que se estaban gestando en el mundo. De considerarse el derecho de propiedad como un derecho meramente absoluto, evolucionó dando paso a la concepción socialista, hasta los postulados modernos en la mayoría de los sistemas jurídicos como un derecho de propiedad individual sometido por algunas funciones y restricciones, con el fin de que el Estado pueda garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular (Ramírez, 2011).

Desde finales del siglo xix y las primeras décadas del siglo xx, Latinoamérica registró sucesivos cambios conceptuales y profundas transformaciones institucionales, expresadas también en el pensamiento jurídico. Puede considerarse que la globalización del pensamiento jurídico, producido entre 1850 y 1914, precedido del pensamiento jurídico clásico, caracterizado principalmente por el contenido individualista, con la difusión del liberalismo como cuerpo de ideas y una estricta separación entre el derecho y la política, estableció una concepción formalista del derecho y una clara distinción entre el derecho público y el derecho privado, que gradualmente se vio relevado por el ascenso del pensamiento jurídico con orientación social; esto en un periodo que puede situarse alrededor de 1900 y la segunda mitad del siglo xx. Para esta época, en la tendencia jurídica se criticó el carácter marcadamente formalista del pensamiento jurídico clásico y los fundamentos individualistas; como consecuencia, el nacimiento de nuevas tendencias con una marcada ideología social (Zimmerman, 2013).

Una segunda globalización de saberes jurídicos sentaba las bases de un nuevo paradigma, que se simbolizó por el jurista francés León Duguit que, en su visita a Buenos Aires en 1911, cuyas conferencias conformaron una clara exposición de los principios básicos de la nueva ciencia del derecho, delineó un nuevo método para la ciencia jurídica, un método realista, que buscaba superar el carácter metafísico impuesto en el derecho privado adquirido con la codificación francesa. La tesis de León Duguit se orientaba a la elaboración de una nueva concepción social de los fundamentos del derecho, que se fundaban en el carácter innovador del derecho subjetivo y la función social, la nueva concepción de la libertad y la propiedad como función social, defensas a los cuatro principios constitutivos del sistema civilista clásico, libertad individual basada en la idea de autonomía individual, la inviolabilidad del derecho de propiedad, el contrato como acto jurídico y la responsabilidad individual por culpa (Zimmerman, 2013).

Al contrastar las ideas expuestas por León Duguit y la figura de la propiedad privada en Argentina, con Eduardo Zimmerman se puede apreciar el derecho de propiedad y la evolución del concepto jurídico contrastando con la aventajada doctrina en Europa. En efecto, para inicios de 1900 preponderaba en esos días la propiedad-especulación, pero eventualmente se alcanzaría la etapa de la propiedad-función. Esto responde a la necesaria evolución de las sociedades, y particularmente de las sociedades latinas que han llegado paulatinamente a un semejante grado de civilización (Zimmerman, 2013, p. 90).

En Colombia, mientras tanto, si bien la Constitución de 1886 no hace un reconocimiento específico de la propiedad, que se fundamentó en el reconocimiento del derecho de propiedad adquirido con justo título con arreglo a las leyes civiles, condicionado a la prevalencia del interés público, el derecho de propiedad se caracterizó por ser netamente subjetivo, garantizado por el Estado, tendencia axiológica digna heredera de la doctrina francesa representada en el romanismo e individualismo. Sin embargo, la situación de los años 30 provocó un replanteamiento de las bases económicas, con lo cual el ejercicio del derecho de propiedad sobre los instrumentos y medios de producción perfiló una nueva política dirigida al bienestar social, y precisamente en un territorio eminentemente agrícola, la tenencia de la tierra se convirtió y se tiene hoy en día, en eje fundamental de la acción del Estado.

La construcción normativa del derecho de propiedad en la legislación colombiana tiene dos dimensiones. Como derecho, y más precisamente subjetivo, porque otorga al titular privilegios de carácter general y exigible; y, por otro lado, función, que en el marco amplio impone al propietario obligaciones en el ejercicio de su derecho frente a la sociedad, y es objetivo. Esto se refuerza en la reforma que en 1936 se implantó en la Constitución de 1886, dando un giro al contenido individualista de la propiedad, por el interés social. Se delineó el interés específico de la función social y las obligaciones potenciales de solidaridad de quienes ostentan riqueza, y permite al legislador establecer las consecuencias por el incumplimiento a estas obligaciones (Cabrera, 2001).

En su contenido legal y descriptivo, el derecho de propiedad ha permanecido inmutable desde la adopción del Código Civil de Cundinamarca y para todo el Estado colombiano, adoptado con base en el ejemplar de la codificación chilena. Se impregnó de la tendencia solidarista que impulsó la reforma de 1936, la cual aparejó importantes lineamientos políticos y económicos de cara a la reforma constitucional y, por cerca de cincuenta y cinco años, la existencia del derecho subjetivo del ejercicio de la propiedad convivió con la declaración constitucional y legal del interés público. Por eso, la Constitución de 1991, al introducir la cláusula del Estado social de derecho, impuso un paradigma constitucional, legal y doctrinal de profunda importancia. Esto conlleva, a partir de la configuración constitucional del artículo 58 de la Constitución política de Colombia, al concepto de propiedad y a estudiar las propuestas de reformar del Código Civil que actualmente se promueve en el círculo académico colombiano.

Resumiendo hasta el momento, el desarrollo de los códigos como el cuerpo normativo que pretendía alcanzar una respuesta legal y jurídica a las situaciones y vivencias con las cuales se demandaba su redacción, construcción ontológica y estructura, ubicados a finales del siglo XVIII y cuyo ejemplo más relevante es el Código Civil francés de 1804, son revaluados y cuestionados en el siglo XXI. El ejemplo de Argentina es útil para este trabajo, por el ejercicio de reforma legal que impulsó entrando en el siglo XXI. A pesar de las contingencias políticas y académicas que rodearan la reforma al ordenamiento privado, la empresa reformatoria colombiana debe reconocer los esfuerzos de sus pares latinoamericanos, en búsqueda no solo de una actualización de las leyes en el entorno del siglo de la información, sino también en la construcción de una cultura jurídica latina.

A modo ilustrativo, y considerando el enfoque del devenir del conocimiento jurídico alrededor de la propiedad privada, y significativamente en América, vale hacer semblanza a lo dispuesto por la Constitución de México en 1917, la cual, previniendo un enfoque económico, y la planeación económica y social democrática de los medios de producción, estableció en el artículo 27 facultades para la nación de imponer sobre la propiedad privada modalidades de expropiación, atendiendo a causas de utilidad pública y regulación del aprovechamiento de recursos naturales, con la finalidad de la distribución equitativa de la riqueza (Rangel, 1977).

