

PROPIEDAD, UN ANÁLISIS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO

PROPERTY, A CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Phd. Farit Limbert Rojas Tudela¹

Presentado: 30 de abril de 2024 Aceptado: 20 de junio de 2024

Resumen

El reconocimiento de la propiedad privada como un derecho, ha transitado tanto en el desarrollo del Derecho Constitucional como del Derecho Civil. En este artículo revisamos el tratamiento del derecho a la propiedad desde el pensamiento político y el constitucionalismo continental, haciendo énfasis en su tratamiento en el constitucionalismo boliviano y en la Constitución vigente de 2009, tanto en la formación del articulado en el proceso constituyente boliviano como en su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

PALABRAS CLAVE

Propiedad, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Constitucionalismo Boliviano. Función social de la propiedad.

ABSTRACT

The recognition of private property as a right, has been in the development of Constitutional Law as well as Civil Law. In this article we review the treatment of the right to property from political thought and continental constitutionalism, emphasizing its treatment in Bolivian constitutionalism and in the current Constitution of 2009, both in its formation in the Bolivian constituent process and in its treatment in the jurisprudence of the Plurinational Constitutional Tribunal.

KEYWORD

Property, Constitutional Law, Civil Law, Bolivian Constitutionalism. Social function of property.

1. INTRODUCCIÓN

Durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII sucede un acontecimiento interesante que marcará la constitución del Derecho moderno.

A momento de la toma del poder por parte de los grupos y facciones burguesas, no se trató de conquistar el poder del Estado y desarrollar lo público, sino todo lo contrario, se tomaron los aparatos e instituciones estatales para limitar lo público y fortalecer lo privado, dando paso a la expresión *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar) que era la fórmula mediante la cual la causa de la libertad de los privados pretendía limitar lo público. En el siglo XVIII lo público lo constituía la monarquía y el clero, y como señala Foucault (2000).

¹ Abogado, Master (M.Sc.) en Investigación Social, Doctor (Ph.D.) en Ciencias bajo la mención justicia, Doctor (Ph.D.) en Derecho Comparado y Procesos de Integración, actualmente es docente titular de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico, docente titular de Teorías de la democracia, y docente investigador titular en las materias de Derecho Constitucional, Pluralismo Jurídico e Interculturalidad en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA. Código ORCID: 0000-0002-8009-5841.

El personaje central de todo el edificio jurídico de occidente fue el rey, de él se trataba, de sus derechos, de su soberanía, de la institucionalidad que le otorgaba una especie de legitimidad, amparada también por la Iglesia.

El impulso del naciente capitalismo inscribía al Derecho como aparato de relevo, es decir, usaba al Derecho para expandirse, para constituirse. Los nuevos gobernantes, en reemplazo de la monarquía y el clero², definirán el estatus de ciudadanía como un efecto de la posesión de propiedad.

Sin embargo, esta invención, de un gobierno burgués y un Estado Liberal, generó aparente contradicción. Por un lado, la aparición del constitucionalismo y del Derecho Constitucional, por otro lado, el retorno de las codificaciones romanas escritas con el establecimiento en la Francia del siglo XIX del Código Civil Napoleónico, que sirvió como modelo para todo el naciente sistema romanista (norma escrita, derecho positivo) y la tradición de Derecho Privado que se extenderá por todos los nacientes países Sudamericanos. Bolivia es el primer Estado Sudamericano en adoptar el Código Civil napoleónico en 1831 (bajo el llamado Código Civil Santa Cruz) y antes, en 1825, asumirá una serie de saberes y organización estatal de influencia francesa y española que terminan de plasmarse en la Constitución bolivariana de 1826.

La aparente contradicción se encuentra en la fuerza que desarrollarán ambas tradiciones: la del Derecho Constitucional - Que se volverá titular de la tradición del Derecho Público -y la del Derecho Privado - Que se volverá titular en la caracterización de nuestro sistema jurídico como sistema romanista. Como señala el jurista Escobar Fornos:

El inicio de la codificación no partió de valores y principios de la Constitución; para ese entonces existía una separación tajante entre el derecho público y el derecho privado (...), por ejemplo el Código Civil fue elaborado a partir de las tradiciones del derecho común burgués y no de los postulados constitucionales (Escobar Fornos, 2001:11).

El Derecho Constitucional tendrá un desarrollo eminentemente liberal durante el siglo XIX, para luego desarrollarse con componentes sociales durante el siglo XX, en virtud de la influencia del pensamiento social. Por otro lado, el Código Civil de Napoleón trató de relativizar la presencia política de la Constitución derivándola a un plano meramente utópico (lo que se promete realizar), y los juristas napoleónicos trataron de presentar al Código Civil como un resultado práctico, de carácter universal y de concretización inmediata.

Durante varios decenios después de la promulgación del Código Napoleónico (el Código Civil francés de 1804), un grupo de juristas franceses sostuvo tercamente la ficción de que la historia era irrelevante para la interpretación y aplicación del Código. Este punto se ilustra con la declaración frecuentemente citada de un abogado francés de la época: 'no sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico' (...) En esta forma, el Código Civil francés de 1804 se concebía como una especie de libro popular que podía colocarse en el librero al lado de la Biblia familiar (Merryman, 2003:63-64).

2 Aunque algunas veces la aristocracia y el clero podían realizar acuerdos para mantener sus privilegios, como lo muestra Marx (2018) en un extenso ensayo titulado *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*. Para Marx (2018), la burguesía muchas veces está dispuesta a ceder su participación en el gobierno con la única finalidad de preservar sus intereses económicos.

El Código Civil se convierte en el Derecho que se aplica, no el que se promete, el Derecho de la vida cotidiana, de negocios, de las cosas, es decir, de la propiedad en tanto derecho real.

Ambas tradiciones, tanto la constitucional como la civilista despertaron gran interés en países europeos y latinoamericanos durante la primera parte del siglo XIX, sin embargo, el Código Civil, en virtud de su discursiva omnipresencia en la vida de los privados tomó con mayor fuerza su desarrollo en el currículum de enseñanza en Derecho, que estructuraba la condición seriada de enseñanza en las carreras de Derecho, en materias denominadas Civil I (Personas); Civil II (Cosas); Civil III (Obligaciones); Civil IV (Contratos) y Civil V (Sucesiones). Era el Derecho práctico, el Derecho de todos los días, y en consecuencia el Derecho que permitía la legalidad de las transacciones y de la propiedad.

Con la fuerza discursiva del Código Civil francés de 1804, el saber jurídico del Derecho privado se configuró como el núcleo del Derecho, así Savigny (jurista alemán del siglo XIX) señalaba que:

Así como podían estudiarse los datos naturales en la biología, la química o la física para determinar los principios más generales de los que eran manifestaciones específicas, podrían estudiarse los datos derecho civil a fin de identificar y extraer de ellos los principios inherentes del orden legal, de los que eran expresiones específicas" (Savigny citado por Marryman, 2003:68).

En Sudamérica, el ilustrado Andrés Bello sostenía algo similar, el Derecho privado o llamado Derecho civil domina las facultades de derecho, impregna los libros de derecho y así se perpetua a sí misma a tal punto que se podría hablar de naciones de Derecho civil.

En este artículo desarrollamos un acercamiento a uno de los elementos centrales para ambas tradiciones, nos referimos al derecho a la propiedad como fundamento del constitucionalismo liberal moderno, sus transformaciones en el constitucionalismo social y el tratamiento de la propiedad en el constitucionalismo Boliviano de 1826 a 2009, contrastando con el desarrollo del pensamiento romano civilista sobre la propiedad que culmina con las codificaciones y el Código Civil. Es decir, propiedad como derecho fundamental y fundamento del constitucionalismo liberal y, la propiedad como derecho real como fundamento de la tradición civilista.

2. METODOLOGÍA

La estrategia metodológica supone la combinación de métodos y técnicas de investigación para el desarrollo de una investigación en particular. Como señala Rossana Barragán:

Al utilizar el término 'estrategia', que tiene en sus orígenes una connotación política y militar, el Programa de Investigación Estratégica de Bolivia (PIEB) ha querido subrayar su importancia como conjunto de acciones mediante las cuales se busca lograr una serie de objetivos (...). Se trata, por tanto, de una serie de operaciones y decisiones metodológicas necesarias que se diseñan en función de los objetivos, preguntas y problemáticas planteadas (Barragán et al, 2001:87).

Por lo señalado, se combinó tanto el método dogmático heurístico, que propio de los estudios e investigaciones jurídicas con reflexiones propias de los métodos históricos, en el tratamiento, también histórico, de la doctrina y el pensamiento político y económico respecto a la propiedad.

Como señala Christian Courtis, el método dogmático heurístico:

Describe el conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado [inicialmente] como no problemático [...]. Una de las tareas que cumple la sistematización es la de facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento del derecho positivo (Courtis, 2006: 113).

En este entendido, a la reflexión dogmática heurística, que combina el estudio de la norma con sus antecedentes, tanto en el pensamiento político y económico, la doctrina del Derecho Constitucional y del Derecho Civil -en este caso- se le añade la reflexión que puede otorgar el método histórico en Derecho, entendido como la indagación sobre la construcción de una o varias categorías jurídicas conjugadas en el desarrollo de una tradición jurídica, en nuestro caso la tradición constitucional liberal y la del pensamiento civilista de tradición romanista, encontrando un reflejo en la revisión del constitucionalismo boliviano desde 1826 a 2009, así como del proceso de formación del artículo 56 de la Constitución Política del Estado (CPE) en el proceso constituyente boliviano y el tratamiento de la propiedad en la codificación civil como un derecho real.

