



“La noción de propiedad privada de Jean Jaques Rousseau en la Asamblea Nacional Constituyente. Estudio de la función social de la propiedad en la Constitución Política de 1991”

Autores:

Maria Camila Palacio Flórez
Nicolás Monsalve Gómez

Universidad Pontificia Bolivariana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Seminario de Investigación II

Asesora:

Dra. Cathalina Sanchez Escobar
Doctora en Ciencias Jurídicas

10 de Mayo de 2021

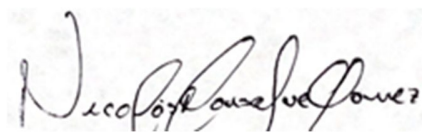
Declaración de originalidad

Fecha: Mayo 24 de 2021

Nicolás Monsalve Gómez y María Camila Palacio Flórez

Declaran que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaramos, asimismo, que hemos respetado los derechos de autor y hemos hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.”



Nicolás Monsalve Gómez
C.C. 1152467809

María Camila Palacio F

María Camila Palacio Flórez
C.C. 1017261404

Tabla de contenido

Resumen.....	3
Abstract.....	4
Introducción.....	5
CAPÍTULO 1	8
<i>PROPIEDAD PRIVADA EN COLOMBIA: Antecedentes de la propiedad privada y la función social en el ordenamiento jurídico.</i>	8
CAPÍTULO 2	17
<i>Contractualismo: visión contractualista desde la teoría de J.J Rousseau y su concepción sobre la propiedad privada.</i>	17
CAPÍTULO 3	27
<i>Relación entre los planteamientos J.J Rousseau y la regulación de la función social como elementos esenciales de la propiedad privada en Colombia</i>	27
Conclusiones.....	32
Referencias	34

Resumen

A partir de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, que culminó con la expedición de la Constitución colombiana de 1991, se pretende identificar la analogía que existe entre los postulados de Jean Jaques Rousseau y aquellos de la Asamblea Constituyente en relación con la función social de la propiedad privada. Sobre este tema, diferentes autores sostienen la existencia de una relación entre los postulados de Rousseau y la fundamentación del ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, éste no se ha analizado desde la óptica de la propiedad privada ni tampoco, desde el proceso constituyente. A través del método hermenéutico y por medio de una investigación cualitativa, a partir de la descripción de los postulados generales propuestos por Rousseau, se espera poder evidenciar el punto de intersección entre su teoría contractualista y el principio de la

función social de la propiedad en Colombia, concebido en las discusiones de los asambleístas, mediante la revisión documental de las gacetas y el análisis de las mismas.

Palabras clave: Voluntad general, Contractualismo, propiedad privada, función social de la propiedad, Constitución de 1991.

Abstract

Based on the deliberations of the National Constituent Assembly, which culminated with the issuance of the Colombian Constitution of 1991, the aim is to identify the analogy between the postulates of Jean Jaques Rousseau and those of the Constituent Assembly in relation to the social function of private property. On this subject, different authors sustain the existence of a relationship between Rousseau's postulates and the foundation of the Colombian legal system, however, this has not been analyzed from the perspective of private property nor from the constituent process. Through the hermeneutic method and by means of a qualitative research, starting from the description of the general postulates proposed by Rousseau, it is expected to be able to evidence the point of intersection between his contractualist theory and the principle of the social function of property in Colombia, conceived in the discussions of the assembly members, by means of the documentary review of the gazettes and their analysis.

Key words:

General will, Contractualism, private property, social function of property, Constitution of 1991.

Introducción

La Constitución colombiana estuvo precedida por las deliberaciones que realizaron los constituyentes sobre las diferentes temáticas; Estos debates dieron como resultado, entre otros, la política estatal colombiana en torno a la propiedad privada, sin embargo, no resulta claro el fundamento que se acoge para la Constitución respecto de este tema y surge la pregunta sobre cuál es el andamiaje de la propiedad privada consagrado en la Constitución Colombiana y si este tiene relación con los planteamientos propuestos por Jean-Jaques Rousseau en El Contrato Social y sus obras análogas.

Lo anterior denota novedad en el contenido del presente trabajo, puesto que, los autores consultados en los documentos que sirven de base a este trabajo, no solo explican la teoría de Jean Jaques Rousseau, sino que aplican sus planteamientos a la legislación y estructura colombiana, logrando apreciar de manera más directa la injerencia de esta teoría. Sin embargo, el trabajo pretende ahondar en el tema de los constituyentes, analizando las discusiones que reposan en las gacetas oficiales, logrando extraer la perspectiva que adopto el constituyente.

Este trabajo de investigación acoge la teoría ius naturalista del movimiento contractualista que se dio, y dentro de esta se tendrán como referentes a autores como Hobbes, Rousseau y Locke. Este movimiento contractualista defiende la idea del origen del Estado, a partir de un contrato social firmado por la población, a través del cual limitan sus derechos, a cambio de la creación de dicho cuerpo social, regido por la voluntad general; ciertamente entre estos autores hay cambios que van demarcando sus posturas respecto del contractualismo.

Para el entendimiento de este trabajo se hizo necesario acudir a varios conceptos, tales como, voluntad general, pacto social, propiedad privada y función social, los cuales son definidos por autores que interpretaron <“El Contrato Social”>

o por el mismo Rousseau dentro de sus obras. Respecto de voluntad general (Darós, W. 2006.p.118) afirma que «Pues bien, es posible pensar a la sociedad como regida por un nuevo contrato social: Éste consiste en que cada individuo se pone bajo la suprema dirección de la voluntad general y es considerado como parte indivisible del todo». Por otro lado, dentro de la obra «El Contrato Social» (Rousseau, 1762, pág. 20), se define la voluntad general « Cuando cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo».».

El propósito principal de este trabajo es identificar la relación existente entre la Constitución colombiana y los planteamientos contractualistas de J.J. Rousseau, en lo referente a la propiedad privada y la función social, según lo discutido en la Asamblea Constituyente de 1991. Bajo este postulado, pretendemos responder a la pregunta ¿Es el andamiaje de la propiedad privada consagrado en la Constitución de 1991 análogo a los postulados propuestos por Jean Jaques Rousseau en El Contrato Social?

Y para responderla, hemos estructurado nuestro análisis en tres etapas, en primer lugar, explicar las concepciones de Rousseau respecto de la propiedad privada; segundo, analizar las discusiones suscitadas en la Asamblea Constituyente de 1991, cuando se debatió el tema de la función social de la propiedad privada, y, por último, encontrar el punto de intersección, entre los puntos anteriores.

A partir de un paradigma hermenéutico, y por medio de una investigación cualitativa se realizará la interpretación de las obras de Rousseau y el análisis de los debates en la Asamblea Constituyente, y se ejemplificará de la manera más precisa, las discusiones sobre la propiedad privada que llevaron a cabo los Constituyentes.

Se quiso aportar con esta investigación a la construcción histórica del proceso constituyente colombiano, y tratar de, esclarecer los pilares fundamentales de la propiedad privada desde una perspectiva contractualista, sobre los cuales se

edificó nuestra constitución. Permitiendo aterrizar los conceptos esenciales de Rousseau a un caso en concreto, comprendiendo sus implicaciones en un plano práctico.

Este trabajo resulta pertinente y relevante, en cuanto coincide con la celebración de los 30 años de la Constitución Política, por lo que conlleva al análisis profundo del espíritu de nuestra Carta Magna y los antecedentes de la función social de la propiedad como presupuesto constitucional, desde el contractualismo de J.J. Rousseau.