Con este panorama de la evolución de la codificación y como se construyó el derecho de propiedad, que en su origen se concebía como un derecho subjetivo que reflejaba esencialmente la filosofía individual y liberal, apremiante de una protección estatal, cedió paso a la concepción social, en búsqueda de una reivindicación de los menos favorecidos, impulsado por los debates académicos y las mismas críticas europeas a la filosofía individualista.

3. La evolución del concepto de dominio y derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos colombiano y argentino

Los dos ordenamientos jurídicos, argentino y colombiano, gozan de una importante tradición romanista del concepto de propiedad y dominio, que se trasplantó con las disposiciones españolas importadas del territorio peninsular en la conquista a los territorios precolombinos, y fue moldeado con la entrada de las tendencias codificadoras de mediados del siglo XIX, en el escenario de los procesos emancipatorios. Finalmente, se encuentran ordenamientos jurídicos que pueden considerarse maduros, testigos de la construcción doctrinal y jurisprudencial del derecho de propiedad, de la mano con la pluralidad y reconocimiento de los actores del escenario jurídico, económico, político y social, que contribuyeron al fortalecimiento de una definición más robusta del derecho de propiedad.

La figura jurídica de la propiedad, en su dimensión más amplia, no solo como derecho sino como función social, ha sido el reflejo de años y años de debates académicos que han trascendido a los escenarios jurisprudenciales y, por ese camino, a los políticos, poniéndose en primera plana el tema de la propiedad y tenencia de la tierra, como uno de los pilares fundantes de las tendencias económicas y sociales que marcan los horizontes de los ordenamientos jurídicos nacionales.

América Latina tiene características de interesante referencia y análisis, en la inmensidad del territorio y la basta cantidad de pueblos, que desde el descubrimiento y la conquista de los españoles y portugueses se infunden en las civilizaciones prehispánicas las profundas raíces romanistas de los ordenamientos peninsulares. Con la larga tradición romanista traída por los españoles, e implantada en el territorio americano, la romanización hispánica influyó en la creación de leyes romanizadas y, por consiguiente, se siguieron aplicando en el derecho patrio (Hinestrosa, 2017). Esto conllevó a que la cultura social y jurídica que existiera entre las comunidades indígenas desapareciera y se impusiera únicamente el derecho impuesto por los conquistadores.

El camino que ha recorrido el concepto de dominio y propiedad inicia en los albores de la Roma republicana e imperial, y con el desarrollo de los jurisconsultos, glosadores e intérpretes de textos romanos clásicos, que, recogido en las codificaciones, hoy permiten conocer el pensamiento de su momento. Para los romanos el derecho de propiedad y dominio residía en el objeto y la subjetividad con la cual el ciudadano romano reclamaba para sí la potestad absoluta para atribuirse un objeto o cosa. Propiedad y dominio en el contexto jurídico ha evolucionado desde las épocas romanas, que se identificaba con la relación directa sobre los objetos por el *pater familias* y fueron los glosadores quienes en los estudios de los textos romanos identificaron los atributos que hoy se le atribuyen al derecho de propiedad y dominio *utendi, fruendi, abutendi*.

Posteriormente, en la Edad Media se le atribuye una característica ilimitada al derecho de dominio y propiedad, especialmente sobre la tierra, que se reflejaba en el poder absoluto de un señor feudal, quien detenta la disposición sobre los bienes de producción, y algunos atributos

limitados a la clase campesina para explotar y cultivar la tierra. Este tipo de propiedad se adapta en la Revolución francesa, sustituyendo al señor feudal por el reconocimiento al poder del Estado, y reconociendo otra característica a la propiedad, concibiéndose como ilimitada, sostenida la libertad, concepto esencial que refleja en la persona desplegar poderes sobre los medios necesarios para vivir, sin dependencia a otra voluntad ajena.

Con el tiempo, se desarrolla sobre la propiedad la imposición de funciones sociales, apremiantes para superar las brechas entre los hombres que detentaban riqueza y poder sobre bienes de producción, y la inmensa humanidad que no tenía ningún recurso para subsistir. Con León Duguit se teorizan las limitaciones al ejercicio del dominio y propiedad, para las personas que amparadas en el orden legal no exploten adecuadamente los bienes bajo su poder, y permitiendo al Estado y al Legislador diseñar herramientas jurídicas que tomen la propiedad a los titulares ociosos y entreguen el dominio a quienes tienen vocación de explotar los recursos.

Las ideas funcionalistas de las limitaciones sociales de la propiedad fueron adoptadas por la Iglesia a través de numerosas Encíclicas Papales como *Quadragesimo Anno* de Pío XI en 1931, *Rerum Novarum* con León XIII en 1891 y *Populorum Progressio*, Pablo VI en 1967, cuya doctrina social no condena la propiedad privada, pero advierte los abusos en la distribución y en el uso. Sin embargo, elude la colusión colectivista y una distribución justa y uso adecuado de las cosas sometidas al dominio individual, en miras del bien común (De Rosa, 2017).

Una característica común en los ordenamientos jurídicos argentino y colombiano es cómo el concepto de propiedad se adopta de las fuentes externas y se importa a una sociedad nueva y que resurge de procesos emancipatorios. No es una construcción propia, ni mucho menos elaboración de legisladores patrios. Con el paso del tiempo y visiones más amplias de los derechos, paulatinamente se incorpora en las constituciones y se construyen paralelamente vertientes conceptuales de un mismo derecho, que se atribuyen preponderancia una a otra, constitucional y legal, pero que finalmente han llegado a un mismo punto y es la construcción de un concepto de propiedad más amplio.

No es un descubrimiento encontrar basta literatura que aborda el estudio epistemológico, histórico y jurídico de la propiedad, en el cual se hallan desde estudios de la propiedad con métodos de ciencias económicas y sociales, y metodologías jurídicas que se preocupan por una clasificación del concepto de propiedad, anotándole epígrafes como el contenido constitucional, noción judicial y política, entre otros. Sin embargo, el derecho de propiedad en sí mismo conserva fundamentalmente sus características, que se ha logrado nutrir con diferentes ciencias para brindar una respuesta al alcance de la protección del derecho subjetivo e individual, y reconocer funciones especiales a la propiedad en la sociedad.