Dado que lo que se busca estudiar es el diseño constitucional boliviano, el carácter interpretativo, este es de suma importancia referir al parágrafo II del artículo 196 de la CPE vigente, que señala:

Artículo 196.

(...)

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

En este sentido la interpretación constitucional aplica con preferencia la revisión de la voluntad del constituyente, que no puede ser otra que la que se encuentra en el archivo del proceso constituyente 2006-2009, publicado en *La Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano* (B. Vicepresidencia del Estado, 2010).

La dogmática jurídica se justifica hoy como el método científico del Derecho por excelencia, como señala el jurista argentino Christian Courtis:

La abrumadora, mayoría de la investigación y de las publicaciones producidas en el campo del derecho corresponden a la llamada dogmática jurídica, doctrina o ciencia del derecho. Esta disciplina -o para mejor decir, esta perspectiva, aplicada sobre distintos objetos normativos, como las normas constitucionales, civiles, penales, administrativas, laborales, internacionales, las decisiones judiciales...- es la principal fuente de socialización de los futuros juristas en el lenguaje del derecho, y la principal fuente bibliográfica de consulta de distintos operadores prácticos del derecho -abogados, jueces, legisladores- para sustentar o justificar sus decisiones (Courtis, 2006: 105).

Se añade a la reflexión dogmática una breve referencia al tratamiento jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional respecto al derecho fundamental de la propiedad.

Las tensiones entre la concepción constitucional del derecho a la propiedad y del derecho a la propiedad como derecho real, en la tradición civilista, se contrastan, aunque de el tratamiento más detallado lo desarrollamos en la construcción e invención del derecho a la propiedad como pilar fundamental del Estado liberal de Derecho.

3. DESARROLLO

a) La propiedad en el pensamiento político de occidente.

No se puede establecer un solo origen de la propiedad, sino múltiples orígenes. Dado que lo que se conoce como propiedad y derecho a la propiedad, se desarrolla como una cuestión central en la tradición occidental. En estos diversos orígenes que se pueden encontrar, la noción de propiedad se relaciona generalmente con la diferencia entre *lo mío* y *lo tuyo*, *lo de uno* y *lo de otro*. Así Sócrates, en el diálogo *La República* de Platón, señala respecto a los conflictos políticos de su época:

Estas diferencias se originan comúnmente en un desacuerdo con relación al uso de los términos 'mío' y 'no mío', 'suyo' y 'no suyo' [...] ¿Y el Estado mejor ordenado no es aquel en el que la mayoría de las personas aplican los términos 'mío' y 'no mío' de la misma forma a la misma cosa? (Platón citado por Pipes, 2002: 26-27).

Platón consideraba que la forma política ideal –Denominada el Estado Ideal– no debía privilegiar algún derecho de propiedad y, en consecuencia, la organización política llamada Estado (que en el tiempo de Platón era la *polis* griega), debía garantizar que ningún ser humano acumule extremos de riqueza pero que tampoco extremos de pobreza.

La primera y más alta forma de Estado y de gobierno y de la ley es aquella en la que prevalece más ampliamente el antiguo refrán que dice 'los amigos tienen todas las cosas en común'. Si existe ahora, o si existirá algún día, esta comunión de mujeres y de niños y de la propiedad, en la que se ha eliminado de la vida lo privado y lo individual, y las cosas que son por naturaleza privadas, como los ojos, los oídos y las manos, se han convertido en comunes a todos, y que, de alguna forma, también el ver, oír y actuar son comunes y todos los hombres expresan alabanza y reproche y sienten alegría y pena a la vez, y que las leyes existentes logran la máxima unión de la ciudad; sea esto posible o no, digo que ningún hombre, que actúe sobre la base de cualquier otro principio, jamás constituirá un Estado que sea más verdadero, mejor o más virtuoso (Platón citado por Pipes, 2002:27-28).

En la antigüedad, la propiedad se encontraba íntimamente relacionada a la posesión de los animales, la posesión de otros seres humanos y la posesión de la tierra, a tal punto que incluso era posible encontrar, en muchos casos, una sinonimia entre éstos y la propiedad.

Si bien Platón y Aristóteles presentaron una transformación esencial en comprensión de la propiedad al introducir la idea de que la ley sea la que establezca la propiedad³, sea ésta común o individual.

³ Platón no se refiere a la ley escrita, a la ley positiva (la que se puede encontrar en textos escritos de naturaleza jurídica), sino a las leyes que

Fueron los romanos los que elaboraron, por primera vez, una categoría de naturaleza jurídica para referirse a la propiedad.

Como señala Pipes:

La principal contribución romana a la idea de la propiedad descansaba en el imperio de la ley. Los juristas romanos fueron los primeros en formular el concepto de propiedad privada absoluta, al que llamaron *dominium* y lo aplicaron a los bienes raíces y a los esclavos, un concepto que no existía en el vocabulario griego (Pipes, 2002:32).

En consecuencia, la propiedad adquiere un estatus de relación jurídica y, en consecuencia, se caracteriza como *el poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa*. Ésta relación de la propiedad con el Derecho, es decir, en tanto cuestión jurídica de la propiedad desde los márgenes de lo que será el Derecho civil, se la desarrolla más adelante.

Sin embargo ¿qué es ésta ‘cosa’ sobre la cual se puede tener derechos? ¿Qué es esta propiedad, antes de ser tratada como relación jurídica? Se decía que esta cosa era a la vez la tierra, algunos seres humanos, los animales, las plantas, entre otras ‘cosas’.

La ‘cosa’ es aquello que emerge ante el ser humano, es aquello que el ser humano aprovecha en su propio beneficio. La posesión de esa ‘cosa’ la transforma en propiedad. Sin embargo, la necesidad de apropiarse de las cosas, de tener posesión sobre ellas se vincula directamente con el entramado de relaciones de poder que se teje en occidente y se relaciona con la vida de los seres humanos.

Un análisis cercano a la relación entre la vida de un ser humano y la propiedad, no entendida aun como poder jurídico, sino simplemente como ‘cosa’ apropiada, posesionada se la puede encontrar en John Locke (2008) quien afirma que el ser humano que no es propietario de sí mismo es considerado esclavo. El esclavo es aquel que ha renunciado a su propia vida, a su reflexión sobre sí mismo.

Ciertamente, a quien ha renunciado a su propia vida por causa de algún acto que merece la muerte puede que le sea concedida alguna prórroga por aquel que le tiene en su poder, y que, mientras tanto, lo emplee en su servicio; haciendo esto, no le estará causando injuria, pues quien encuentre la dureza de la esclavitud más onerosa que el hecho de perder la vida, siempre tendrá en su poder, con sólo desobedecer la voluntad de su amo, hacer que caiga sobre sí la muerte que desea (Locke, 2008: 53).

El Capítulo IV del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* de John Locke (2008) es en el que se ocupa de la esclavitud, y no es casual que sea el que antecede al Capítulo V dedicado a la Propiedad.

Locke parte argumentando una relación entre la vida del ser humano y la propiedad. Si el esclavo es aquel que ha renunciado a su vida, el hombre que vive, que es dueño de su vida, es dueño de su persona, es dueño de sí mismo. La propiedad se convierte en su ser, pues si pierde la propiedad sobre sí mismo pierde la vida.

proviene de las costumbres. Tanto Platón como Aristóteles no pensaban en grandes unidades políticas, sino en pequeñas, llamadas polis, en consecuencia, la necesidad de la ley se originará cuando las costumbres no son suficientes para generar orden, esto sucederá cuando una autoridad someta a diferentes culturas, a variedad de tradiciones que generarán la necesidad de establecer leyes escritas.

[C]ada hombre tiene, sin embargo una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás (Locke, 2008:57).

Mas, como la cuestión principal acerca de la propiedad no se refiere hoy en día a los frutos de la tierra ni a las bestias que en ella habitan, sino a la tierra misma al ser ésta la que contiene y lleva consigo todo lo demás, diré que la propiedad de la tierra se adquiere también, como es obvio, del mismo modo que en el caso anterior. Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso será propiedad suya. Es como si como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales [...]. Y esta apropiación de alguna parcela de tierra, lograda mediante el trabajo empleado en mejorarla, no implicó perjuicio alguno contra los demás hombres (Locke, 2008: 60-61).

Lo primero que llama la atención de las argumentaciones de Locke (2008) es la manera en la que hay una relación directa entre apropiarse y existir por sí mismo como individuo, es decir, sin depender de nadie. La propiedad, en esta lectura que se hace de Locke, no es otra cosa que el soporte de vida del individuo, sin propiedad de sí mismo el ser humano es esclavo de otro (que sí es propietario), el ser humano no existe sin propiedad, por lo menos no en toda la dimensión de su humanidad. La vida se ha convertido casi en un sinónimo de propiedad, significado que solo emerge de manera completa si se tiene en cuenta el tipo de sociedad en la que Locke (2008) escribe, las relaciones de poder que atraviesan y constituyen a esta sociedad.