No se puede ignorar que esta Carta significó una gran novedad y un cambio de pensamiento, que impulsó la consolidación de un Estado Social de Derecho y que, si bien está tiene muchos retos por delante, no deja de tener mérito el cambio que implicó en la sociedad colombiana.

El 2021 estará marcado por la celebración de dos hechos históricos que sentaron las bases de nuestro actual Estado nacional. En primer lugar, el próximo 4 de julio se cumplen 30 años de la Constitución de 1991, que proclamó la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, amplió la carta de derechos y contempló acciones constitucionales para su defensa, abrió los canales de participación ciudadana y política, propendió por la profundización de la democracia, y le apostó a la moralización de la administración y la modernización de las instituciones. (Corte Constitucional, 2021).

CAPÍTULO 1. *Propiedad privada en Colombia: Antecedentes de la propiedad privada y la función social en el ordenamiento jurídico.*

El concepto de propiedad privada ha sido debatido a lo largo de la historia de la humanidad, y ha variado según la teoría u óptica bajo la cual se vea este concepto, lo que quiere decir que, ni siquiera en la actualidad se logra encontrar un concepto absoluto que satisfaga todas las teorías y realidades. Es por esto, que se hace necesario analizar lo que a nivel nacional se ha dicho y su evolución, identificando cuáles han sido esas posturas que Colombia ha importado para regular el tema y entender el desarrollo de la propiedad privada, pasando de una propiedad privada individual, a la propiedad privada social que responde a las necesidades de un Estado Social de Derecho como es Colombia.

A nivel nacional la discusión sobre la propiedad privada ha sido pacífica respecto de su consagración constitucional, no obstante, en lo que respecta a la función social de la misma, han surgido distintas posturas que han llevado a dos redacciones, que, aunque en principio puedan parecer irrelevantes, generan un cambio de concepción en lo que respecta a este concepto de función. Para comenzar a realizar este estudio, es necesario primero remontarse a los antecedentes constitucionales del país, es decir, analizar la constitución de 1886 y las reformas que modificaron su contenido, para lograr identificar los nuevos conceptos que trae la Constitución actual.

1.1. Antecedentes en la Constitución de 1886

En la Constitución de 1886 no se consagró expresamente la propiedad privada y su función social, sino que se pretendió defender exclusivamente el dominio y el justo título como lo determinaba el Código Civil, es decir, que la propiedad privada era vista como un derecho subjetivo, inalterable, individualista y arbitrario, en el que primaba el interés personal sobre el común (Santaella,2011). El

origen de estas concepciones de la propiedad privada, acogida por la Constitución de 1886, se dio en el derecho romano y el individualismo francés, que consideraban la propiedad como un derecho subjetivo que debía ser protegido por el Estado, tomando una postura neutral en la intervención de dicho derecho (política no intervencionista).

Lo anterior, se da como consecuencia del surgimiento en el siglo XVIII del Estado Liberal el cual se desarrolló a partir de la revolución inglesa, americana y francesa. Esta clase de Estado se caracterizó por la protección a los derechos individuales tales como la vida, la libertad y la propiedad privada, así mismo, se distinguió por consagrar estos derechos como inviolables y sagrados (Arrubla, s.f)

Esta concepción que adoptó la constitución de 1886 y que propugna el individualismo, se corresponde a su vez, con el dinamismo y revoluciones económicas que se dieron en el mundo, como es el caso de la Revolución Industrial. Este nuevo modelo, respondió a una economía regida por la oferta y la demanda, y la masificación de bienes y servicios, permitiendo que la economía se auto regulara a través de la intervención de los sujetos (consumidores y productores de bienes y servicios), lo que supuso como se dijo, de un papel pasivo del Estado en la economía.

Mencionado el régimen consagrado en la constitución de 1886, es imperante decir que, este no se mantuvo intacto hasta la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, pues fue objeto de una importante reforma en el año de 1936 impulsada por movimientos sociales y de bienestar, de los cuales da cuenta Rafael Uribe Uribe, quien sostiene que:

Esta reforma de 1936 que se dio a través del Acto Legislativo Número 1, es conocida como la «Revolución en Marcha» impulsada por el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, aprobada por parte de un Congreso con mayoría liberal.

Lo cual, en principio, explica las modificaciones que se realizaron a la Constitución de 1886, en lo que respecta a temas de propiedad privada, límites geográficos, división territorial, funciones del Congreso, ciudadanía, entre otros.

La modificación que se dio en la Constitución de 1886 no sólo versaba sobre artículos específicos de la Carta, sino que, implicó un cambio en la óptica del Estado, pues se comenzó a concebir como ente regulador de las relaciones sociales y económicas, puesto que, se reevaluó la idea de neutralidad que lo caracterizaba, y se pasó a analizar posibles herramientas jurídicas que permitieran una postura más activa del Estado en dichas relaciones. Bien lo dice Botero (2006, pág. 91), al manifestar que «En la discusión sobre intervencionismo estatal durante la gestación de la reforma de 1936 se evidencia una ruptura con el régimen individualista consagrado en la carta de 1886».

La regulación de la propiedad privada en Colombia es vista en su mayoría desde la óptica de las reformas agrarias, puesto que, se consideraba un problema las grandes extensiones de tierra en cabeza de terratenientes que no eran explotadas económicamente. Bajo la regulación estándar de la Constitución de 1886, si bien se identificaba el problema, el carácter absoluto de la propiedad no permitía generar un reproche por esta situación, pero en definitiva constituyó un punto de debate en la reforma del 36. Botero (2006, pág. 91)

Dentro del partido liberal, promotor de la reforma, se lograron identificar dos posiciones, la primera de ellas, con una tendencia socialista sobre la propiedad y seguida de ella, la visión del gobierno, impulsada por los seguidores del entonces presidente Alfonso López Pumarejo. Ambas perspectivas afirmaban que las tierras improductivas constituían un problema a nivel nacional, y agravaron la condición de conflicto que sufría Colombia en dicha época. Sin embargo, existía una tendencia conservadora, la cual justificó el origen del problema en agentes externos que agitaban el orden público, y no en la acumulación de propiedad en cabeza de

empresarios, siendo estos los terratenientes que defendían el dominio privado. Botero (2006, pág. 91)

Lo anterior, llevó a que en dicha reforma se consagrara “la función social” de la propiedad, lo que se concretizó en un régimen de obligaciones para los titulares de las propiedades en relación con la sociedad y la comunidad, esto permitió que se impusieran ciertos límites estatales y legislativos a este derecho que en principio era absoluto, permitiendo que el interés común primara sobre el particular. Así mismo, implicó que la propiedad ya no fuese arbitraria, absoluta e inalterable. Sin embargo, esto se vio limitado por la oposición dentro del congreso, que impusieron límites a esas nuevas obligaciones que surgieron para los propietarios de las tierras como el pago de la indemnización o una ley ulterior que regulará ampliamente el tema.

Posteriormente, a finales de la década de los 80 y a inicios de los 90, comenzó a escucharse en el debate público la necesidad de modificar por completo la Constitución para que se adaptara a las nuevas realidades, como era la desmovilización de grupos armados al margen de la ley, y la compleja situación que vivía el país en esa época. Gracias al movimiento promocionado por la séptima papeleta y la intervención de la Corte Suprema de Justicia, se da en Colombia un proceso constituyente, que propugna por un modelo social y de bienestar para la población. Dicho proceso constituyente se caracterizó en cuanto «no hubo un grupo mayoritario que pudiera imponer su criterio, sino que todas las decisiones fueron negociadas en un marco de transacción colectiva. El pluralismo y el consenso se impusieron» (Correa, 2020, p.34).