Contemporáneamente se introdujeron importantes reformas a los ordenamientos latinoamericanos, en materia de derecho de familia, sucesiones, contratos, uso de bienes inmuebles y relaciones de trabajo. Este escenario propició la producción de normas en medio de la presencia de regímenes autoritarios, en el que los gobiernos con comités sustituyeron al parlamento,

y la deseosa adaptación a cambios filosóficos, económicos y políticos implementaron reformas afanosas. Contemplando esto desde un punto de vista democrático y constitucional, y también del lado de la técnica y en la calidad del producto, con crítica al encanto de la vertiginosa producción normativa, acompañada de sustentos técnicos, pasó por alto la exigencia de tiempo para la reflexión y discusión con miras a lograr un consenso general de base. Lo que conlleva a plantearse las conexiones entre universidad, doctrina, jurisprudencia y ciencia jurídica, sin un despertar y desarrollo del saber jurídico. En palabras del ilustre maestro Fernando Hines-trosa “se debe destacar, sobre todo, la comunicación y las relaciones entre los juristas de los países de América Latina y la existencia o la posibilidad de un *ius commune latinoamericano*” (2017, p. 7).

3.1. El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico argentino

Sin pretender realizar un exhaustivo análisis del desarrollo del derecho de propiedad en la legislación argentina, sus alcances y limitaciones, considero importante recoger algunos planteamientos ilustrativos, de cara al objetivo inicialmente planteado, que se centra en describir comparativamente las reformas a las codificaciones de derecho privado en el ordenamiento jurídico argentino, con la propuesta que se impulsa en Colombia. Es importante recordar el papel que desempeñó Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, en la redacción del Código Civil argentino a mitad del siglo XIX, que, a carencia de doctrina y jurisprudencia local, se valió con gran destreza de la doctrina romanista y de la exégesis francesa. Desde entonces esa doctrina ha influido en la formación del nuevo derecho, pero ahora con un gran número de referentes locales (Lanni, 2016).

Con la sanción del Código Civil argentino en los albores de nación independiente, se consolidaba un sistema de propiedad individual privada, exclusiva y perpetua que se instauraba a la medida de algunos intereses particulares de comerciantes y burgueses, afrontando ventajas e inconvenientes puede contar con un marco de garantías legales, con lo cual, también puede contar con garantía de seguridad jurídica entre sujetos privados y de los poderes públicos (Tedeschi, 2012). Dalmacio Velez Sarfield logró construir una estructura legal del derecho de propiedad y dominio acorde con el paradigma moderno en 1869 en el cual se identificaba la individualidad y el carácter absoluto, pleno, unitario, libre y circulante del derecho de dominio (Levaggi, 2007).

La propiedad no tiene un solo sentido, como tampoco un concepto unívoco para el derecho. Así, en el trabajo realizado en la codificación por Vélez Sarsfield, la propiedad y dominio son sinónimos, definiéndose como el derecho real en el cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, a lo cual es inherente el derecho de poseer, disponer o servirse del objeto, usarlo y gozarlo conforme al ejercicio regular del derecho real. La misma codificación en mención habla de propiedad no solo respecto de las cosas sino también en materia de créditos, derechos intelectuales, de propiedad, industrial, marcas y patentes (Sconda,

2013). Tintes del derecho de propiedad como la facultad absoluta que ostentaba una persona sobre los bienes o las cosas se nutrió del reconocimiento que en su momento monarcas y hombres de poder le reconocían al individuo y, posteriormente, las leyes del Estado que amparaban y reconocían se acentuaron en la legislación nacional argentina y le dieron un alcance inviolable al derecho de propiedad, que fue moldeándose a la luz de la interpretación constitucional.

La constitución argentina de 1853 adoptaba una tendencia clásica respecto del derecho de propiedad, reflejada en los artículos 14 y 17, en el cual se garantizaban el derecho a usar y disponer de la propiedad con la connotación de inviolabilidad del derecho, salvo algunas excepciones, para el caso de expropiación, y prohibiéndose la confiscación. Enseguida, la reforma de 1949 introdujo modificaciones respecto de la función social de la propiedad. La concepción constitucional de la propiedad introduce la modalidad comunitaria de la propiedad para el caso de los pueblos indígenas argentinos, cambios que provienen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y se acepta formalmente la propiedad colectiva (Etchichur & Pasquale, 2019).

Mariana Sconda enfatiza en el significado técnico del dominio, cuando se expresa en la codificación argentina como el derecho real más extenso y completo que puede recaer sobre una cosa determinada, de una manera absoluta, exclusiva y perpetua, pudiendo extenderse a otros derechos reales. También se resalta que Vélez Sarsfield acepta para la legislación argentina la definición de los jurisconsultos Aubry y Rau cuando se indica que la propiedad expresa la idea de poder jurídico, el más completo ejercido por una persona sobre una cosa, definiéndose como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona. En este orden de ideas, se reconoce en la propiedad y dominio el poder que el hombre tiene en su objeto de hacer de ella y en ella lo que quisiera, advirtiéndose el pensamiento individualista que, “si bien le otorgó al derecho de propiedad el carácter de absoluto, el mismo encuentra limitaciones en el derecho de los demás y en la existencia de ciertos intereses que están por encima de los particulares” (Sconda, 2013, p. 67).

Abordando el derecho de propiedad con el prisma constitucional, el artículo 17 de la Constitución Nacional de Argentina expresa el carácter inviolable del derecho de propiedad, sin que llegue a significar que el derecho de propiedad tenga un rango superior a los de los demás derechos individuales, ni significa que sea absoluta o exenta de función social, como lo refiere Mariana Sconda, puesto que expresaría alteración al derecho de propiedad, vedada por el artículo 28, sino que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla (2013). Sin embargo, este derecho no es exclusivo porque hay restricciones y limitaciones que afectan el goce o el uso de la propiedad.

Las limitaciones en interés privado se rigen por el derecho privado, por el Código Civil, e imponen demostrar el título que le confiere al individuo el derecho sobre los bienes, y que sea adquirido conforme la ley. En cuanto al interés público, se rigen por el derecho administrativo, que imponen en beneficio del público o de la colectividad, a través de la expropiación. “Estas

restricciones suelen consistir en obligaciones de hacer o de dejar hacer, pero ocasionalmente pueden imponer una obligación de hacer” (Sconda, 2013, p. 63). El proyecto del Código Civil y Comercial mantenía el núcleo conceptual del dominio caracterizado por la perpetuidad y la exclusividad, sin hacer una distinción clara entre el dominio perfecto y el imperfecto en relación con los atributos establecidos en la ley, por cuanto la enunciación de esos atributos tiene la finalidad principal de distinguir el dominio, antes que caracterizar la propiedad privada de una manera totalizadora. Sin embargo, es importante divisar esas características en una forma más dogmática, constatadas en la manifestación del dominio perpetuo y el dominio es exclusivo (Levenzon, 2012).