Como señala Robert Castel (2003), respecto a la noción de propiedad de Locke:

Es un individuo que puede determinarse a sí mismo desde el momento en que es capaz de apropiarse de la naturaleza por su trabajo. Así, él es propietario de sí mismo porque posee bienes que lo colocan fuera de las situaciones de dependencia que corresponden a la gente que no tiene nada, y que por tanto no pueden ser individuos por sí mismos. 'Por propiedad -dice Locke- es necesario entender aquí como allá, esta propiedad que los hombres tienen sobre sus personas tanto como aquella que ellos tienen sobre sus bienes'. Propiedad de sí y propiedad de bienes son indisociables -o, para decirlo de otro modo, es por medio de la propiedad privada, deviniendo propietario, que el hombre puede acceder a la propiedad de sí" (Castel, 2003:13).

Lo segundo que llama la atención de las argumentaciones de Locke es la manera en la que aclara que la cuestión principal de su época -*el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* fue publicado originalmente en 1690- es decir lo que está en juego bajo el denominativo de propiedad es la tierra. Es por la tenencia y propiedad de la tierra que se asegura el ejercicio de poder en los tiempos de Locke. Esto quiere decir que no hay, históricamente, una cosa que directamente sea llamada propiedad, por su naturaleza misma, sino que lo que se denomina propiedad estará definido por *la cuestión principal* que se ponga en juego, que emerja de las relaciones de poder puestas en juego, por lo menos inicialmente, respecto de la vida misma de los seres humanos.

Un tercer elemento que llama la atención en las argumentaciones de Locke es el impulso a la propiedad, en una obra no muy conocida de Locke (1986) llamada *Pensamientos sobre la educación* señala que el amor de dominación se manifiesta incluso en los niños por su deseo de poseer ellos mismos cosas, puesto que ellos quieren gozar del poder que les da la propiedad.

La propiedad, conjuntamente con la vida y la libertad será una de las razones para que los seres humanos ingresen en sociedad y busquen el resguardo del Estado, en una declaración de derechos. La propiedad para Locke debe devenir en Estado y en Derecho:

Por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad (Locke, 2008:135).

Entonces el Estado moderno y liberal nace aparentemente con una finalidad:

La propiedad privada, garantizar a ésta como un derecho y generar todo un concierto de relaciones jurídicas para garantizarla. En última instancia este devenir derecho de la propiedad no es simplemente una inclusión en el catálogo de derechos reconocidos por el Estado, sino es en si la razón de ser del catálogo de derechos liberales. Por ello es posible encontrar en los orígenes del constitucionalismo el derecho a la propiedad (como natural e imprescriptible), incluso en reemplazo al derecho a la vida⁴. Es lo que Negri y Hardt (2011) denominan la república de propietarios y la marginalización de los no propietarios.

Recuérdese lo mencionado anteriormente, Locke (1986, 2008) señala, respecto al deseo de los niños hacia la propiedad, que hay un poder que da la propiedad, un poder sobre los demás, sobre los no propietarios. En el mundo de los adultos, el ejercicio del derecho de propiedad será coextensivo al ejercicio de derechos políticos, durante muchos años habrá una analogía entre propietarios y ciudadanos. Aquel que no posee propiedad no es materia para la ciudadanía y el consiguiente ejercicio de derechos políticos.

La gramática constitucional del siglo XIX y de parte del siglo XX mantendrá esta analogía ciudadano - propietario. Como señala Reed, respecto al constitucionalismo norteamericano:

⁴ Resulta curioso que la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 no mencione el derecho a la vida. El Artículo 2 de esta declaración señala que la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Existe una tradición bien arraigada en el derecho constitucional norteamericano a la que voy a aludir como la tradición 'R/republicana', tanto con una R mayúscula como con una r minúscula. Esta tradición representó una poderosa fuerza motora que apareció detrás de movimientos políticos muy significativos -movimientos políticos que contribuyeron a dar forma a la experiencia política norteamericana. Entre estos movimientos se incluyen el partido republicano de Abraham Lincoln en 1860 (y antes del mismo el partido Tierra Libre), los republicanos demócratas de Thomas Jefferson en los comienzos del siglo XIX, y aun antes, la plataforma ideológica de un grupo de escritores del Commonwealth (siendo el más prominente entre ellos James Harrington, en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII). Dentro de esta tradición R/republicana, se admite que para ser verdadero ciudadano en una democracia, y para participar en el proceso democrático, uno necesita una cierta independencia básica. La independencia económica es absolutamente necesaria si se pretende que el ciudadano sea capaz de deliberar sobre el bien común, sobre la *res pública*, la cosa pública. (De ahí la palabra republicanismo). De acuerdo con esta tradición, el problema de los pobres consiste en que ellos, en realidad, carecen de una voluntad propia. Uno puede reconocerles el derecho al voto, pero ellos van a enajenarlo. Van a venderlo ya sea a los ricos, ya sea a los tiranos extranjeros. Ellos carecen de una base suficiente, dentro de la sociedad, capaz de permitirles conectar sus intereses personales con el interés público, más amplio (Reed en Gargarella, 1999:31-32).

En una lógica similar a la de Reed, el abate Sieyes, en el contexto de la revolución francesa, señala:

Los no propietarios no son más que 'una inmensa muchedumbre de instrumentos bípedos, sin libertad, sin moralidad, que no posee sino manos de exigua ganancia y un alma devastada' (Sieyes citado por Hardt y Negri, 2011:25).

El constitucionalismo de los propietarios definió, y aun define, la forma predominante de soberanía a partir de las formas de institucionalidad jurídica, de gobernanza y de imperio sobre la propiedad. La posibilidad que se pueda hablar de propietarios y de no propietarios, es lo que permite a una lectura marxista de la propiedad, señalar que éstos, los no propietarios, venden su fuerza de trabajo a aquellos: los propietarios, es una de las bases del pensamiento político de Marx (2012).

Como señala Hardt y Negri y también Pipes:

Los elementos básicos de la sociedad capitalista -el poder de la propiedad concentrada en manos de los menos, la necesidad de vender su fuerza de trabajo para la mayoría al objeto de sobrevivir, la exclusión de grandes partes de la población global incluso de estos circuitos de explotación, etc.- funcionan todos como un *a priori* (Hardt, Negri, 2011:23).

El proletariado y la riqueza son antagónicos; y como tales, conforman un todo. Ambas son formas del mundo de la propiedad privada. La propiedad privada, como riqueza, está obligada a mantenerse a sí misma y por tanto a su opuesto, el proletario, en *existence*... El proletario, por otro lado, está obligado, como proletario, a eliminarse a sí mismo y a su contrario, condición de su existencia, lo que lo hace proletario, es decir, la propiedad privada (Marx y Engels citados por Pipes, 2002:83)..

Este constitucionalismo de los propietarios, es decir, del constitucionalismo liberal, empezó a ser descentrado por una tradición social que desarrolló una serie de alternativas. Desde diferenciar el derecho real a la propiedad, del derecho a acceder a la propiedad garantizada a todo ser humano, hasta pensar en otras formas de concebir el Estado y la propiedad. Para Robert Castells (2003) una posibilidad se empezó a perfilar a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Se trata, podríamos decir, de la invención de un equivalente, o de un *analogon* de la propiedad para los no propietarios, y que se obtiene, no por la posesión de un patrimonio sino a partir del ingreso en sistemas de protección. Dichas protecciones se construyen sobre la base del trabajo, de manera que en el ejemplo del obrero que no podía trabajar más porque se encontraba enfermo o era demasiado viejo (y que por tanto caía bajo el cuidado de sus hijos o bien dependía de las formas más o menos infames de asistencia de la época), él tendrá de ahora en adelante derecho a una protección que le permitirá continuar su existencia como individuo, incluso cuando ya no pueda trabajar. De ahora en más, él tendrá la posibilidad de estar en la seguridad sin ser propietario. Tal posibilidad pasa por la construcción de protecciones sociales, de derechos sociales. Es la promoción de una forma nueva de propiedad que podemos llamar la 'propiedad social'. La propiedad social no es la propiedad privada pero constituye una suerte de *analogon* de la propiedad que cumple la función de propiedad privada para los no propietarios y que les garantiza la seguridad (Castells, 2003: 38).

La posibilidad de contrapesar derechos sociales con derechos liberales y buscar fórmulas en las que los propietarios y los no propietarios puedan beneficiarse mutuamente ha sido y es una preocupación de la filosofía política de los últimos años. Desde los principios de libertad y diferencia de Rawls (2004), en los que la desigualdad es tolerable si la misma contribuye a solucionar la vida de los menos aventajados, hasta las políticas de distribución y redistribución de la riqueza producida no sólo a partir de las prestaciones de derechos sociales, sino también a partir de determinadas políticas sociales que aseguren un futuro ejercicio de libertad, en los que se pueden encontrar los llamados bonos y seguros que pretenden generar las condiciones de igualdad para el ejercicio de los derechos de libertad (Sen, 2003). La imagen del Estado social de Derecho se encuentra en todos estos debates, así como las fundamentaciones del llamado "Estado de bienestar".

b) La propiedad en el pensamiento jurídico de la tradición civilista de Occidente.

La concepción jurídica de la propiedad se desarrolla como una cuestión principal en la Roma antigua. Luis Rodolfo Argüello (2000), en su *Manual de Derecho Romano*, señala que no se encuentra, en las fuentes romanas, una definición de propiedad, ésta (la propiedad) solo puede derivarse del concepto de *dominium* sobre las cosas.

Los juristas romanos denominaban *dominium* a lo que hoy se conoce como derecho a la propiedad.