1.2. Asamblea Nacional Constituyente de 1991

Puntualmente, los encargados de debatir el tema de la propiedad privada y su función social dentro de la Asamblea Nacional Constituyente fueron la comisión

Primera, Quinta y en algunos casos por la importancia se convocaba a comisiones conjuntas, entre estas dos y comisiones accidentales, que dieran mayor precisión a la redacción del texto constitucional.

La discusión que suscitó la consagración de la propiedad privada y su función social implicó que los constituyentes plantearán distintas concepciones y alcances que se le podían dar a estos conceptos, pues afirmaban que, dependiendo de la redacción, se lograría entender y dar aplicabilidad a la función social de la propiedad, que ya venía consagrada en la Constitución de 1886 desde las reformas de 1936. Botero (2006, pág. 91)

En concreto, los constituyentes estuvieron de acuerdo con introducir inherentemente al derecho de propiedad la función social, pues afirmaban el carácter histórico de este concepto, el cual se identificó desde mitades del Siglo XVIII con las revoluciones sociales, que incluyeron el ingrediente social de la propiedad, quedando plasmado en las encíclicas y la Constitución de Weimar. Es decir, que por estas revoluciones se garantiza la propiedad privada desde una óptica social, no meramente individualista (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, informe sesión plenaria, 10 de junio)

Se destaca, que la función social de la propiedad se relaciona también con la función ecológica de la misma, surgiendo entonces la necesidad de un intervencionismo estatal que garantizará estas, dando prevalencia a la propiedad así planteada como fundamento democrático, político e incluso de la misma Constitución. Lo anterior, fue discutido en la Plenaria Del 10 de junio de 1991. En esta misma plenaria, el Constituyente Jaime Arias sostuvo que,

(...) En primer lugar, el concepto de función social, en segundo lugar, el concepto de expropiación y en tercer lugar la apertura democrática en la economía que hace que necesariamente deba tener una connotación histórica importante hacia el futuro, el

articulado que actualmente se propone Juan Jacobo Rousseau en su discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, afirma el primero a quien tras haber cercado un terreno se le ocurrió decir, esto es mío, y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil (...) (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Informe de la Sesión Plenaria del día 10 de junio).

Además, varios constituyentes afirmaron como punto en común, que esta manera de concebir la propiedad había surgido como forma de responder al capitalismo salvaje, por lo que se intenta humanizar la propiedad para que esta no respondiera a intereses individuales, sino que fuera concebida como un patrimonio colectivo y universal. Así mismo, se sostuvo que, en un Estado Social de Derecho, la propiedad es vista como un sujeto, ya que cumple una función social y le corresponde al poder ejecutivo y legislativo garantizarla, a través de la intervención (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, informe sesión plenaria 10 de junio).

Si bien la mayoría de los constituyentes tenían este mismo razonamiento, alguna minoría dentro de la asamblea afirmaba que considerar la propiedad como una función, implicaba negarla como derecho. En cambio, otros apoyaban la propuesta de reconocer la función social, siempre y cuando se distinguiera del derecho de propiedad, ya que, este derecho debe ser otorgado a la sociedad como tal y no como función. En todo caso, a pesar de no ser un tema tocado a profundidad por los constituyentes, desde una óptica jurídica considerar la propiedad como una función y no como derecho subjetivo, implica la negación a unas garantías reales y personales, para que los propietarios puedan defender su derecho de propiedad sobre los bienes (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, informe sesión plenaria 10 de junio)

Respecto de lo anterior la Comisión Primera y Quinta sostuvieron que la propiedad tiene una óptica dual de ser derecho y función, ya que de ambas surgen

obligaciones y no pueden ser negadas las cualidades individuales de cada concepto. Así mismo, algunos constituyentes afirmaban que la función social, era ejercida cuando el bien era explotado económicamente, porque de lo contrario no podía predicarse la existencia de esta (Asamblea Nacional Constituyente, Informe de la sesión plenaria del día 14 de junio, 1991).

De igual manera, en dicha plenaria se hizo referencia a dos nociones, la primera de ellas la democratización de la propiedad, la cual se compone del deber que tiene el Estado de promover que el mayor número de ciudadanos tengan acceso a la propiedad y del ejercicio de la misma en cumplimiento de la función, el segundo concepto es el de propiedad solidaria, mediante la cual se unen los menos favorecidos para crear medios de democratización de la propiedad, de tal forma que se garantizará la igualdad.

Respecto de la propiedad solidaria, (Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Quinta del 29 de abril, 1991), los constituyentes debatieron la intervención del Estado, como un elemento importante en la protección de la parte menos favorecida, ejemplificando cómo esta se debe dar necesariamente para salir de momentos coyunturales. En concordancia con esto, el Constituyente Marulanda, en la sesión, afirmó que:

(...) Los Estado capitalistas han hecho un uso de la intervención del Estado dentro del sentido filosófico liberal, lo han hecho siempre. Y con él han superado grandes crisis, Inglaterra, Francia, en general Europa, ha hecho intervencionismo de Estado en lo económico. (Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Quinta del 29 de abril, 1991)

Consecuentemente, la discusión de la propiedad privada llevó a hablar de la expropiación, respecto de esta cuestión los participantes iniciaron debatiendo lo respectivo a los límites que debía tener esta figura, ya que, consagrar la expropiación en términos generales implicaba darle excesivas facultades al Estado,

lo que podría generar un abuso al no encontrar un sistema de cargas y sobrecargas que lo limitase. Así mismo, se debatió la necesidad de una vía no solo administrativa sino judicial, en cuanto el desconocimiento de la última implicaba negar a la comunidad una instancia donde los particulares pudieran acudir en caso de que se presentarán ciertas oposiciones por el precio.

Cabe añadir, que respecto del tema anterior, las discusiones no se quedaron exclusivamente en un plano abstracto, sino que, dentro del articulado se evidencia la imposición de límites al Estado para poder extinguir el derecho de dominio de una persona sobre un bien en concreto. Dicho de otra manera, el Estado en todos los casos tendrá que motivar su intención de expropiar, a partir de la función social y el interés común. En esta misma línea, los presentes discutieron el actuar del Estado al constatar la influencia del narcotráfico en la vida común, es decir, la compra de bienes con dinero provenientes de dicha actividad ilícita, permitiéndole al Estado a través de la extinción de dominio intervenir y limitar en cierto grado el derecho de la propiedad privada (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, informe sesión plenaria 10 de junio)

Por consiguiente, se realiza Plenaria el 14 de junio de 1991 en donde se vota el articulado relativo a la propiedad privada y los temas derivados de la misma quedando dentro del contenido de la Carta la función social como elemento inherente a la propiedad privada, lo cual conlleva a que los propietarios tengan unos derechos y obligaciones en relación con esta y que sea el Estado en casos puntuales el que determine cuáles serán los obligaciones que se deban desarrollar en función de la propiedad privada, también se incluye dentro del articulado una función ecológica, ya que, la propiedad no es ilimitada, infinita y arbitraria; sino que responde a las necesidades del interés común el cual debe prevalecer ante el privado (Asamblea Nacional Constituyente, Informe de la sesión plenaria del día 14 de junio, 1991).