En un principio, los códigos civiles abanderaron el pensamiento jurídico predominante de las codificaciones con marcada influencia en el Código Civil francés del 1804, una noción de propiedad sagrada y absoluta. A la luz de las concepciones de justicia y de las actuales fuentes de las constituciones, dicho lineamiento de la propiedad no está fundamentado en criterios de justicia, sino en consideraciones de utilidad con un carácter supuestamente científico. Sin embargo, este contenido legal y doctrinario del derecho de propiedad hoy por hoy está sujeto al reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y su inviolabilidad debe ser interpretado con la noción de función social del Pacto de San José, como con los demás derechos humanos incorporados a la Constitución. En este sentido, lleva a plantearse las necesarias reflexiones sobre los efectos de esa perspectiva en la normativa infraconstitucional, especialmente el Código Civil y las normas atomizadas del derecho privado (Levenzon, 2012).

Se estructuran así dos vertientes del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico argentino, el primero que se sostiene en el pilar de un derecho subjetivo sobre bienes, con las atribuciones de usar, gozar y disponer del objeto, con carácter absoluto y sin oposición de las demás personas. El otro camino y paralelamente, el derecho de propiedad con función social, en la cual se le da interesantes potestades al Estado para intervenir en la esfera personal de los individuos y la relación con los bienes.

La codificación civil, y el desarrollo paulatino de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la propiedad, impuso límites a las facultades absolutas al titular de dominio, pero además reguló la usucapión y mantuvo la figura de la expropiación por parte del Estado en razones de utilidad pública, previo pago de indemnización. Ahora, el proyecto de reforma que llegó a convertirse en ley argentina, y, por lo tanto, un nuevo Código Civil y Comercial, que reconoce como novedad los tratados de derechos humanos, resguarda los derechos de incidencia colectiva, reconoce la propiedad comunitaria, protege la vivienda y, a su vez, asegura la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje. De esta manera, no solo se reconoce una función social de la propiedad, sino una función socioambiental de la misma (De Rosa, 2017).

Desde su concepción abstracta y limitada a las facultades sobre objetos, y como derecho subjetivo oponible a las demás personas protegido por la ley del Estado, siendo la garantía de la

expresión más liberal de los pensamientos con los cuales surge en los inicios de la codificación, hasta la construcción de un alcance más apropiado para dar respuestas a la sociedad, se puede ir apreciando cómo en los ordenamientos colombiano y argentino en los últimos años el derecho de propiedad se ha nutrido de la influencia de la perspectiva constitucional, supranacional y ha observado reposadamente las teorías de la justicia, para reorientar el paradigma liberal e individualista de las codificaciones decimonónicas, por una visión más moderna y transformadora.

Sin embargo, el recorrido de la consagración del derecho de la propiedad en las legislaciones privadas de Colombia y Argentina no es ajeno a la crítica histórica, por la notable influencia y primacía de las élites gobernantes y el adecuamiento de las normas a los intereses imperantes del momento; y el mismo desarrollo que han tenido dichas tendencias a lo largo de la evolución doctrinal y jurisprudencial, en los derechos de propiedad, primero para conservar derechos adquiridos con justeza o sin ella, o sanear situaciones francamente ilegales, y posteriormente con una débil tendencia a superar las desigualdades con que surgieron con las primeras codificaciones.

Con la Ley 26994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, y publicada el 8 de octubre de 2014, Kemelmajer resalta la fuerte corriente de la constitucionalización del derecho civil, recogida en el nuevo Código Civil y Comercial desde los artículos 1 y 2 en adelante, especialmente cuando se incorpora en la reforma constitucional de 1994. Es un proceso de civilización del derecho constitucional al incorporar expresamente el derecho de los consumidores, el derecho a un ambiente sano, entre otros (Lanni, 2016).

En Argentina, en los últimos 20 años y como consecuencia de la reforma constitucional y la ratificación y puesta en vigencia de los tratados de derechos humanos, se sancionaron numerosas leyes que han alimentado el ordenamiento jurídico con nuevos paradigmas legales como la ley de protección de derechos del niño, de salud mental, de derechos del paciente, la identidad de género, de protección de la mujer, matrimonio igualitario, la propiedad y reconocimiento de diversas propiedades. Pero no significa la pérdida de antiquísima tradición jurídica, por el contrario, es un reconocimiento a la profunda producción doctrinal y jurisprudencial de años en los países latinoamericanos, particularmente en nuestro límite de estudio, Argentina y Colombia.

El nuevo Código Civil y de Comercio no rompe con la tradición jurídica argentina ni dilapida el esfuerzo y aportes de siglo y medio, es una importante renovación de la legislación y la concreción de paradigmas contemporáneos junto con las instituciones jurídicas tradicionales en el derecho patrimonial, con lo cual la producción jurídica previa servirá de faro de interpretación. Se reconocen las raíces en los aportes que lo precedieron, por ejemplo, dispone que los derechos causados en los contratos integran el derecho de propiedad, no es nada nuevo a lo que se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, la cual ha sostenido dicho principio casi cien años (Rivera, 2015).

Una de las metas que pretendía el proyecto de Código Civil y Comercial argentino consistía específicamente en un código para una sociedad multicultural que regulara los derechos en consonancia con la Constitución Nacional. Idea puesta en diálogo con los múltiples tratados internacionales que regulan distintos aspectos de la vida de los pueblos, que evidenció algunos problemas que no fueron abordados apropiadamente, como la propiedad de los pueblos originarios. Inconsistencias que significaron la desjerarquización del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas. Con esto se puede desde ya plantear la reflexión sobre el código como el instrumento jurídico más idóneo para dar respuestas a una sociedad compleja y multicultural, así como puede concebirse aun desde la visión decimonónica de código, y caer en visiones reduccionistas y abstraccionistas, que no contemplan la existencia de una sociedad conformada por sujetos que son sexual, cultural, física y económicamente distintos entre sí (Cacciavillani, 2015).

3.2. El derecho de propiedad en la legislación colombiana

Rocío del Pilar Peña Huertas y Santiago Zuleta Ríos, citando a Alexander y Peñalver (2012), reflejan la esencia de la regulación de los derechos de propiedad en Colombia, construida sobre la teoría económica liberal contenida en las normas del Código Civil, cuyo elemento esencial es el derecho absoluto a la propiedad privada, que es el poder que tiene cualquier persona de evitar que otros usen las cosas que le pertenecen (Peña & Zuleta, 2018).