Para que un objeto se clasificara como *dominium* tenía que satisfacer cuatro criterios: tenía que ser obtenido legítimamente, de forma exclusiva, absoluta y permanente. La mejor y más conocida definición de la ley romana describía el *dominium* como 'el derecho de utilizar y consumir algo de uno según lo permita la ley' (*ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*). La jurisprudencia romana incluso llegó a regular todos los matices posibles relacionados con los derechos de propiedad: cómo se adquiría y cómo se perdía, cómo se transfería, cómo se vendía (Pipes, 2002:32).

Los derechos de propiedad sobre las cosas fueron condensados por los romanos en el derecho de uso y de servirse de la cosa y lograr todas sus ventajas (*ius utendi o usus*); el derecho de disfrute, es decir de gozar de sus frutos (*ius fruendi o fructus*), el derecho de consumo de la cosa y en consecuencia de disponer de ella de forma absoluta y definitiva (*ius abutendi o abusus*) y finalmente el derecho del propietario de reclamar su derecho frente a terceros (*ius vindicandi*), esta última característica es la que lleva al derecho a la propiedad a ser un derecho real por excelencia, es decir era un derecho oponible ante terceros. (Argüello, 2000).

El Derecho Romano tendrá un tránsito histórico fundamental para comprender las instituciones jurídicas y políticas vigentes, y es que el Derecho Romano tuvo la virtud de pensarse como un Derecho universal, es decir de pensarse como un Derecho que trascienda los límites de su temporalidad.

Como señala Pipes:

A pesar de todo su pragmatismo, los juristas romanos se vieron obligados a buscar una base filosófica para la ley porque, al igual que los macedonios, al expandirse su dominio, primero de una "ciudad-Estado" a una "nación-Estado" y, después a un imperio, se encontraron con una sorprendente variedad de normas legales y procedimientos distintos de los suyos, y que además diferían entre sí. El problema surgió aún antes de que Roma se hubiera convertido en la dueña de la península Itálica ya que, mucho antes, los tribunales romanos tuvieron que tratar con extranjeros que llegaban para hacer negocios o para casarse con romanos. La ley local, el *ius civile*, no se aplicaba a ellos, sólo a los ciudadanos romanos. Los juristas romanos tuvieron entonces que buscar principios comunes contenidos en los diversos sistemas legales con los que tenían contacto. A medida que el territorio romano se expandía alrededor de la cuenca del Mediterráneo, formularon un Derecho de Gentes (*ius gentium*) que sintetizaba las reglas compartidas por todas las naciones que conocían. Bajo la influencia de la filosofía estoica, el Derecho de Gentes, gradualmente, se fusionó con el Derecho Natural (*ius naturale*); el proceso culminó a principios del siglo III N.E., cuando la ciudadanía romana se extendió a todos los súbditos del imperio. Así surgió un postulado fundamental del pensamiento occidental: Que el bien y el mal no son arbitrarios sino normas enraizadas en la naturaleza y, por lo tanto, que se imponen a toda la humanidad; los problemas éticos deben resolverse referidos a la Ley Natural, la cual es racional y va más allá de la ley positiva (*ius civile*) de las sociedades individuales.

Un elemento esencial de la Ley Natural es la igualdad del hombre, específicamente, la igualdad ante la ley, y el principio de los derechos humanos, que incluye los derechos a la propiedad, que antecede al Estado y, por lo tanto, son independientes de él. Quinientos años después, estas ideas se convirtieron en la piedra angular de la democracia occidental. (Pipes, 2002:33).

En consecuencia, detrás de la concepción de un derecho a la propiedad, se encuentra el pensamiento romano. Se había mencionado que el aporte más importante de los romanos fue la concepción jurídica de la propiedad, es decir, de diferenciar el derecho a la propiedad de la propiedad. La propiedad, en consecuencia, es un fenómeno económico y político, en tanto el derecho a la propiedad es un dominio jurídico, que debe comprenderse en dos sentidos:

- (1) El derecho a la propiedad como derecho de todo ser humano a convertirse en propietario (conexo al derecho a hacerse deudor o acreedor), y en consecuencia un derecho fundamental en tanto pertenece a todo ser humano en cuanto persona con capacidad de obrar; y...
- (2) El derecho real sobre bienes adquiridos o alienados a partir del ejercicio del derecho fundamental a la propiedad. Este derecho es personalísimo, y es el derecho que tiene una persona concreta (sea individual o colectiva) a la propiedad concreta sobre un objeto identificable.

El primer caso (1) se trata de un derecho constitucional, un derecho fundamental, y en el segundo caso (2) se trata de un derecho real, es decir un derecho patrimonial sobre una cosa en concreto, y regulado por una ley de Derecho Civil o, en la tradición romanista de los Estados herederos de las codificaciones francesas, en un Código Civil.

El derecho fundamental y constitucional a la propiedad genera las condiciones de posibilidad del segundo, es decir, del derecho real (Ferrajoli, 2006). Asimismo el derecho fundamental y constitucional no es similar al derecho real concreto, pues el primero en tanto derecho fundamental es universal, indisponible, inalienable, intransigible, en tanto el segundo, al tener un objeto concreto, se adquiere, se cambia, se vende. El derecho a la propiedad no puede incrementarse, en tanto el derecho real sí, uno puede acumular muchos bienes y tener muchos derechos reales, es decir ser propietario de muchas cosas concretas (Ferrajoli, 2006).

Estas diferencias son necesarias, pues el derecho real, el derecho patrimonial, es decir el derecho sobre una cosa concreta, no es en sí un derecho fundamental.

Los derechos patrimoniales son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos. Esto quiere decir que tienen por título actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. [...] Dicho de manera más simple, mientras que los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales *son predispuestos por normas* (Ferrajoli, 2006:48-49).

c) La propiedad en la tradición constitucional boliviana de 1826 a 2009

Desde el primer texto constitucional boliviano de 1826 se encuentra garantizado el derecho a la propiedad. También desde el primer texto constitucional se encuentran antecedentes de la expropiación, la indemnización y el pago de precio justo. Asimismo desde la implementación del Código Civil Santa Cruz en 1831 la propiedad es garantizada como un derecho real, aunque con muchas limitaciones en su ejercicio a las mujeres.

Constitución Política del Estado de 1826.

Artículo 84. Son restricciones del Presidente de la República:

(...)

3. No podrá privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia; pero deberá preceder una justa indemnización al propietario.

Artículo 149. La Constitución garantiza a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad, y su igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

Código Civil Santa Cruz

Artículo 289. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto.

Artículo 134. Las mujeres no pueden dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir por título gratuito u oneroso sin la concurrencia del marido al acto, o sin su consentimiento o ratificación posterior por escrito.

La función social de la propiedad se la instituye en 1938 siendo ésta la primera Constitución boliviana en adscribirse a la corriente del constitucionalismo social, inaugurado por la Constitución de Querétaro (México) en 1917 y por la de Weimar (Alemania) en 1919.

Constitución Política del Estado de 1938

Artículo 17. La propiedad es inviolable, siempre que llene una función social; la expropiación podrá imponerse por causa de utilidad pública, calificada conforme a ley y previa indemnización justa.

A partir de la Constitución Política del Estado de 1945 se re-elabora la redacción y se explicita la garantía a la propiedad privada siempre y cuando ésta no sea perjudicial al interés colectivo.

Constitución Política del Estado de 1945

Artículo 17. Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando no llene una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa.

La revolución nacional de 1952 en Bolivia realiza una serie de cambios y transformaciones como la nacionalización de las minas, la reforma agraria y el voto universal. Esta última transformación convierte en ciudadanos a todos los bolivianos mayores de 21 años, en tanto se les otorga un acceso no solo a los derechos políticos sino también a la propiedad.

Como lo senala William Herrera Añez:

En Bolivia, hasta 1952, no podían votar ni los analfabetos ni las mujeres, y la ciudadanía se limitaba a quienes podían demostrar una renta mínima. A partir de este año (1952) se estableció el derecho a voto a todos los Bolivianos mayores de 21 años o de 18 siendo casados cualquiera sea su sexo, instrucción, ocupación o renta. El voto universal constituye una de las medidas políticas más importante de la revolución nacional, pues permitió el acceso a la participación política a más del 70% de la población. Con el voto Universal, el gobierno revolucionario concedió la ciudadanía y, a partir de este reconocimiento, gruesos sectores populares, especialmente el campesinado, recién pudo participar activa y legítimamente en el que hacer político nacional. (Herrera, 2006: 70).

A partir de la Constitución Política del Estado de 1961 se introduce a la propiedad en el conjunto de derechos fundamentales y se mantiene la garantía de la propiedad privada en el tenor de lo ya establecido en 1945.

Constitución Política del Estado de 1961.

Artículo 6. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

(...)

(i) A la propiedad siempre que cumpla una función social;

Artículo 19. Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés nacional. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando no llene una función social, calificada conforme a ley y con justa indemnización.

La Constitución Política del Estado de 1967 mantiene los artículos de la Constitución de 1961, sin embargo añade una cláusula en el artículo 206, respecto a la propiedad en el radio urbano de ciudades, estipulado la posibilidad de su expropiación y la finalidad para la construcción de viviendas sociales.

Texto Constitucional 1967

Artículo 7. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

(...)

9. A la propiedad privada, individual o colectivamente, siempre que cumpla una función social;

Artículo 22. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea judicial al interés colectivo. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley previa indemnización justa.