La consecuencia jurídica lógica del razonamiento anterior implica que el derecho de propiedad no se observa desde la óptica de una función, sino desde, su concepción ontológica, mirando la función como elemento inherente a la propiedad. Esto en últimas, conlleva al respeto de las garantías y acciones que se les atribuyen a los particulares, derivado de la protección que reconoce el Estado a cualquier derecho consagrado en un cuerpo legal. En igual medida, le confiere al Estado un marco de acción relativamente amplio, permitiéndole intervenir en este escenario. Es por esto que,

Los valores constitucionales y los fines esenciales del Estado rechazan un sistema económico en el que la propiedad privada pierda su función social, y en el que el individualismo a ultranza se convierta en ideal de comportamiento para la inmensa mayoría de los pobladores, toda vez que sería un modelo que fragmentaría la sociedad y la degradaría progresivamente. (Buenahora, 2019, p. 19)

Así mismo, cabe resaltar la definición que tiene la jurisprudencia del concepto de función social, siendo la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 1999, «La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad»(Corte Constitucional, C-595, 1999).

Sucintamente, las plenarias y discusiones mencionadas, denotan todo un cambio de la política de Estado, considerando que, se consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho. De tal forma, se redireccionan las instituciones y figuras a una política más social, de interés común y de bienestar; continuando con la misma línea de los debates que se dieron en 1935-1936 en el marco de la reforma constitucional de un Estado de Derecho con visiones liberales de la propiedad privada, función social e intervencionismo estatal «Se consagra el Estado Social de Derecho, la intervención del Estado en la economía y la función social de la propiedad» (Ríos, 2010, p. 45).

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública e interés social resultare en conflictos de derechos de los particulares y con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social La propiedad es una función social que implica obligaciones como tal, le es inherente una función ecológica,(...) (Constitución política de Colombia. 1991, Art.58)

CAPÍTULO 2. Contractualismo: visión contractualista desde la teoría de J.J Rousseau y su concepción sobre la propiedad privada.

A lo largo de la historia han surgido distintas corrientes que buscan explicar el origen de la sociedad y del Estado, proponiendo cada una de ellas diferentes elementos que dan cuenta primero de la relación existente entre la sociedad y Estado, segundo de la conexión entre el sujeto, concebido como un individuo y el Estado. Dentro de estas teorías una de las más importantes ha sido la teoría contractualista “por la cual se considera a la sociedad como un producto posterior al individuo. Postura que surge en un estado de naturaleza anterior a un estado social, que es aquel que le da prevalencia al individuo y luego a la sociedad” (González, 2012, Pág. 186). En este mismo sentido, el contractualismo se caracteriza por qué, <”

(...) se debe renunciar a parte de la libertad aunque nunca a su totalidad, para instaurar la sociedad. Los principios y normas de la justicia deben contar con el acuerdo de los individuos libres e iguales que conforman la sociedad, lo cual sólo puede lograrse si la fuente de donde emanan es la razón, común a todos los hombres(Pedraza, 2018, p.3-4).

2.11. Del contractualismo en general

Aunado a lo anterior, el contractualismo encuentra sus orígenes con Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin los cuales a pesar de no encontrar grandes similitudes entre su pensamiento filosófico y político, y no tener una teoría en común en la cual inscriban el desarrollo conceptual que realizan, en definitiva constituyen un importante avance en lo que respecta a la soberanía estatal, pues luego el contractualismo problematiza este concepto y lo evoluciona a una soberanía nacional proveniente de un contrato social.

Posteriormente, en los siglos XVIII y XIX se retoma el concepto de soberanía, pero esta vez inscrito dentro de una corriente general denominada contractualismo, a través de la cual se pretende explicar el origen del Estado y los distintos elementos que se desprenden de este. El contexto bajo el cual nace dicha teoría aboga por un cambio en el sistema político preponderante, pues la monarquía absolutista no daba respuesta a las crecientes necesidades de las clases sociales como por ejemplo la burguesa y el proletariado. Es así, como "el contractualismo político fue responsable por producir la base filosófica que permitió al concepto de soberanía estatal perder sus orígenes absolutistas y tomar un enfoque basado en la idea de Estado moderno" (Teixeira, 2014, Pág.802).

Lo anterior quiere decir que, el contractualismo constituye una teoría fundada con aires revolucionarios que pretendían reconocer al individuo como parte clave en el sistema político y social, estas ideas logran permear no solo en el contexto europeo sino también en las revoluciones latinoamericanas gestadas en el siglo XIX, generando importantes avances en la estructuración de un Estado en temas como derecho, propiedad privada, defensa de la república, funciones del Estado, etc.

Entendido el surgimiento de este movimiento se encuentra que, el contractualismo en términos generales afirma que el Estado moderno nace de un contrato o pacto que celebran los individuos entre ellos para dar surgimiento al Estado, sin embargo, dentro de la misma corriente no se evidencia una

homogeneidad marcada entre los autores que propugnan por esta teoría, sino que, se hallan diferentes vertientes y concepciones que explican de diversa manera los conceptos generales del contractualismo, teniendo entonces como principales autores a Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau.

En términos generales, estos tres autores defienden la teoría contractualista, pero difieren en conceptos como el estado de naturaleza, surgimiento del contrato, el papel del individuo en la sociedad, las relaciones entre los individuos, lo que protege el contrato social, función del Estado, el concepto de soberanía y demás cuestiones que rodean el contrato y las corrientes.

Thomas Hobbes, afirma que en el estado de naturaleza el hombre se caracteriza por ser solitario, pobre y sórdido, solitarios porque son incapaces de establecer relaciones armónicas y duraderas, pobres puesto que, solo tiene aquello que es capaz de proteger y al no lograr sostener relaciones con los demás individuos, se ve limitado por su misma individualidad, y sórdido porque solo busca la satisfacción de sus propias pasiones e intereses (Teixeira, 2014,p.804).

Así mismo, sostiene que la inseguridad y la guerra que se da en el estado de naturaleza llevan a crear el Estado a través de un pacto entre los individuos que lo habitan. Respecto del contrato, afirma Hobbes que es necesario establecer un soberano, designado a través de un acuerdo general entre todos los sujetos, dando origen así al Estado, el cual asemeja a un ser mitológico llamado “Leviatán”, el poder se encuentra centrado únicamente en esta persona elegida. Una vez creado el pacto, se sostiene que el mismo no puede ser sustituido o desecho, y ni siquiera el mismo Estado puede hacerlo, pues no es más que el fiel representante de los individuos que en un primer momento crearon el pacto.

Por su parte John Locke, diferencia el estado de naturaleza al estado de guerra, diferenciación que Hobbes no realiza, en este estado de naturaleza Locke

afirma la existencia de una ley natural que propugna porque los individuos no puedan dañar a otros en su vida, salud, libertad o posesión. Mientras que el estado de guerra se genera cuando es declarado por un individuo, y termina cuando un tercero legitimado pone fin al conflicto, lo que quiere decir, que es un estado que responde a las circunstancias y no se perpetúa en el tiempo, tiene un inicio y un fin (Texeira, 2014, p.805)

El autor sostiene que los individuos si bien gozan de derechos en el estado de naturaleza, no pueden garantizar los mismos, pues no existe una sociedad políticamente organizada que permita el surgimiento de un Estado, por esto propone conformar tres ramas; una rama legislativa, ejecutiva y judicial. Esta sociedad políticamente organizada surge como consecuencia de tres factores el primero es la ausencia de una ley reconocida, el segundo es la ausencia de un juez imparcial y por último la ausencia de un poder con autoridad, todo lo anterior tiene como fundamento la protección a la propiedad privada, afirmando que este derecho solo encuentra amparo una vez surja la sociedad.