En Colombia, los movimientos reformistas conllevaron a que abolida la Constitución Federal de 1863 y configurada la República unitaria y centralista por la Constitución de 1886, el Consejo Nacional Legislativo expidió la Ley 57, estableciendo la vigencia del Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, como resultado del cambio político y constitucional, que establece con fuerza ley la adopción del Código Civil de la Unión, como Código Nacional, registrando pautas fundamentales sobre interpretación de la ley y aplicación de la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. En Colombia, el proceso de darse una ley civil y penal, que facilite el ejercicio de la administración de justicia y los ideales de la naciente República colombiana, estuvo marcado en un inicio por la proliferación de normas propias de los estados nacientes en medio de la unificación política y administrativa de la Nueva Granada, que tuvo como denominador principal para el Código Civil la propuesta traducida por Andrés Bello.

En 1856 Manuel Ancízar, distinguido científico, diplomático y político, quien se había desempeñado en la representación nacional colombiana en el Gobierno de Chile, estableció amistad con Andrés Bello, logrando que el Ministerio de Relaciones de Chile enviara cuatro ejemplares, los cuales fueron adoptados paulatinamente por los estados de Santander, Cundinamarca, Cauca, Panamá, Bolívar, Boyacá, Antioquia, que finalmente con la del 26 de mayo de 1873, los Estados Unidos de Colombia adoptaron como Código Civil de la Unión el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones. De esta manera, se adoptó sucesivamente por la

Unión, con algunas modificaciones el Código Civil de la Unión de 1873, una versión bastante próxima al original de Andrés Bello (Hinestrosa, 2006).

El derecho de propiedad, y por consiguiente la propiedad en sus expresiones como aptitud subjetiva, no es una conquista propia del legislador nacional. Se impuso a las culturas precolombinas un concepto de propiedad implantado por la corona española, romanizada y esclavizante, concentrada en la explotación de minerales y la agricultura, con la apropiación de grandes extensiones de tierra para la renta. En la cultura colombiana subyace una estructura colonial y administrativa influenciada por la corona española, en la que las élites concentraban el poder y la riqueza en sus manos, lo que se mantuvo e incluso hasta muy entrado el siglo xx, lo cual ha producido descentralización absoluta del control económico y de cualquier otro sector necesario para el funcionamiento jerárquico de la política en general, produciendo los desencadenantes conflictos y manteniendo a un grupo de dirigentes por periodos de tiempo en la dirección de los destinos del Estado (Prados, 2019), con una notable influencia rentística amparada por la apropiación de la tierra, enderezada en las frugales cláusulas de la inviolabilidad de la propiedad privada.

El concepto de propiedad más próximo a la institución diseñada por el derecho romano positivo que a la descripción que de ella hizo la doctrina, fundada especialmente en los glosadores y posglosadores, autores que por su rigor y por su documentación, como Fritz Schulz, apoyado en las fuentes originarias, concluyó que la propiedad es un derecho sobre una cosa corporal que confiere por principio a su titular un pleno poder de la cosa, aunque este poder puede estar sujeto a variadas limitaciones. Por cierto, los juristas romanos con marcado espíritu pragmático eran reacios a definir, actividad eminentemente teórica realizada por sucesores occidentales, especialmente los canonistas y la Escuela de los glosadores y posglosadores (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 1999).

La reforma constitucional de 1936 en Colombia y el contexto sociopolítico de la época contribuyó a adoptar la cláusula de la función social de la propiedad que implica obligaciones, ideas tomadas por el constituyente de 1936, influenciadas por sectores de la doctrina nacional en el artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919. Se emplazó en el ámbito nacional el debate sobre si la propiedad es o tiene función social. Cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se acercó a la escuela de la libre interpretación científica, cuyo representante principal Geny, quien proponía el descubrimiento de la naturaleza de las cosas y los hechos sociales mediante el uso de la analogía y la expresión de igualdad jurídica, reconoció en el individuo la acción jurídica reflejo de la autonomía de la voluntad limitada por el orden público (Gómez, 2008).

Teniendo en cuenta esto, al Estado incumbe en el campo económico, el compromiso con una distribución más racional de la riqueza y en la acción dirigida a mitigar la situación de los grupos sociales más pobres, y material y formalmente más desamparados. A esta tendencia política prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que

sustituyó la noción tradicional de derecho subjetivo por la de función social, sintetizada en el fundamento del orden jurídico en un hecho social, la solidaridad. La configuración del derecho de propiedad en la Reforma de 1936 palió la perspectiva individualista del derecho y acentuó la función social, además el Constituyente establecido para el derecho de propiedad la inherencia a la función ecológica y por mandato constitucional, proteger y promover formas asociativas y solidarias de propiedad (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 1999).

La Constitución de 1991 es una constitución material o fundamental, caracterizada por la riqueza, amplitud y heterogeneidad que, con la riqueza normativa, principalista y pluralista, atrae a una reflexión autónoma sobre el significado y sentido de la propiedad privada (Santaella, 2011), y así concebirse hoy en un derecho limitado a cambio de un derecho absoluto de inicios de la codificación. Dado que la propiedad es una institución jurídica propia del derecho civil, el Estado se comporta al respecto como árbitro entre ciudadanos, con lo cual la ejecución de las políticas públicas sobre la asignación de derechos de propiedad rural queda en disposición de particulares y de funcionarios locales. Por esta razón, las políticas públicas de ocupación del territorio han sido desarrolladas a través de un típico proceso de presencia indirecta, con lo que otorgan a algunos actores una ventaja comparativa frente a otros en sus reclamaciones sobre el territorio (Peña & Zuleta, 2018).

Tanto Argentina como Colombia comparten similitudes en cuanto a su evolución constitucional y legal respecto de la propiedad privada, a pesar de los momentos políticos que marcan un punto de comparación distinto, pero que para los intereses de este trabajo resultan interesantes las semejanzas que se pueden advertir. Por ejemplo, la Constitución de 1886 puede considerarse una constitución formal o constitución-marco, centrada en la definición de la forma de gobierno, la estructura general del Estado y los límites básicos del poder público frente a los ciudadanos. En este escenario, la regulación del derecho de propiedad encerraba esencialmente una remisión al legislador, para que desarrollara un sistema legal que asegurara la libertad individual, la no injerencia estatal en el ámbito fundamentalmente privado, típico del pensamiento liberal decimonónico.