Artículo 206. Dentro del radio urbano los propietarios no podrán poseer extensiones de suelo, no edificadas mayores que las fijadas por ley. Las superficies excedentes podrán ser expropiadas y destinadas a la construcción de viviendas de interés social.

Las reformas constitucionales de 1995 y de 2004 no realizaron cambios a lo dispuesto por el texto constitucional de 1967. Sin embargo cabe destacar que en materia civil se aprobó en 1975 el Código Civil (vigente desde el 2 de abril de 1976) que mantuvo el reconocimiento del derecho a la propiedad como un derecho real, sin embargo amplió este derecho a toda persona, obviamente incluyendo a las mujeres, a las que el Código Civil Santa Cruz mantenía al margen y bajo tuición de los varones.

La Constitución Política del Estado de 2009, vigente, ubica al derecho a la propiedad en el catálogo de derechos sociales y económicos y añade a su redacción la garantía de la sucesión hereditaria, la misma que era inédita en las formulaciones de las Constituciones bolivianas anteriores. El derecho a la propiedad se encuentra explícito en el artículo 56 del texto constitucional boliviano vigente.

Artículo 56

I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

III. Se garantiza el derecho a la sucesión hereditaria.

El artículo 56 se encuentra en la Sección IV (Derecho a la Propiedad) perteneciente al Capítulo Quinto (Derechos Sociales y Económicos) que corresponde al Título II (Derechos Fundamentales) de la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y las Garantías). Está compuesto por tres párrafos: el primero establece el derecho a la propiedad individual o colectiva, así como a la función social que ésta debe necesariamente cumplir; el segundo hace referencia a la garantía a la propiedad privada siempre y cuando su uso no sea perjudicial al interés colectivo; el tercero establece la garantía del derecho a la sucesión hereditaria.

La gramática de la constitución boliviana vigente ha descentrado el derecho a la propiedad, generalmente teorizado como un derecho individual con una extensión política. En la hermenéutica de la Constitución de 2009 el derecho a la propiedad se encuentra en el *Capítulo Quinto* de la Primera Parte. Este capítulo se encuentra dedicado a los *derechos sociales y económicos*, en consecuencia el derecho a la propiedad deja de aparecer en la primera e inmediata lista de derechos fundamentales (*Capítulo Segundo* de la Primera Parte, artículos 15 al 20) y en la de los derechos civiles y políticos (*Capítulo Tercero* de la Primera Parte, artículos 21 al 29) y se lo remite a un diálogo con los derechos sociales y económicos (*Capítulo Quinto* de la Primera Parte, artículos 33 al 76).

La condición de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (Artículo 1), así como la declaración constitutiva de naciones y pueblos indígena originario campesinos con una existencia anterior a la república y a la colonia (Artículo 2), lleva a que este descentramiento del derecho a la propiedad, su ampliación a un derecho de propiedad no sólo individual sino también colectivo. Asimismo el establecimiento y reconocimiento de territorios y territorialidades indígenas (artículos 2 y 30) lleva a también a desplazar la concepción occidental de propiedad a una concepción múltiple de arraigo del ser humano y sus comunidades con la tierra, con los objetos, concebidos esta vez como otros seres vivos.

El Artículo 56 establece que *toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva*. Es decir el Artículo 56 establece el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, cuya regulación legal, en tanto derecho real concreto, pertenece al ámbito Derecho Civil⁵, pero cuya fundamentalidad en tanto derecho a la propiedad se encuentra en su reconocimiento constitucional.

El derecho a la propiedad, en la gramática constitucional boliviana, es un derecho fundamental que es parte de los derechos sociales y económicos, es decir se lo concibe como un poder jurídico, es decir un poder de derecho, que proviene del Derecho, y que se realiza en los márgenes del Derecho social. Por ello el Artículo 56 señala que toda persona tiene este derecho, pero a la vez establece sus condiciones: *siempre que ésta cumpla una función social* y su garantía depende de que el *uso que se haga del derecho a la propiedad no sea perjudicial al interés colectivo*.

El Artículo 56 abre la posibilidad de comprender como titular del derecho de propiedad a toda persona, ésta puede ser una persona individual o una persona jurídica (es decir una persona colectiva). Conforme al Artículo 14 todo ser humano goza de personalidad y en consecuencia tiene derecho a la propiedad. Sin embargo el Artículo 56 permite la posibilidad de comprender tanto una propiedad colectiva cuyo titular sería una colectividad, por ejemplo un pueblo indígena originario campesino (Artículo 30, parágrafo II, numerales 4 y 6).

Lo *colectivo*, en este caso, hace referencia a lo propio de una colectividad, sea ésta un pueblo, una nación, una comunidad, una sociedad. En el término *colectivo* se conserva aún la raíz latina *con* (conjuntamente) y *legere* (leer, hablar, en este caso), es decir aquel vínculo intersubjetivo de experiencia que permite al colectivo existir, enunciarse, hablar en conjunto, como una forma de subjetividad distinta a la individual.

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 56 este colectivo tiene el derecho a la propiedad.

Para el Derecho Civil, que regula esta materia en tanto derecho real, el derecho de propiedad concreta es una relación de orden jurídico que consiste en:

Usar, gozar y disponer de una cosa dentro de los límites y con las obligaciones que impone el ordenamiento jurídico. No es un derecho indeterminado. Tiene un peculiar carácter: es un derecho real (*jus in rem*). Incluye el *jus utendi*, o sea, el de obtener de la cosa todo el uso y los servicios que puedan sacarse de ella y el *jus fruendi* o derecho de percibir frutos.

⁵ Scaevola señala que el domicilio legal del derecho a la propiedad es el Derecho Civil, y en consecuencia el Código Civil. Que otras disciplinas y otros cuerpos jurídicos traten el tema puede llevar a confusiones sobre la naturaleza y el desarrollo del derecho a la propiedad (Scaevola citado por Morales Guillén, 1982). Sin embargo, es la Constitución Política del Estado la norma fundamental y fundamento de la legislación secundaria, en la cual se encuentra el Código Civil, en tanto una norma ordinaria cuya interpretación debe realizarse en observancia de la Constitución Política del Estado. Asimismo, debe diferenciarse entre el derecho a la propiedad como derecho constitucional, y el derecho real como derecho de la esfera civil. Para el constitucionalista argentino Badeni (2010), el Derecho Constitucional, y en consecuencia la Constitución genera una dimensión distinta a la propiedad que el Derecho Civil: "El concepto constitucional de la propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto recogido por la legislación civil. En el ámbito del derecho civil, el objeto de la propiedad son las cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio, para la Constitución, el derecho de propiedad supera el marco del dominio y de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica para su titular, y aunque no lo sean para un tercero [...] Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, de uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles. Incluye todos los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que constituyen el patrimonio de una persona" (Badeni, 2010 Tomo II: 341).

El derecho de disponer no supone ya el *jus abutendi* de los romanos, que daba al propietario omnímoda potestad para hacer de la propiedad cuanto se le antoje, empleándola aun en objetos ilícitos. El derecho de disponer consiste ahora sólo en la facultad de enajenar la cosa, gravarla, transformarla. No es un derecho absoluto ni -en realidad- lo fue en el régimen anterior, en muchos aspectos injustamente criticado, pues dentro de él no podía hacerse un uso prohibido por las leyes y los reglamentos (Morales Guillén, 1982: 176).

Los orígenes romanos perviven en esta definición de Morales Guillén, sin embargo, se reconoce ya el carácter de derecho concreto, es decir, el derecho sobre una cosa concreta, sobre una res, es decir un derecho real. Este derecho concreto no puede ser absoluto pues el mismo derecho constitucional a la propiedad genera condiciones y límites para su ejercicio.

Algunas limitaciones a la propiedad privada individual y colectiva de extranjeros.

Si bien el derecho a la propiedad es un derecho universal, indisponible, inalienable, intransigible, hay una restricción de este derecho a extranjeros.

Conforme a lo establecido en el párrafo I del Artículo 262 ninguna persona extranjera podrá adquirir propiedad en la zona de seguridad fronteriza (50 kilómetros a partir de la línea de frontera). La propiedad pasará a beneficio del Estado, sin ninguna indemnización.

Esta prohibición se encuentra en la historia constitucional boliviana desde el texto constitucional de 1938, y se mantuvo durante todos los textos constitucionales posteriores⁶. La Constitución vigente relaciona esta prohibición a una concepción de zona de seguridad fronteriza.

Conforme a lo establecido en el Artículo 14, párrafo VI, las extranjeras y extranjeros tienen todos los derechos establecidos en la Constitución, en consecuencia con excepción de lo establecido en el Artículo 262, se garantiza a los extranjeros su propiedad privada bajo las condiciones establecidas en el Artículo 56.

d) Sobre la función social de la propiedad

El Artículo 56 establece que toda persona *tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, "siempre que ésta cumpla una función social"*. Como se mencionó anteriormente, la función social de la propiedad fue establecida en la Constitución Política del Estado de 1938 y se ha mantenido desde entonces en la tradición constitucional boliviana.

A la introducción de la innovación socializante en las constituciones modernas se le ha llamado 'constitucionalismo social', que significa la proclamación y declaración solemne en los textos constitucionales, de los derechos de la sociedad o del pueblo entendiendo tales derechos como todos aquellos que corresponden a la colectividad en resguardo de la estabilidad social, pero para lograr la comodidad y el bienestar de las personas en cuanto componentes de la sociedad. (Valencia, 1998:206).