A continuación, se procederá a explicar las nociones de Rousseau de manera detenida, para lograr identificar cuáles son los elementos que este autor considera más importante dentro del desarrollo que realiza del contractualismo, así mismo, se aludirá a sus obras más representativas para constatar de primera mano las concepciones de este autor.

2.2. El contractualismo desde J.J. Rousseau

Rousseau, a través del concepto de razón, edifica lo relativo al individuo y al estado de naturaleza, afirmando que este último concepto es la etapa anterior a la sociedad en donde a diferencia de Hobbes, afirma que sus características son la pureza y la integridad, es decir, es un estado de naturaleza donde los hombres interactúan de manera armónica y libre, esto implica que entre los individuos no

había necesidad de lazos o vínculos. También, afirma el autor del Contrato Social que, al tener conocimientos tan limitados sobre la vida, la sociedad y las necesidades el hombre carecía de miedo (Texeira, 2014,p. 807)

Lo anterior, demuestra que para Rousseau el estado de naturaleza es tranquilo y sin conflicto, ya que, las necesidades y los conocimientos limitados del hombre, llevan a la ausencia de motivos para generar luchas. No obstante, por la desnaturalización del individuo, el surgimiento de la sociedad y los vínculos que se generan alrededor de esta, se inicia un proceso de deterioro de las condiciones de pureza e integridad que caracterizan el estado de naturaleza, surgiendo para el autor un hombre auto preservativo e individualista, por la preponderancia de sus pasiones y que al estar vinculado a una sociedad la corroe, puesto que fruto de sus pasiones surgen las necesidades particulares.

Para J.J Rousseau existe una naturaleza humana primitiva, la cual es anterior al uso de la razón y se rige primero porque todo hombre busca su conservación y bienestar, y segundo porque todo hombre siente temor por la muerte y el sufrimiento de los seres sensibles y semejantes. Este hombre primitivo no ha sido corrompido pues existe previamente a la sociedad y las interacciones que se dan en la misma, todo lo anterior en aras de intentar explicar la naturaleza humana desde un razonamiento hipotético (Darós, 2006, p.116).

El hombre primitivo vive en armonía con la Naturaleza que le rodea. Vive solo, ocioso y siempre rodeado de peligros; pero no ataca ni es atacado por los animales instintivamente, a no ser por hambre extremada. Vive sin violencias ni antipatías, durmiendo, jugando o pensando concretamente en su conservación, lo que agudiza sus sentidos. Pero el hombre es superior a los animales por su libertad. (Darós, 2006, p.116)

Con posterioridad, se comienzan a dar interacciones entre los hombres lo cual modifica la naturaleza del hombre primitivo convirtiéndolo en un ser avaricioso,

ambicioso y egoísta, por lo que el hombre ya no podía satisfacer sus necesidades sin perjudicar a sus iguales, lo que se resume en según (Darós, 2006, p. 117) “la riqueza de uno significaba la pobreza del otro”. El hombre primitivo antes de establecer lazos no tenía el deseo ni motivo de hacer mal a otros, pues no poseía nada solo su libertad, concepto esencial e inherente para Rousseau, pues se afirmaba que:

(...) Resultó que, los más poderosos o los más miserables, hicieron de sus fuerzas o de sus necesidades una especie de derecho en beneficio de los demás, equivalente, según ellos, al derecho de propiedad y que, rota la igualdad, se siguió el más espantoso desorden. (Rousseau, 1999, como se citó en (Barrios, 2019, p. 30)

Del mismo modo, estas relaciones que surgieron llevaron a grandes cambios en la sociedad tales como la agricultura, la creación de herramientas, el establecimiento de las familias, el trabajo doméstico de la mujer, el patrimonio y una sociedad patriarcal, puesto que, era el hombre quien proveía el hogar con alimentos, bienes y posesiones. Es por esto que se dice que “El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: Esto me pertenece, y halló gentes bastantes sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil” (Rousseau, 1975, p.89).

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad aboga por un primer pacto, el cual se distinguió por el sometimiento de los más pobres y vulnerables al yugo de los más adinerados, lo que para Rousseau significaba que este pacto no tenía como fin promover la fraternidad, libertad e igualdad, sino que precisamente legitimaba la ausencia de estos tres valores, pues se evidenciaban “las usurpaciones de los ricos, los latrocinios de los pobres, las pasiones desenfrenadas de todos (Rousseau, citado en Sandoval, 2009, p.134). Así mismo, este pacto llevó a que la acumulación de posesiones de uso exclusivo originara la desigualdad entre los hombres, pues

“desde el instante en que un hombre se dio cuenta de que era útil a uno solo tener provisiones para dos, la igualdad desapareció, la propiedad fue un hecho” (Rousseau, citado en Darós, 2006, p.117). Incluso,

Este primer convenio encuentra su justificación en la necesidad que tenían las personas de menos recursos de ser protegidas por las personas más favorecidas, empeñando su libertad por seguridad, lo que en definitiva según Rousseau es el origen de una sociedad injusta y generadora de desigualdad política y social, pues análogamente las leyes expedidas sólo eran útiles a los ricos.

Lo curioso de este punto es que, para Rousseau, este paso de estado natural al estado civil no es más que la decadencia del hombre mismo, como bien se dijo, toda vez que, en vez de generar equidad entre sus miembros, lo que sucede es que cada uno procura hacerse de sus propiedades, lo que desencadena una lucha entre los hombres por tener mayores cosas que el otro. (Domínguez, 1991)

En vista de lo anterior, J.J Rousseau propone un segundo pacto que no suponga el decaimiento de la libertad y que, a su vez, no signifique el desprecio por la sociedad civil, sino que, tenga por fin el interés común relacionado con el interés particular, es decir, que se buscaba establecer un Estado que garantizara el equilibrio, de tal forma que “todos tengan algo sin que ninguno tenga demasiado” (Darós, 2006, p. 118).

En el Contrato Social, la voluntad general no es la suma de las voluntades particulares sino la plena consciencia de cada sujeto que aun ejerciendo su voto o confiando su voluntad particular al soberano no va a dejar de efectuar su plena libertad. En aquella voluntad general, el gobierno de la polis permitiría participar de la virtud en la medida perfecta, sería la actividad para la cual hace bueno al hombre. (Prieto y Arango, 2017, p.9)

Este contrato da lugar al concepto de voluntad general, el cual es de gran relevancia para Rousseau puesto que los individuos se someten a la dirección de esta voluntad, lo que quiere decir que, el pacto que se celebra con la finalidad de que todos los hombres tengan una posición activa en la toma de decisiones, las cual siempre debe preponderar por el bien común. A su vez, el convenio permite que entre el pueblo y el designado gobernante exista una observancia de las leyes que este último expide, no obstante, Rousseau afirma que en este punto no se debe confundir el concepto de voluntad general con el de populismo, pues en el populismo nos encontramos con un pueblo anárquico, mientras que, en la voluntad general lo socios pertenecientes a él son sujetos morales que una vez asociados forman un pueblo propiamente dicho.

El pueblo (o sea, la mayoría en cuanto busca el bien común) es el soberano y él establece lo que es de interés común y lo que es de interés privado o particular. La voluntad particular no puede representar la voluntad general; ésta, a su vez, cambia su naturaleza si busca lo individual. (Rousseau, 1762, como se citó en Darós, 2006, p. 119).