Desde ópticas diferentes a la exégesis impuesta en los civilistas y la reducida hermenéutica, la obra de Étienne Le Roy contribuye con otro punto de vista sobre la propiedad. Los juristas franceses clamaron, a cien años de la promulgación del Code, la rebelión contra el fetichismo de la ley escrita y codificada, siendo representativos Raymond Saleilles y François Gèny, quienes junto a otros juristas superan el muro de la exégesis develando el Código, reflejando una codificación incompleta y consignando a su intérprete herramientas elásticas para perfeccionar la ciencia del derecho. Casi contemporáneamente la misma preocupación científica se observa en el ambiente jurídico latinoamericano, buscando la necesidad de proceder a una revisión de los métodos de enseñanza e investigación del derecho como en Argentina, Chile, Perú y Bolivia (Míguez, 2014).

4. Análisis del derecho de propiedad a partir de la Constitución de 1991. Construcción de un concepto global

La construcción del concepto de propiedad en el escenario jurídico ha sido influenciada por corrientes que se construyen desde el naturalismo, radicando en la propia esencia superior del hombre el derecho connatural sobre las cosas, persistiendo con una naturaleza social, en el escenario donde el Estado y las sociedades imponen exigencias sociales a la propiedad. Jaime Arteaga Carvajal expone estas dos vertientes conceptuales de la propiedad, en el cual existe una margen que defiende a ultranza la propiedad privada y, por la otra orilla, los que prefieren tolerar la propiedad privada imponiendo limitaciones, incluyendo quienes postulan desconocer el derecho de propiedad y su extinción con la muerte; sin embargo, las concepciones extremas hoy por hoy no tienen sustento, y prevalecen teorías que pretenden revitalizar postulados proteccionistas con contenido social (Arteaga, 1999). El derecho a la propiedad privada puede entenderse compuesto por dos módulos sustancialmente integrados, pero distinguibles. Uno corresponde a la función social y coincide con el momento comunitario y solidario de la propiedad. El otro puede denominarse privado, y se orienta a la satisfacción del interés individual y contiene, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia.

El concepto de derecho de propiedad toma una dinámica funcionalista, dejando de ser un derecho subjetivo absoluto e ilimitado del propietario, para dar paso a los sometimientos de funciones sociales, por lo tanto, la propiedad privada deja de encerrar un ámbito fortificado de los intereses dominicales y atribución particular, y se asigna una función social que conecte la realidad con los postulados fundamentales al servicio de los fines económicos y sociales constitucionalmente establecidos (Santaella, 2019). El Constituyente de 1991 aleja aún más en el ordenamiento jurídico colombiano la noción marcadamente individualista contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio *arbitrariamente*.

Acerca de los alcances del Estado social de derecho, en los términos prescritos por la Carta Magna, se han trazado claras líneas doctrinarias que precisan las consecuencias del término *social*, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho (Corte Constitucional, Sentencia, T-406, 1992). Se trata de un concepto creado para dar respuesta a las múltiples demandas sociales que clamaban por la transformación del Estado liberal, en una entidad que se encargara de garantizar patrones mínimos dentro de los que fuera posible vivir dignamente: el salario, la alimentación, la salud y la educación serían asegurados para todos los ciudadanos, bajo la idea de derecho y no simplemente de beneficencia.

La Corte Constitucional precisa que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones³, resaltando que los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, “ellas corroboran las posibilidades

³ Ver las sentencias T-506/92, T-284/94, T-554/94, T-310/95, T-440/95, T-477/96, T-245/97, T-413/97, T-414/97, T-554/98

de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema” (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 1999).

Ni la concepción de propiedad en el sentido exclusionista, ni la de propiedad como conjunto de derechos lleva cualquier semejanza con la ley de propiedad como ordinariamente se conoce, o más importante como la experimentan los ciudadanos en su vida diaria. Dagan (2006) propone descartar estas dos concepciones y adoptar una que esté más acorde con las manifestaciones de la propiedad en la vida real. Construye la propiedad a partir de la vertiente distinta al individualismo proclamado en las corrientes del siglo XIX, y la seguida por la modernidad una imperante transformación social. En lugar de un muro uniforme de exclusión o de un manojito de derechos amorfo, se debe pensar la propiedad como un conjunto de instituciones, cada una de las cuales está constituida por una configuración particular de derechos. La composición de los derechos que constituyen cada una de las instituciones de la propiedad está determinada por sus características y sus subyacentes compromisos normativos (Dagan, 2006, p. 142).

En una sociedad posindustrial, empeñada en la desmaterialización de los activos y en la producción, procesamiento y distribución del conocimiento y la información, así como de la explotación de bienes públicos, como minas, espectro electromagnético, recursos naturales y cuya marcada característica es la dependencia del individuo frente a fuentes externas de asegurar su subsistencia, como trabajo dependiente, prestaciones públicas y servicios, la noción de propiedad como la prevista en el Código Civil resulta demasiado estrecha y disfuncional para servir de soporte a la construcción del régimen constitucional de este derecho. La finalidad originalmente individualista y la lógica centrada en la titularidad como apropiación y dominio de los bienes hace de esta una concepción incapaz de colmar las exigencias que debe atender la noción constitucional del derecho de propiedad. La búsqueda de los valores, que estructuran adecuadamente la función que desempeña la propiedad privada dentro del sistema económico, hace un llamado al reconocimiento amplio del amparo que ofrece la propiedad constitucional, y que los sujetos titulares de derechos sean virtualmente afectos a las intervenciones estatales que se derivan de su calificación como propiedad (Santaella, 2011).

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 se inscriben bajo el signo de la sociabilidad, 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. Así, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social ha querido subordinar la garantía de esta a los requerimientos de la producción y de la generación de riqueza.

Entonces, 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, la aludida función social se considera elemento estructural del derecho a la propiedad privada, incluyéndose al lado de las facultades dominicales, los deberes y obligaciones establecidos por la ley, que traducen los valores, intereses y finalidades sociales que su titular debe cumplir como premisa de la atribución del correspondiente derecho y de su ejercicio. En esta perspectiva, el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido y alcance al derecho de propiedad. Con lo cual se puede arribar a la primera conclusión, en la Constitución de 1991 el concepto de propiedad no se identifica con la propiedad privada de la ley común, se equipara a una de sus especies. Así, la propiedad es un elemento fundamental del sistema social que sirve para organizar y distribuir la riqueza social, con la finalidad que genere desarrollo económico, permitiendo satisfacer las necesidades de la población. Como concepto jurídico, la propiedad se proyecta en variados regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y en una pluralidad de titularidades (Corte Constitucional, Sentencia C-006, 1993).