⁶ En una reflexión histórica, las limitaciones a la propiedad para extranjeros parecen tener como antecedente la guerra del pacífico (1879-1883) y la guerra del Chaco (1932-1935).

Se hizo imperativo acoger en los textos constitucionales nuevos principios, como el de la función social de la propiedad, como el del intervencionismo del Estado en la economía, o como el del predominio del interés general sobre el interés particular, y nuevos derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la libertad sindical, el derecho de huelga o el derecho a la seguridad social. Es decir, que se introducen en los textos, constitucionales de los llamados derechos sociales o de 'segunda generación'. (Naranjo Mesa, 2010:50).

La función social se configura como la condición esencial y obligatoria del derecho a la propiedad para que la misma sea considerada efectivamente un derecho. Para Ferrajoli (2006), justamente estas limitaciones y condiciones del derecho a la propiedad son las que lo legitiman como derecho fundamental.

Si bien la función social de la propiedad se la puede encontrar desde los planteamientos de Platón en su obra *La República*, pasando por Locke y la necesidad de que la propiedad no perjudique a los demás, expresado en su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*; la formulación moderna de la función social se la encuentra a finales del siglo XIX, en el pensamiento de León Duguit.

Para Duguit (1975) la propiedad es un derecho-función, es decir el ejercicio del derecho a la propiedad debe, necesariamente, ser conveniente para la sociedad.

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. Él solo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer el capital que posee (Duguit, 1975: 55).

Si el propietario no cumple la función social para la cual está destinado el bien, el Estado puede intervenir para "asegurar el empleo de las riquezas que posee (el propietario) conforme a su destino" (Duguit, 1975: 37).

Para León Duguit, no se trata de eliminar la propiedad privada, sino de transformar la noción de derecho individual a derecho-función, es decir, convertir al derecho a la propiedad en una de las bases fundamentales de la sociedad. En consecuencia, este derecho debe ser pensado como un derecho social.

[N]o digo, ni he dicho jamás, ni jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la situación jurídica sobre la cual descansa su protección social, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que proceden del poder público. Es más diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional (Duguit, 1975: 180).

A partir de la influencia de León Duguit la noción de función social se ha convertido en un corolario del derecho de propiedad y, en consecuencia, la posibilidad de que la misma pueda ser expropiada.

Para Cabanellas, la función social de la propiedad “*consiste en la asignación potencial de servicios para la colectividad a cargo del dueño de la misma*” (Cabanellas, 2003 Tomo IV: 135), es decir, que el derecho a la propiedad debe, en su ejercicio, redundar en un beneficio general. En los Estados moderno este beneficio se encuentra en las cargas tributarias que se acompañan al ejercicio del derecho a la propiedad, de esta manera se encuentran gravada de impuestos tanto la tenencia, la transferencia, las utilidades y otros derivados del beneficio del derecho a la propiedad.

En la gramática constitucional boliviana, a partir de 1938, se exige la función social a toda propiedad, sin embargo existe un énfasis mayor en la tierra como objeto del derecho de propiedad, en particular a partir del constitucionalismo social inaugurado en Bolivia en 1938.

e) Garantía de la propiedad privada y del derecho a la sucesión hereditaria

El derecho a la propiedad en la Constitución vigente viene acompañado de una garantía condicionada, a que el uso que se haga de la propiedad no sea perjudicial al interés colectivo. Si la propiedad debe cumplir una función social, es lógico que el ejercicio del derecho a la propiedad no debe perjudicar a la colectividad. En virtud de esta condición el propietario está obligado a mantener su propiedad en buen estado, está obligado a evitar que la misma amenace o dañe a terceros.

El derecho a la propiedad puede reivindicarse a través de la jurisdicción ordinaria, y agotada la misma por la vía de la acción de amparo constitucional, así lo ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional que revisaremos más adelante. Asimismo, el Artículo 56 en tanto derecho fundamental, garantiza, respecto a la propiedad privada, el derecho a la sucesión hereditaria, es decir, a adquirir la propiedad por muerte del propietario original.

Como señala Morales Guillén:

La sucesión como institución jurídica, implica un modo de adquirir el dominio por cuya virtud se transmite la herencia de una persona, sea según expresas disposiciones de su última voluntad, sea mediante la voluntad presunta del que no pudo testar, a quien suple la ley, disponiendo de forma análoga a como lo habría a como lo habría hecho aquel. Entre los modos de adquirir el dominio, éste es el de mayor importancia, porque normalmente supone la total transmisión del patrimonio del difunto, tanto en lo que se implica el derecho, cuanto en lo que representa gravámenes, deudas, obligaciones, en una palabra, el pasivo del de *cujus*. Es por excelencia el modo universal de adquisición de la propiedad, *universum ius* como decían los romanos (Morales Guillén, 1982: 1070).

La garantía de la sucesión hereditaria supone una extensión de la garantía del derecho a la propiedad, pues el propietario puede transmitir su derecho propietario a sus herederos, y de esta manera, continuar con su los efectos de su personalidad jurídica. En sus orígenes la sucesión hereditaria no solo comprendía los bienes patrimoniales, sino algunas obligaciones espirituales como el entierro, ceremonias religiosas, entre otras.

El término “heredero” proviene del latín “*heres*” que significa *el que ocupa el lugar de otra persona*. En consecuencia, la garantía de la sucesión hereditaria de la propiedad es una garantía de que el heredero podrá adquirir la propiedad del causante.

f) La formación del artículo 56 en el proceso constituyente boliviano de 2006-2009

El año 2004 comienza el camino que podríamos llamar jurídico a la Asamblea Constituyente, con la reforma de la Constitución de 1967, la misma que ya había sido reformada previamente el año 1995. La reforma constitucional del año 2004 incluía la posibilidad de reforma total de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente con una amplia participación de la población, asimismo introducía la figura del referéndum, ambos puntos de partida del proceso constituyente boliviano 2006-2009.

Mediante ley especial N° 3364 de 6 de marzo se convoca a la elección de asambleístas y a la conformación de la Asamblea Constituyente. Esta norma establece la elección de 3 constituyentes en cada una de las 70 circunscripciones locales (en toda Bolivia), y otros 6 por cada departamento (Bolivia posee 9 departamentos), haciendo un total de 255 constituyentes. La participación para la elección de asambleístas se hace bajo la mediación de partidos políticos y agrupaciones ciudadanas, pese a que las organizaciones sociales de base solicitaron que puedan existir nominaciones directas de asambleístas. La ley especial N°3364, referida supra, establece que la aprobación del nuevo texto constitucional sea por 2/3 de los asambleístas presentes, seguida de un referéndum. Además, establece que la Asamblea Constituyente posee un año para llevar a cabo su trabajo y que la sede de la Asamblea sea en la ciudad de Sucre.

La Asamblea Constituyente se inaugura el 6 de agosto de 2006 en la referida ciudad de Sucre, sin embargo, recién la totalidad de la Asamblea se reúne el 16 de agosto en el teatro “Gran Mariscal”, sede adecuada para las deliberaciones de la misma. Después de un extenso debate sobre el reglamento de la Asamblea, se acuerda que existirán 21 comisiones, cada una cargo de una temática concreta, asimismo, se establece que cada comisión aprobará un “informe de consenso de la comisión” o en su caso un “informe de mayoría” y un “informe de minoría”, para que ambos sean considerados por el pleno de la Asamblea.

Durante los meses de marzo y parte de abril de 2007, la Asamblea lleva a cabo los encuentros territoriales, es decir las visitas de la Asamblea Constituyente a cada una de las regiones de Bolivia, en busca de recabar propuestas de la población. Se determina la visita de comisiones de la Asamblea a distintos departamentos y poblaciones de Bolivia. Cada uno de los encuentros territoriales muestran que las tensiones no eran solo al interior de la Asamblea, sino que el exterior constitutivo de la Asamblea era igual de problemático y conflictivo. Mientras la Asamblea realiza la visita territorial, las organizaciones del llamado *Pacto de Unidad* terminan de diseñar y aprobar una propuesta de texto constitucional, que en la práctica será la base del trabajo de la asamblea.

Después de un largo y conflictivo proceso, el 24 de noviembre de 2007, en el Liceo de "La Glorieta" se aprueba por 136 votos de 138 asambleístas reunidos, el "proyecto de Constitución Política del Estado aprobado en grande", es decir, se deja en tratamiento en detalle para una nueva reunión del pleno de la Asamblea, esto debido a la alta conflictividad que se desataba en la ciudad de Sucre, e inmediaciones del Liceo militar.

El 28 de noviembre de 2007 el Congreso aprueba la modificación de la sede de la Asamblea, determinando que el presidente o presidenta de la Asamblea Constituyente puede convocar a la reunión de la Asamblea en cualquier lugar del territorio nacional.

El 8 de diciembre se convoca a la Asamblea Constituyente a deliberar en la ciudad de Oruro, en el auditorio de la Universidad Técnica de Oruro y entre el 9 y 10 de diciembre de 2007 se aprueba en detalle por dos tercios el "Proyecto de Constitución Política del Estado, aprobado en grande, en detalle y en revisión", con la presencia de 164 asambleístas. Cabe destacar que solo un artículo no fue aprobado por los dos tercios y se lo remitió para aprobación en referéndum, se trata del artículo sobre el tamaño máximo de la propiedad agraria, pues se buscaba que la población boliviana mediante un referéndum dé la aprobación final del texto constitucional. Concluido el trabajo de la Asamblea Constituyente se convoca a referéndum para el 4 de mayo de 2008.