Es importante recalcar que para Jean Jaques Rousseau lo que justifica la realización del pacto y la creación del Estado es la protección de la libertad, la preponderancia de la participación ciudadana en la toma de decisiones, la posibilidad de que el pueblo sea el legítimo soberano del poder y sobre todo mantener un estado de igualdad que garantice que ningún hombre tenga ventajas sobre otro.

En consecuencia, tal contrato social, en el pensamiento rousseauiano, que permite el paso de un estado de libertad “natural” a uno de libertad “civil y política”, se presenta como resultado de la alienación libre y voluntaria del hombre “natural” (Darós, 2006) (Rousseau J.,1999) (Antón A., 2011); es decir, se trata de un hombre que prefiere renunciar a las posesiones que le confiere el estado de naturaleza en el que este se encuentra, para contribuir al establecimiento de la comunidad o

sociedad, creando con ello una forma de asociación perfecta cuya máxima expresión es la voluntad general. (Barrios, 2019, p.42)

Incluso,

Tomando a Rousseau como uno de los exponentes del republicanismo, esta corriente afirma que la democracia es un sistema político que busca no solamente la desconcentración del poder político sino la repartición igualitaria entre los individuos en la sociedad; por ello otorga especial relevancia a la participación política y a la educación cívica. La democracia propuesta por Rousseau fue un tipo de democracia ideal, hasta el punto de que él mismo reconoció que no era posible para una sociedad llegar a conseguir tal sistema en el que todos los integrantes hicieran parte del debate político. (Angulo, 2013, p.10)

Otro punto fundamental, consiste en lograr identificar la influencia de la propiedad privada en el contractualismo roussoniano pues desde la creación del primer contrato mencionado se hace referencia a la propiedad como un elemento desencadenante de conflictos y desigualdad entre los asociados; por lo que es un motivo o causa para que surja el contrato social. Para Rousseau, (...) “lo decisivo es que el origen de la desigualdad está en la propiedad privada. Por propiedad privada debe entenderse tanto los bienes que se posee así como las subjetividades a que da lugar esa posesión”» (Rivadeneira, 2006, p.3). Esto no significa que Rousseau esté en contra de la propiedad privada, puesto que en sus escritos logra generar una intersección de equilibrio e igualdad entre el interés común y particular sin que esto suponga per se el sometimiento de uno u otro. En otras palabras:

(...) Es así como Rousseau logra establecer el contrato social como ese instrumento por medio del cual se produce la integración del bien común con el bien individual, puesto que los intereses particulares no entran en discordia con la voluntad general. Tal es la importancia que le otorga Rousseau al concepto de libertad. Pavón C. &

Sabucedo C., 2009, Zenkert, 2000, Ciriza, 2000 (Como se citó en Barrios, 2019,p.40)

Para Rousseau es necesario entonces encontrar un equilibrio en el derecho de propiedad de tal forma que sea moderado y no ilimitado o absoluto, pues el autor considera que este derecho es de gran importancia para los ciudadanos, ya que solo cuando se tiene este derecho se puede hablar de una verdadera libertad e igualdad entre los hombres, y una democracia con todas las garantías.

Vale la pena decir, que el pensamiento roussoniano se diferenciaba del pensamiento de Locke a pesar de ser autores contractualista, puesto que, para Locke el contrato social tenía como fundamento la protección de la propiedad privada en cuanto en el estado de naturaleza este derecho era constantemente amenazado, ya que no habían herramientas que permitieran su protección, incluso Jhon Locke asimilaba el derecho de propiedad a derechos de gran importancia como lo son la vida y la libertad por la influencia burguesa y religiosa que recibió, mientras que, para Rousseau el derecho de propiedad era de gran importancia pero nunca podía prevalecer sobre el interés común. Incluso se ha dicho que:

La libertad, para Rousseau, no es sólo la libertad para poseer, como se acentuará luego en la perspectiva del liberalismo de Locke; sino que la libertad es pensada como una exigencia para la dignidad humana. La libertad, según Rousseau, es elevada a la condición de ser un valor en sí y es irreductible a un medio. Por ello, es la fuente de todos los derechos. (Mondolfo, 1967, como se citó en Darós, 2006, p. 117)

Todo lo anterior lleva a J.J Rousseau a afirma la existencia de una soberanía indivisible, de tal forma que el poder legislativo permanezca en el pueblo y sea entonces el derecho la expresión de la voluntad de los individuos, de tal forma que la soberanía de fuerza e impulse lo que es justo y permita garantizar los derechos de cada uno de los asociados, así mismo, el autor termina por proponer un Estado

republicano y democrático donde el orden y la fuerza surja del poder político y sea la ley la que preserve la sociedad y el cuerpo del Estado.

Recapitulando los conceptos fundamentales tratados, logramos evidenciar la importancia de este autor en la conformación del Estado moderno, puesto que sus teorías no se limitaron a Europa, sino que lograron llegar a América Latina, influenciado así no solo las revoluciones que se gestaron en el siglo XIX, sino también las consiguientes constituciones expedidas con posterioridad.

Es por lo anterior que, una vez comprendido el proceso constituyente colombiano y la teoría general y abstracta de Rousseau, es pertinente buscar el punto de intersección que permita evidenciar si esta teoría tuvo influencia en la consagración constitucional del derecho de propiedad y su función social.

CAPÍTULO 3. Relación entre los planteamientos J.J Rousseau y la regulación de la función social como elementos esenciales de la propiedad privada en Colombia

“Mientras varios hombres reunidos se consideren como un solo cuerpo, no tienen más que una única voluntad relativa a la conservación común y al bienestar general”
(Rousseau, 1722, p. 121).

Nos proponemos exponer ahora, la intersección entre los postulados de J.J Rousseau y los planteamientos realizados por los constituyentes en la Asamblea, analizando cuales de los conceptos y concepciones de Rousseau influenciaron de manera directa la regulación de la propiedad privada y su función social en la constitución de 1991. Para lo anterior, será necesario remitirse a conceptos claves y a los antecedentes descritos en el capítulo I (Reforma de la

Constitución de 1886), pues desde allí se comienzan a evidenciar rasgos sociales en un concepto en principio netamente liberal, como era la propiedad privada.

Desde una perspectiva amplia, es posible afirmar que los principales autores del contractualismo influenciaron la constitución colombiana de alguna u otra manera, pues en definitiva el contractualismo como concepto general y abstracto, le confiere derechos al pueblo y obligaciones al Estado, con el surgimiento del pacto entre las personas y el tercero que los va a gobernar, esto implica que cada individuo como ciudadano cuenta con un catálogo de derechos que le permite participar activamente en la toma de decisiones políticas, sociales e incluso legislativas.

Otro punto que debemos estudiar es el atinente a si el proceso de la séptima papeleta y la Asamblea Nacional Constituyente, consistieron en una primera intención de renovar el contrato social para así adecuar el funcionamiento del Estado, a las nuevas realidades que imperaba en el país como el narcotráfico, conflicto armado, crisis de las instituciones y poca participación ciudadana. Además, de consolidar y reforzar la seguridad, la igualdad entre la población y buscar legitimar las actuaciones del Estado como tercero.

Lo primero que nos corresponde examinar, son los antecedentes de la función social de la propiedad privada, encontrando entonces que la reforma constitucional de 1936 se inclinaba por desdibujar la concepción liberalista y absoluta de la propiedad, pues se evidenciaba la necesidad a nivel nacional de que el Estado propendiera por un bienestar social, por un catálogo de derechos sociales y por la prevalencia del interés común sobre el particular. Aunado a lo anterior, dicha reforma tuvo lugar en un contexto de conflicto y en un país con grandes desigualdades lo que se evidenciaba en la acumulación de riqueza implicando que hubiese ciudadanos con grandes extensiones de tierra improductiva (Botero, 2006, pág. 91).