Esta es una de las claves de la recuperación de Colombia, como Estado social de derecho, y la salida a la anomia y carencia de tutela judicial efectiva, que está disolviendo la sociedad civil. Unidad del derecho expresada en la primacía de los valores que nutren la nacionalidad, a su vez contenidos en la Constitución y en la doctrina constitucional, resultado de madurez política y no de imposición autoritaria o de la inercia de nostalgias superadas. Por eso en el campo del derecho de propiedad, este se configura como un derecho subjetivo que tutela intereses individuales, encontrando los límites del poder conferido al titular para su ejercicio, en el cumplimiento de la función social que le corresponde, con lo cual no se debe entender como un mero límite externo para su ejercicio, sino como parte sustancial de la propiedad y la función social, en diversas y matizadas caracterizaciones, determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen (Corte Constitucional, Sentencia C-589, 1995).

Un aspecto que resulta interesante es el desarrollo constitucional que en ambas legislaciones ha provocado que las leyes decimonónicas deban ser reestudiadas a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales, y la necesaria incorporación del viraje en los paradigmas fundamentales de las normas iusprivatistas, por tendencias constitucionales que nutren estas figuras con visiones globales. El proyecto de reforma del Código Civil colombiano, y particularmente en el punto de los derechos reales, amplía el abanico de cosas que se catalogan como bienes, en el sentido propiamente de bien, e incorpora expresamente la propiedad intelectual. En cuanto a los animales, se presenta una importante reforma, por cuanto se les hace el reconocimiento como seres sintientes, y no aparece en el texto propuesto su designación como bien mueble. Los primeros artículos del libro II respecto de los bienes conservan una interesante

distinción entre los bienes públicos, una enunciación y algunas disposiciones frente a los bienes fiscales, bienes baldíos y aborda en el mismo texto de propuesta la propiedad privada.

Se denota el interés por acabar con la proliferación de subsistemas legales, que tanto acongoja a los ordenamientos jurídicos con proliferación sin medida de normas especiales que desdibujan la finalidad de un cuerpo ordenado legal. No hay una distinción jurídica entre el dominio y la propiedad privada, aún se mantiene su semejanza en el punto de la redacción legal, sin embargo y apropiadamente tiene una orientación más práctica en el punto de su composición y características, y conjuga acertadamente la función social, tan abandonada en la codificación vigente colombiana, pero tan clamada a partir de la Constitución Política de 1991. Esto a pesar de conservarse la calidad de inviolabilidad que mantiene el artículo 58 del cuerpo constitucional. La propuesta de la reforma del Código Civil incorpora definiciones interesantes con miras al reconocimiento de la propiedad agraria, y la protección y regulación que reclaman por mucho tiempo, al definir la unidad agrícola familiar. Si bien no la regula a profundidad como otras disposiciones legales, desde ya se considera un gran paso con miras a las reformas agrarias que se implementan en el marco de los acuerdos de paz.

No menos importante es la posesión, conservada desde la perspectiva de poder de hecho sobre los objetos, y la claridad de las acciones para su conservación, así como una definición más apropiada del justo título que conserva la tradición jurídica con la cual se ha estructurado en Colombia y guarda mejor relación con las fuentes del derecho de propiedad. También es interesante como aparece como novedad el derecho de superficie, como limitación al derecho de propiedad. Finalmente, y no menos importante, en el mismo libro de los bienes se establece y conforma la usucapión, como modo de adquirir el dominio, que en la legislación vigente se regulaban en los últimos artículos y disposiciones referentes a la prescripción.

Conclusiones

Este corto recorrido, que se ha expuesto en estas líneas, permite evidenciar los primeros pasos de los ordenamientos jurídicos argentinos y colombianos, desde mediados del siglo xx, y a partir de un origen similar, y el desarrollo a través del tiempo con la influencia de paradigmas transnacionales y constitucionales, aportes de estudiosos autores de cada nación y los aportes cada vez más decantados y metódicos de juristas, que acompañados con la jurisprudencia más recientes, están frente a las transformaciones requeridas por los reclamos de la sociedad.

Una construcción de un derecho más apropiado a las características del contorno latinoamericano, el reconocimiento de actores sociales, la maduración de ideas jurídicas en la academia y el desarrollo de la jurisprudencia que contribuyen positivamente a estructurar una cultura jurídica latinoamericana más sólida, participativa y pluralista, descienden finalmente en las propuestas de reformas como la del Código Civil colombiano y la Ley 26994 con la cual se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación argentina. El camino que se labra y se invita a continuar recorriendo es la exploración de los aportes que la cultura latinoamericana está

construyendo para contribuir a una cultura jurídica universal. El esfuerzo académico y jurisprudencial son las herramientas necesarias para lograr arribar a un derecho latinoamericano consolidado, que está demostrando una madurez necesaria, como la estructuración y el debate democrático en la construcción de sus cuerpos normativos.

El Código Civil vigente en Argentina no solo es un trabajo de actualización, también es un esfuerzo de la academia y el poder legislativo, junto con los demás actores, para construir un cuerpo jurídico que encuentre con la realidad del consumidor la autonomía de la voluntad, las relaciones negociales de los bienes y servicios, la familia y la transmisión de los derechos después de la muerte. Conlleva a plantearse en las reformas que se impulsen la imperiosa problematización de las necesidades sociales y las realidades actuales y futuras, para obtener resultados reconfortantes en los textos legales. Por ello, las reformas a las codificaciones civiles no son indiferentes a la realidad imperante de las sociedades latinoamericanas y se puede caracterizar con una tendencia para contribuir a una cultura jurídica robusta, seria y científica en búsqueda de respuestas para la sociedad. La actualización y unificación de las normas en un escenario jurídico lleno de instituciones con reconocimiento legal es el reflejo de una sociedad que demanda el examen de su propia conciencia social, política, cultural y económica.

La unidad del derecho, para una nación colombiana que siente la urgencia de volver a creer en sí misma y en el valor de las instituciones jurídicas y políticas y en el derecho como instrumento, no solo con una solución pacífica y equitativa de conflictos, avanza hacia la solidaridad e igualdad, como factor de transformación y progreso. Una primera muestra a este clamor es la nueva Carta Política, a la par que, en la adopción y vigencia de tratados, convenciones y pactos sobre derechos humanos y, más aún, en el reconocimiento teórico y práctico de la supremacía de estos sobre leyes y constituciones; y la cúspide, el imperio de los derechos fundamentales, por encima de cualquier norma, conlleva a una nueva cultura de la dignidad de la persona, de la participación, desarrollo y reglamentación de aquellas.