El año 2008 se registran una serie de conflictos sociales, una parte de la población rechazaba el procedimiento de aprobación del texto constitucional como ser la falta de presencia de asambleístas de la oposición, así como una de las sedes en el procedimiento de la aprobación, como lo fue un liceo militar. Los conflictos fueron creciendo, y el gobierno propuso abrir el proyecto de texto constitucional aprobado por la Asamblea en Oruro, en busca de calmar la conflictividad. Se canceló, entonces, el referéndum de 4 de mayo, y convocó al diálogo. Las primeras semanas de octubre de 2008, en la ciudad de Cochabamba se reunió una representación de la Asamblea Constituyente, una representación del gobierno y los representantes de los gobiernos regionales acompañados de las fuerzas políticas y cívicas que cuestionaban el texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente. Se modificaron más de 100 artículos, en su mayoría respecto a las autonomías departamentales, que eran en sí la demanda de las regiones. Estas reformas fueron luego aprobadas por el Congreso de la República que ordenó y aprobó el texto constitucional final para ponerlo a consideración de la población en un referéndum a realizarse el 25 de enero de 2009.

La Corte Nacional Electoral empezó una rápida y efectiva socialización del texto constitucional, auxiliada por los partidos políticos contrarios a la aprobación del texto constitucional, que trataban de desvirtuarlo pero colaboraban a su difusión.

El 25 de enero de 2009 la Constitución Política del Estado de Bolivia fue aprobada por 61,43% de los votos. El 7 de febrero de 2009, en la ciudad de El Alto, el presidente de entonces, Evo Morales Ayma, promulgó la nueva Constitución Política del Estado.

Por lo señalado en este relato breve del proceso constituyente que se desarrolló en Bolivia entre 2006 y 2009, se tiene como actas, resoluciones y documentos del constituyente: a) el Proyecto de Texto Constitucional ajustado en el H. Congreso Nacional, octubre 2008; b) Proyecto de Texto Constitucional Aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro, diciembre de 2007; c) Proyecto de Texto Constitucional Aprobado en Grande en Chuquisaca, noviembre de 2007, y; d) Informes de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías), los mismos que presentan un informe de mayoría y un informe de minoría. Todos estos documentos fueron publicados por la Vicepresidencia del Estado en un conjunto de tomos que se denomina *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. Y finalmente se cuenta con la Propuesta de Texto Constitucional de las Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de mayo de 2007, que en tanto archivo del proceso constituyente permite revisar una de las propuestas más importantes de la sociedad civil organizada realizada a la Asamblea Constituyente.

En consecuencia, y al amparo del artículo 196, parágrafo II, de la Constitución vigente, que señala que, *en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto*; podemos analizar lo siguiente:

El Artículo 56 se consolida en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro en diciembre de 2007, es decir, que no fue modificado en los ajustes realizados por el H. Congreso de la República en octubre de 2008.

*Proyecto de Texto Constitucional Aprobado en Grande, en Detalle
y en Revisión en Oruro, diciembre de 2007*

Artículo 56

I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

III. Se garantiza el derecho a la sucesión hereditaria.

Fuente: Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Constitución Política del Estado. Aprobada en Grande, en Detalle y en Revisión.

El Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande en Chuquisaca presenta una redacción idéntica de los parágrafos I y II del artículo, es decir que este texto no señalaba la garantía de la sucesión hereditaria, la misma que fue introducida en Oruro.

*Proyecto de Texto Constitucional, Aprobado en Grande en Dept. Chuquisaca,
noviembre de 2007*

Artículo 56

I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

Fuente: Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Constitución Política del Estado. Aprobada en Grande.

Respecto a los informes de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) la redacción de los párrafos I y II del Artículo 56 encuentra sus antecedentes en el Informe por Mayoría, en tanto el párrafo III dedicado a la garantía de la sucesión hereditaria encuentra sus antecedentes en el Informe por minoría.

Informes de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías)

Informe por Mayoría

Art. 8

Toda persona tiene los siguientes derechos:

[...]

p) A la propiedad privada, individual y colectiva. Nadie puede ser privado del ejercicio de éste derecho; excepto, por utilidad pública o de seguridad nacional, declarada por ley, previo el pago de una indemnización justa.

Fuente: Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, Tomo III, Volumen 1, pág. 345

Art. 33 (GARANTÍAS DE LA PROPIEDAD)

I. Se garantiza la propiedad privada individual o colectiva, siempre que el uso que se haga de la misma no sea perjudicial al interés social.

II. Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, suelo ni subsuelo, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder la propiedad adquirida, en beneficio del Estado, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

III. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa.

[...]

Fuente: Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, Tomo III, Volumen 1, pág. 354

Informe por Minoría

Artículo

I. El derecho de propiedad y el derecho de herencia son inviolables, la única limitación para el derecho de propiedad es prestar un interés social. Puede ser ejercido en forma individual o colectiva.

II. La ley establece el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar, disponer de ella, así como las limitaciones y obligaciones que deriven de su posesión.

III. Nadie puede ser privado o privada de sus bienes sino por causa de necesidad pública o de seguridad nacional, declarada por ley, disposición departamental o municipal y previo pago de justa indemnización, conforme a ley.

IV. Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, suelo ni subsuelo, directa o indirectamente.

Individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

Fuente: Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, Tomo III, Volumen 1, pág. 400

Es posible encontrar los antecedentes del derecho a la propiedad en la Propuesta de Texto Constitucional presentado por las organizaciones del Pacto de Unidad. Esta propuesta consignaba el derecho a la propiedad individual, colectiva y comunitaria, y a la vez presentaba no sólo la función social de la propiedad sino también una función ecológica o ambiental de la propiedad.

Propuesta de Texto Constitucional de las Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad, mayo de 2007

Artículo 29

Se respeta y garantiza el derecho de propiedad individual, colectiva y comunitaria; su ejercicio deberá asegurar en todos los casos el cumplimiento de su función social y su compatibilidad con el respeto a un desarrollo sustentable, equitativo y en armonía con el medio ambiente y la equidad de género.

Fuente: Acta de Acuerdo de las Organizaciones del Pacto de Unidad, Constitución Política del Estado Boliviano.

g) La jurisprudencia sobre la propiedad

La *jurisprudencia* es entendida como el conjunto de decisiones y sentencias de los máximos tribunales de justicia. Por medio de estas decisiones y sentencias, estos tribunales interpretan y complementan el Derecho con la doctrina, colman las llamadas lagunas jurídicas, interpretan las normas a los casos concretos y realizan juicios de ponderación, generando razonamientos vinculantes para otros jueces y órganos de poder del Estado.

La jurisprudencia se relaciona con la llamada creación judicial del Derecho, que supone que los tribunales, como el Tribunal Constitucional Plurinacional, fundan en parte sus sentencias en lo establecido en las disposiciones constitucionales pero también en criterios normativos creados por el mismo tribunal, lo cual lo convierte en una especie de *legislador positivo*

Para comprender la fuerza vinculante de la jurisprudencia debemos analizar los elementos básicos de una sentencia constitucional, que son tres: *La ratio decidendi*, *la obiter dicta* y *el decisum*. Como son términos en latín podemos traducirlos a *la razón para la decisión*, *lo dicho sea de paso* y *la decisión*. Su origen se encuentra en la doctrina del Derecho anglosajón denominado *stare decisis et non quieta movere* que se traduce como *estar a lo decidido y no mover lo ya establecido*, lógicamente, se refiere a estar a lo decidido por los tribunales como el tribunal constitucional, es decir, a los criterios, razonamientos e interpretaciones que emiten los tribunales para resolver casos concretos, los cuales constituyen jurisprudencia constitucional de obligatoria observancia por todos, en particular por los órganos de poder del Estado a momento de aplicar la Constitución.

La *ratio decidendi* está directamente relacionada con el *decisum*, pues se trata de las razones explicadas en detalle que llevan a tomar la decisión, en éstas se encuentran las reglas y razonamientos aplicados por el tribunal y son considerados por la doctrina constitucional como fuente primaria de Derecho para casos posteriores, pues se trata del principio que los tribunales deben honrar sus decisiones previas como precedente vinculante (*stare decís*). Se los identifica a partir de la decisión, pues son los argumentos indispensables e insustituibles que llevan al *decisum*. Otra consideración poseen los llamados *obiter dicta* –plural de *obiter dictum*– que son los razonamientos y afirmaciones que no forman parte del proceso de formación interna de la decisión. Se los llama también argumentos doctrinales *ex abundantia o ad pompam vel ostentationem*, es decir, dichos para pompa y ostentación, pero que no se relacionan con el caso en cuestión. Generalmente se los identifica porque no constituyen la *ratio decidendi*, es decir, son cosas dichas de paso o de manera gratuita o incidentalmente y que no se relacionan con el asunto jurídico que se está resolviendo y por ello no poseen relación directa con la decisión. No son estrictamente relevantes para la resolución del caso, siendo posible su omisión pues no le restan fuerza persuasiva a la sentencia. Los *obiter dicta* no son vinculantes para casos posteriores pero si revelan las intenciones del juzgador que, si se dan determinadas situaciones, estos argumentos y razonamientos podrían, o no, ser tomados en consideración, pero que como no lo son en el caso presente, son solo cosas dichas de paso.