Este precedente, lleva a un reclamo en el que se exigía un elemento social y de igualdad dentro de la propiedad privada, obligando al Estado a garantizar unos mínimos vitales a la población menos favorecida, e igualmente se solicitaba una propiedad limitada que cediera ante el interés general. Sin embargo, al momento de consagrar la función social de la propiedad privada y el interés común que iba a reinar sobre esta, nunca se contempló la posibilidad de anular por completo el derecho propiedad, sino que se mantuvo como un derecho privado de los particulares e incluso se consagró así en las discusiones y posterior redacción de la constitución de 1991.

Así, deja claro Rousseau dos cuestionamientos al derecho de propiedad: primero, que el derecho a la propiedad no existe en el estado de naturaleza, no es algo natural y fundante; y segundo, en consecuencia, la propiedad surge luego del pacto, es fruto de la ley civil que hace que se respete esa propiedad (...). (Agudelo, 2012,p.11)

Lo anterior denota que si bien J.J. Rousseau no utiliza el concepto de función social de la propiedad, sí da unas bases que luego sientan el carácter social de la propiedad privada, en cuanto plantea su desnaturalización como un derecho absoluto, lo que permite que sea susceptible a cambios y limitaciones por parte del pueblo. Esta capacidad de autorregularse proviene del Contrato Social firmado entre las personas y el Estado, por medio del cual se busca un bienestar e imponer una voluntad general sobre los intereses individuales de los más privilegiados.

Así, el poder constituyente, en cuanto potestad originaria, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente, sino que emana directamente del cuerpo político de la sociedad. El poder constituyente sería un poder pre jurídico. El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que éste vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad,

constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental. (Nogueira,2009,p.232-233)

Es importante recalcar que, ante el análisis de los capítulos anteriores, la Asamblea Constituyente ocurrida en Colombia, representa en definitiva un movimiento social surgido como consecuencia de la exigencia de un cambio en las instituciones, e impulsado por diferentes fenómenos sociales como la séptima papeleta, los cuales necesariamente requirieron la intervención activa de las personas, como fue la votación del pueblo en la elección de los constituyentes. Lo anterior, permite la creación de una nueva Carta Política en el país, que puede ser asemejada de una u otra manera a un Contrato Social en cuanto buscaba sentar las bases sociales imperantes en la actividad estatal, ocurriendo esto desde la óptica contractualista por primera vez en las revoluciones burguesas, a propósito (Agudelo, 2012,p.13) dice que:

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

Si bien en Colombia la constitución de 1886 consagró ya la función social de la propiedad privada (desde la reforma de 1936), y más derechos relativamente novedosos para la época, en realidad la constitución de 1991 demarca un catálogo de derechos mucho más amplio, direccionando la actividad del Estado a la prestación de garantías sociales que pretendían dar un mínimo de bienestar a la población, así mismo, implicó una transformación en las concepciones estatales, en cuanto se le dio prevalencia al interés y derechos colectivos sobre los privados, lo

que no sucedió en la anterior constitución por estar sumergida en una concepción liberalista.

Rousseau también expresa que la voluntad general es más poderosa que el soberano mismo y ésta debe ser la legisladora en una nación. Estos principios formulados por Rousseau, y otros teóricos políticos, fueron empleados luego para la elaboración de las primeras constituciones, que se basaron en los principios del liberalismo clásico: el Estado como garante de la libertad y la igualdad de los individuos, y protector de los derechos que estos ciudadanos poseen. Con el pasar de los años, las condiciones históricas (tanto económicas como políticas) del mundo fueron cambiando y los nuevos textos constitucionales debieron introducir estos cambios en sus redacciones. Se habla entonces de la aparición de cartas políticas en las que se incluían no sólo la protección de los derechos individuales, sino también la protección y la garantía de ciertos derechos colectivos. Involucró también la intervención del pueblo dentro del poder público, haciendo más activa aún su participación dentro de las decisiones que el Estado pudiese tomar en determinados momentos. (Vega,2012,p.12)

Todo lo anterior, nos permite evidenciar una intersección entre la concepción de Rousseau y el fundamento normativo de la función social de la propiedad privada en Colombia, y que si bien hay una confluencia entre estos elementos esta no es explícita pero sí manifiesta, pues dentro del fundamento de la constitución del 1991 se evidencia como los constituyentes reconocen la propiedad privada como un derecho pilar dentro del ordenamiento, siempre y cuando se encuentre acompañado de una función social y ecológica, que permita que esta ceda ante el interés general.

Por último, esto nos lleva al abandono de la idea de la propiedad privada como derecho absoluto e inalterable que imperaba en Colombia antes de la reforma de 1936, pues esta concepción privatista de la propiedad llevaba a una desigualdad absoluta entre los grandes terratenientes y las personas con menos capacidad

económica, lo cual a la luz de Rousseau significaba una sociedad civil corrupta en la que reina el desorden y la guerra.

Terminaré este capítulo con una observación que debe servir a todo el sistema social. Es que el pacto fundamental, en lugar de destruir la igualdad natural, reemplaza, por el contrario, lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres por una igualdad moral y legítima, y pudiendo ser los hombres desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y por derecho. (Rousseau, 1722, p. 188)

Conclusiones

Es evidente pues, que la propiedad privada como ya se dijo en capítulos precedentes constituye y constituyó un pilar fundamental dentro de la Constitución, pues se reconoce la importancia de este derecho dentro de la sociedad. Sin embargo, fueron grandes los debates que se dieron alrededor de si la propiedad privada debía consagrarse como función o como derecho con función social, pues los Constituyentes eran conscientes de las implicaciones que tendría solo plasmar la propiedad como función, consideraban que eso llevaría al reconocimiento de un interés puramente común y no privado; en cuanto las personas iban a carecer de mecanismos para su defensa, aunado a que se legitimaba al Estado para poseer un derecho absoluto respecto de la propiedad privada, permitiendo entonces una excesiva intromisión de este en lo que respecta a este derecho.

Es por lo anterior, que los Constituyentes se decantan por la opción de consagrar la propiedad privada como un derecho con una función social y ecológica, que permita ceder ante un interés general y un bienestar común, sin desdibujar las características propias de la propiedad privada y sus respectivas garantías.

Bajo este estudio, nos propusimos entonces a examinar la teoría contractualista en términos generales hasta llegar al contractualismo de Rousseau, allí nos centramos en la doctrina del autor encontrando que, si bien J.J Rousseau no consagra el concepto de función social como elemento relevante de la propiedad privada, si evidenciamos que plantea las primeras bases para atenuar la concepción absolutista de la propiedad que se traía desde el liberalismo. Esto debido a que, Rousseau en su exposición del Contrato Social y obras análogas plantea la importancia de conciliar el interés común del pueblo como soberano activo de la sociedad y los intereses privados de cada individuo.

Rousseau, es claro en afirmar que una sociedad donde prime el interés individual, da lugar a una sociedad desigual y desorganizada en la que reina la corrupción, para él esta situación era el común denominador que sobresalía al corroer el estado de naturaleza, iniciado así una nueva etapa caracterizada por la presencia de derechos absolutos que agravan la situación, pues se evidenciaba una gran brecha entre las personas más adineradas y las menos pudientes. Esto llevó según J.J Rousseau a un primer pacto social que permitía perpetuar el poder de los más ricos, ya que, se legitimaba la renuncia de derechos por parte de los más pobres y la entrega de los mismos a la clase social más alta, a cambio de seguridad (concepción que para Rousseau generaba una sociedad inequitativa e injusta).