La fuerza de los principios constitucionales es una tarea conjunta del Estado y de los ciudadanos, juristas y no letrados. En América Latina existen más factores en común de uniformidad, como el lenguaje e idioma, la historia, la civilización, la religión, la tradición jurídica y la familia jurídica a la que se pertenece, que con algunas precisiones en los ordenamientos jurídicos propios se pueden compartir similitudes, desafortunadamente falta un mayor conocimiento mutuo y contraste académico, de tal manera que se contribuya en la construcción de principios generales del *ius commune* latinoamericano adaptada a la mentalidad actual, eliminando contrastes inútiles que subsistan entre los países de habla hispana (Hinestrosa, 2018).

Si bien en el inicio de la vida independiente de las naciones latinoamericanas, la metodología de la codificación fue una respuesta sensata para los movimientos independentistas, las clases influyentes de la época y la conservación de idearios liberales, igualitarios y emancipadores, hoy en día la construcción de una cultura jurídica propia conlleva a plantear perspectivas que revalidan las anquilosadas estructuras legales y exigen réplicas universales, incluyentes y

transformadoras. Esto permite generar una buena sensación de éxito, en una empresa académica sustentada en la discusión doctrinal de alto nivel, para la construcción de un proyecto de código de derecho privado que necesita de una mirada más contemporánea y de la voluntad del legislador para apadrinar esta iniciativa. El paralelo con el esfuerzo argentino demuestra que las sociedades occidentales reclaman coherencia en sus cuerpos legales y justeza en su contenido de cara a la realidad.

Referencias

- Alarcón Peña, A., & Villalba Cuellar, J. C. (2020). Reflexiones sobre la posible reforma al Código Civil colombiano. *Prolegómenos*, 23(45), 9-13. <https://doi.org/10.18359/prole.4512>
- Arteaga Carval, J. (1999). *De los bienes y su dominio* (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Facultad de Derecho.
- Botero Duque, E. (2006). *Nuevas formas de creación de valor: ¿nuevas formas de propiedad?: un diagnóstico de la institución de la propiedad privada en Colombia* (Trabajo de grado). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://hdl.handle.net/1992/25780>
- Cabrera Bedoya, J. (2001). La Constitución de 1991: ¿un nuevo régimen para la propiedad privada en Colombia? *Revista de Derecho Privado*, (7), 105-118. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/643>
- Cacciavillani, P. (2015) ¿Un código para una sociedad multicultural? Algunas reflexiones histórico-jurídicas sobre el proceso de unificación de los códigos civiles y comercial en Argentina. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, (15), 25-38. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/50>
- Código Civil de Colombia (5.ª ed.). (2019). Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Código Civil de la República de Argentina (1.ª ed.). (2014). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Dagan, H. (2006). Propiedad y dominio público. *IUS ET VERITAS*, (32), 141-147. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12383>
- De Rosa, D. (2017). Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata*, (47), 690-709. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/66104>
- Etchichur, H. J., & Pasquale, M. F. (2019). Abuso del derecho, propiedad e interés social: nuevas claves para la revisión de políticas habitacionales. *Direito da Cidade*, 11(3), 256-275. <https://doi.org/10.12957/rdc.2019.39589>
- Gómez Serrano, L. (2008). Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico de Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 26(55), 1-38. Recuperado de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/8>

- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (10), 5-28. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/582>
- Hinestrosa, F. (2017). Códigos, universidad, ciencia jurídica: una estrategia para la unificación del derecho en América Latina. *Revista de Derecho Privado*, (33), 3-9. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5154>
- Hinestrosa, F. (2018). Actualización y unificación del derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, (35), 5-17. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5526>
- Lanni, S. (2016). Entrevista con Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Entre la tradición y la innovación del derecho civil codificado. *Revista de Derecho Privado*, (30), 371-377. <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.12>
- Levaggi, A. (2007). Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, (1), 120-133. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/126>
- Levenzon, F. (2012). La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13(1), 63-70. Recuperado de <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/104>
- Manríquez Oyaneder, J. (2015). ¿Cómo reinterpretar la regulación de la propiedad en el código civil desde los estándares del individualismo, simplificación y abstracción? *Revista de Derecho*, (8), 47-64. Recuperado de <https://revistadematemáticas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41506>
- Míguez Núñez, R. (2014). Tierra, propiedad y antropología jurídica: A Proposito De Étienne Le Roy, La Terre De Lautre. Une Anthropologie Des Régimes D'appropriation Fonciere. *Revista chilena de derecho*, 41(3), 1199-1211. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000300019>
- Peña Huertas, R. P., & Zuleta Ríos, S. (2018). El derecho al despojo en Colombia: Un análisis de la regulación de adjudicación de baldíos desde abajo. *Análisis Político*, 31(92), 3-17. <https://dx.doi.org/10.15446/anpol.v31n92.71094>
- Prados Medina, M. (2019). Conflictos y violencias para transformar Colombia: una perspectiva socioeconómica. *Pensamiento Jurídico*, (50), 107-122. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/85372>
- Ramírez, O. A. (2011). La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad? *Principia Iuris*, 15(15), 61-84. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/421>
- Rangel Couto, H. (1977). *La teoría económica y el derecho*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa S.A.
- Rivera, J.C. (2015). *En defensa de los códigos (el viejo y el nuevo)*. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2207.pdf>
- Santaella Quintero, H. (2011). Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana. *Revista de Derecho Privado*, (21), 233-253. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2989>

- Santaella Quintero, H. (2019). *La propiedad privada constitucional: una teoría*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Sconda, M. V. (2013). Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina. *Revista de Derecho Privado*, (24), 43-77. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3479>
- Sentencia T-406 de 1992. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Sentencia C-006 de 1993. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1993/C-006-93.htm>
- Sentencia C-589 de 1995. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1995/C-589-95.htm>
- Sentencia C-595 de 1999. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/C-595-99.htm>
- Tedeschi, S. (2012). El proyecto de Código Civil y la distribución de la riqueza. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13(1), 1-11. Recuperado de <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/96>
- Zimmerman, E. (2013). «Un espíritu nuevo»: la cuestión social y el Derecho en la Argentina (1890-1930). *Revista de Indias*, 73(257), 81-106. <http://dx.doi.org/10.3989/revindias.2013.004>