Esto nos lleva a deducir que, respecto de la teoría de Rousseau, que un pacto social legítimo surge de la participación ciudadana, en cuanto no basta que provenga de un soberano si no hay una participación bilateral de los asociados, y en todo caso debe estar fundado por criterios de igualdad, del interés común y el respeto por lo privado.

Por consiguiente, la intersección que encontramos entre la consagración constitucional de la propiedad privada como un derecho y su función social, y la propuesta entregada por J.J Rousseau respecto de la propiedad, consiste en que

en Colombia existe una influencia de la propuesta entregada por este filósofo. Que halla antecedentes en la reforma constitucional de 1936, y concluye con la celebración de la Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto su origen se da como consecuencia de la voluntad del pueblo y las nuevas realidades que afrontaba el país. Es por esto que se realiza un cambio de constitución, que permita realizar una modificación en el andamiaje del Estado, a propósito (Villa, 2007, p.91) afirma que,

Para concluir, es relevante resaltar que, con el aniversario por los 30 años de la Constitución Política de Colombia, se evidencia que en la teoría esta carta es sumamente idealista y romántica por las concepciones novedosas. Sin embargo, la realidad social y política de los últimos 50 años ha evitado que esta sea aplicada tal cual se concibió, no siendo la propiedad privada la excepción, pues se evidencia que en el día a día del país se cometen vulneraciones al derecho de la propiedad, sin que el Estado intervenga como tercero legítimo en defensa de los menos favorecidos. Constituyendo esto una desnaturalización de los fines constitucionales propuestos, y un desconocimiento de las teorías fundantes de nuestra constitución, como lo es la teoría contractualista Roussoniano.

Referencias

- Agudelo, G. (2012). El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos, a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Electrónica Dialogo de Derecho y Política de la Universidad de Antioquia*. Recuperado de: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/14487>
- Arrubla-Paucar, J. (s.f). La autonomía de la voluntad y el derecho privado.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Informe de la Sesión Plenaria del día 10 de junio de 1991. Recuperado de: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/25/>

- _____(1991). Informe de la Sesión de la Comisión Quinta del Dia 29 De abril De 1991. Recuperado de: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/218/>
- _____(1991). Informe de la Sesión Plenaria del día 14 de junio de 1991. Recuperado de: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/96>
- _____(1991). Informe Sesión comisión primera y quinta del día 24 de abril de 1991. Recuperado de: <http://babel.banrepcultural.org/digital/api/collection/p17054coll28/id/2/download>
- _____(1991). Informe de la Sesión de la Comisión Quinta del Dia 17 de abril De 1991. Recuperado de: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/33/>
- _____(1991). Informe de la Sesión de la Comisión Primera y Quinta del Dia 30 de abril De 1991.
- _____(1991). Informe de la Sesión de la Comisión Quinta del Dia 22 de abril De 1991.
- Angulo- Martínez, M. (2013). Construcción de ciudadanía y democracia liberal en Colombia (tesis de grado). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario (Colombia). Recuperado de: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4284/AnguloMartinez-Maria-2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Barrios, L. (2019). Del estado de naturaleza a la instauración del Contrato Social en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau (Trabajo de grado). Universidad de Cartagena (Colombia). Recuperado de: <http://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/9772/TRABAJO%20FINAL%20LAURA%20BARRIOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936 las políticas sociales en Colombia. Revista Universidad Nacional de Colombia Anuario Colombiano de Historia Social y de Cultura. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/8216>
- Buenahora-Febres, J. (2019). La prevalencia del interés general : clave para la convivencia y la construcción de democracia. Tomado de : https://wsr.registraduria.gov.co/IMG/pdf/prevalencia_del_interes_general.pdf

Cabrera, J. (2003). La constitución de 1991: ¿Un nuevo régimen para la propiedad privada en Colombia? *Revista de Derecho Privado*, N° (7.), 106-118. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/643>

Constitución Política de Colombia [Const]. Art.58. 7 de julio 1991 (Colombia).

Corte Constitucional. (2021). Corte Constitucional Realizará Seis Conversatorios Sobre Historia Constitucional de Colombia Como Antesala Al XVI Encuentro De La Jurisdicción Constitucional. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-realizara-seis-conversatorios-sobre-historia-constitucional-de-Colombia-como-antesala-al-XVI-Encuentro-de-la-Jurisdiccion-Constitucional-9075>

Corte Constitucional. (18 de agosto de 1999). C-595. [Carlos Gaviria Díaz]

Correa-Henao, N. R. . (2020). El proceso constituyente: El caso colombiano. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (91), 24-38. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4535>

Darós, W. (2006). LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y EL CONTRATO SOCIAL SEGÚN J. J. ROUSSEAU. *Revista Filosofía Universidad de Costa Rica*, Vol (44.), 115-128. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/7435>

Domínguez, M. (1991). Rousseau, filósofo de la educación. *Campo Abierto*, Vol.24 (8), 1-262. Recuperado de: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/6340/02139529_8_24.pdf?sequence=4&isAllowed=y

González, R. (2012). Perspectiva Contractualista del Concepto Estado Social de Derecho y su incidencia en el Estado colombiano. *Anaclea Política*, Vol.(2), 181-200. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5206425&info=resumen>

Nogueira, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius et Praxis*, Vol. (15), 229-262. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100007

Pedraza-Ramos, A.K. (2018). Contractualismo contemporáneo. El equilibrio reflexivo como mecanismo en los consensos de justicia. *EN-CLAVES del pensamiento*, Vol (12.), 93-113. Recuperado de:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870879X2018000100093&lng=es&nrm=iso

Prieto-Vergara, E y Arango- Zuleta, E. P. (2017). Actualidad del pensamiento político-social-educativo de Rousseau. *Sophia: colección de Filosofía de la Educación*, 23(2), pp. 165-193. Recuperado de: <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/sophia/n23/1390-8626-sophia-23-000165.pdf>

Ríos, C. (2010). *Las asambleas constituyentes locales y regionales como alternativa para la gobernabilidad y la paz en Colombia (tesis de maestría)*. Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Recuperado de: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/95/asambleas%20constituyentes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rivadeneira, J. (2006). *La Voluntad General*. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. Vol (XII.), 323-331. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/364/36412218.pdf>

Rousseau, JJ. (1762). *Du contrat social, ou Principes du droit politique*. Marc-Michel Rey

Sandoval, L. (2009). *Colombia: ¿un caso de regresión al estado de naturaleza? (Trabajo de Grado)*. Universidad pedagógica y tecnológica de Colombia (Colombia).

Santaella-Quintero, H. (2011). *Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana*.

Texeira, A. (2014). Los orígenes filosóficos de la noción de soberanía nacional en el contractualismo político de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau. *Revista de Derecho del Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Chile, Vol. (XLIII), 801-819. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512014000200023&lng=es&nrm=iso

Vega, L.F. (2012). *La constitución, ¿un modelo de contrato?* *Revista Divergencia Universidad Externado de Colombia*, N° (14). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/diver/article/view/3241>

Villa -Borda, L. (2007). *Estado de derecho y estado social de derecho*. *Revista Derecho del Estado Nueva Serie (Universidad Externado)*. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630229006>.