La Constitución Política del Estado boliviano en su artículo 203 señala que *las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno*. La vinculatoriedad establecida, según la doctrina constitucional se refiere a la *ratio decidendi* y en particular al *decisum*. Esta es la fuente positiva que otorga a la jurisprudencia constitucional vinculatoriedad y validez como fuente de Derecho, y la que eleva a la doctrina, mencionada anteriormente, a doctrina jurisprudencial que se constituye en fuente directa del Derecho.

Respecto al derecho a la propiedad, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha llegado caracterizar los elementos esenciales de este derecho, detallando el derecho de uso, de goce, de disfrute como sustento axiológico (de valor constitucional) basado en los valores de libertad, igualdad, solidaridad y justicia, es decir, en una comprensión social del Derecho a la propiedad (Yañez Cortes, 2024). Asimismo, ha recalcado que el derecho de propiedad está condicionado a que el mismo “cumpla una función social” y es en virtud de esta condición que el derecho a la propiedad puede ser limitado. Asimismo, ha definido que la acción dispuesta para su protección es el amparo constitucional.

En el ámbito interno, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0121/2012 de 2 de mayo, identifica los elementos del contenido esencial del derecho de propiedad, cuales son: 1) El derecho de uso; 2) El derecho de goce; 3) El derecho de disfrute. De acuerdo a la misma Sentencia, estos tres elementos tienen un sustento axiológico que refuerza dicho contenido esencial, basado en los valores libertad, igualdad, solidaridad y justicia, y que este núcleo esencial del derecho a la propiedad genera obligaciones negativas tanto para el Estado como para los particulares, se traducen en:

i) Prohibición de privación arbitraria de propiedad; y, ii) Prohibición de limitación arbitraria de propiedad.

Fuente: Sentencia Constitucional SCP 0024/2018-S2

Por mandato del art. 56 de la CPE, toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social; así, la SC 0448/2010-R de 28 de junio, señaló que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social”. La propiedad privada está garantizada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo (art. 56.II de la CPE); mientras que la expropiación se impone por causa de necesidad o utilidad pública, calificada conforme a ley y previa indemnización justa (art. 57 de la CPE)”. En armonía con el precepto indicado supra, el art. 57 constitucional, determina que la propiedad privada sólo puede ser afectada por medio de una expropiación por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa; es decir, que en un Estado de Derecho sólo es posible afectar la propiedad privada en dos casos: i) Cuando el Estado considere necesario destinarla al uso de interés público; y, ii) Si la propiedad privada no cumple una función social, calificada mediante una ley y previo el pago del justo precio; de donde se infiere que cualquier otra forma de atentar contra la propiedad privada que no esté prevista en una ley, vulnera ese derecho y abre la jurisdicción constitucional por medio del recurso de amparo constitucional que otorga la tutela inmediata frente a vías de hecho que atentan el mismo.

Fuente: Sentencia Constitucional SCP 1050/2016-S2

Resulta interesante que las sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional constituyan lo que se denomina jurisprudencia, es decir, la previsión o conocimiento (*prudencia*) del Derecho (*juris*) y desarrollen el derecho a la propiedad en consonancia con lo establecido en la Constitución Política del Estado y con su regulación en materia civil, detallando el derecho de uso, de goce, de disfrute como sustento axiológico (de valor constitucional) basado en los valores de libertad, igualdad, solidaridad y justicia, propios del constitucionalismo, es decir, en una comprensión social del derecho a la propiedad en los márgenes de un Estado social de Derecho. Lo mismo respecto a las reflexiones que se realizan respecto a la función social de la propiedad.

4. CONCLUSIONES

El Estado moderno nace con una finalidad: proteger jurídicamente la propiedad privada hasta configurarlo como un derecho (una pretensión válida jurídicamente), garantizar este derecho y generar todo un concierto de instituciones para protegerlo. A este fenómeno se lo denomina “República de propietarios”, y no es otra que la base e inspiración del denominado Derecho Constitucional liberal.

En la tradición republicana del Derecho Constitucional norteamericano (que incluye a Jefferson, al partido *Tierra Libre*, al partido republicano de Lincoln y a los republicanos demócratas que continúan con la influencia inglesa del Commonwealth) se señala que para ser un verdadero ciudadano en una democracia, y para participar en el proceso democrático, se necesita una cierta independencia básica:

La independencia económica. Si se pretende que el ciudadano sea capaz deliberar sobre el bien común, sobre la *res pública*, la cosa pública (de ahí la palabra republicanismo) éste debe ser propietario. Conforme a esta tradición, el problema de los pobres consistiría en que ellos carecerían de una voluntad propia. Se puede reconocerles el derecho al voto, pero ellos van a enajenarlo, dice esta tradición.

Antonio Negri y Michael Hardt (2011) en su conocido libro "Commonwealth", hacen referencia al pensamiento de los liberales de la revolución francesa, como Sieyes, y nos recuerdan que los no propietarios son la muchedumbre cuasi animal y sin moralidad. Un claro manifiesto de no humanidad por no compartir los ideales liberales de propiedad.

El constitucionalismo de los propietarios resaltó el carácter central de la propiedad para el establecimiento del Estado. Ya Marx señalaba que

Sólo en la medida en que el hombre se relaciona de buen principio como propietario con la naturaleza -que es la primera fuente de todos los medios y los objetos del trabajo-, sólo en la medida en que la trata como cosa suya, será el trabajo fuente de valores de uso, es decir, de riqueza. (...) el hombre que no posea otra propiedad que su propia fuerza de trabajo, en cualesquiera situaciones sociales y culturales, tiene que ser el esclavo de los otros hombres, de los que se han hecho con la propiedad de las condiciones objetivas del trabajo. Sólo puede trabajar con el permiso de éstos, es decir: sólo puede vivir con su permiso (Marx, 2012:210).

El constitucionalismo de los propietarios empezó a ser cuestionado por la tradición social que, sin deshacerse de la idea de propiedad, como lo hubiera querido cierto anarquismo, buscó alternativas como el juego jurídico de diferenciar el derecho real a la propiedad del derecho a acceder a la propiedad garantizada a todo ser humano, hasta concebir a la propiedad como un derecho social. En todo este entramado jurídico social se empezó a reconocer el derecho al voto universal, abandonando la matriz propietario-ciudadano. Si bien este tema excede al tratamiento de este ensayo, se puede decir que el poder que da la propiedad es también el poder de participación política, la exclusión de la mujer y del indígena en el reconocimiento de su derecho a la propiedad, también supuso su exclusión de la ciudadanía y del ejercicio de derechos políticos. En este sentido, el Derecho reflejaría las relaciones de poder de una época, más que la racionalización que se hubiera alcanzado como proyecto de modernidad que supone el Derecho positivo.

La Constitución boliviana vigente descentra, como lo vimos en el desarrollo de este texto, el derecho a la propiedad, de un fundamento individual a una extensión política social. En la hermenéutica de nuestra Constitución el derecho a la propiedad se encuentra en el *Capítulo Quinto* de la Primera Parte, dedicado a los derechos sociales y económicos, en consecuencia nos propone llevar a la propiedad a una reflexión, en la que podemos afirmar que la propiedad es una expresión de la libertad, pero de una libertad positiva en los márgenes de los derechos sociales y económicos, así también lo encontramos en los archivos del proceso constituyente como en la escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por otro lado, el Derecho privado, expresado en el Derecho civil, realiza un tratamiento de la propiedad como un conjunto de derechos sobre las cosas, es decir, sobre los bienes, entendido como uso, goce y disfrute, además de disposición de los bienes, generando de esta manera el tratamiento del derecho a la propiedad como un derecho real, pero condicionado al tratamiento constitucional de este derecho como un derecho constitucional fundamental. En el fondo, el derecho real supuso un reflejo del derecho fundamental, si este último excluía a mujeres y a indígenas, el Derecho privado también reflejaba esta exclusión, por ejemplo y como lo vimos en las cláusulas de limitación del ejercicio del derecho real a las mujeres en el Código Civil Santa Cruz de 1831. Sin embargo, el derecho real de la tradición civilista precisa de un mayor análisis como aparato práctico que posibilita las transacciones concretas de la propiedad privada y el desarrollo práctico del Derecho en la vida cotidiana de los seres humanos. En este breve ensayo solo hemos contrastado ambas tradiciones, la constitucionalista y la civilista, quedando pendiente un estudio más detallado de esta última, como factor central en la configuración del Estado, del Derecho y de la práctica jurídica actual, así como del impacto y efectos sociales que nacen del ejercicio de estos derechos en la vida cotidiana.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Argüello, Luis Rodolfo. 2000. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires: Astrea.
- Badeni, Gregorio. 2011. Tratado de Derecho Constitucional. Tomos I, II y III. Buenos Aires: La Ley.
- Barragan, Rossana (coord). 2001. Guía para la formulación y ejecución de Proyectos de Investigación. La Paz: PIEB.
- Cabanellas, Guillermo. 2003. Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV. Buenos Aires: Heliasta.
- Castel, Robert. 2003. Propiedad Privada, Propiedad social, Propiedad de sí mismo. Buenos Aires - Argentina: Homo Sapiens.
- Courtis, Christian (Ed.). 2006. Observar la ley. Ensayos sobre metodología jurídica. Madrid: Trotta.
- Duguít, Leon. 1975. Las transformaciones del derecho. Buenos Aires: Heliasta.
- Escobar Fornos, Ivan. 2001. Los derechos humanos y el control del poder privado. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta.
- Foucault, Michel. 2000. Defender la sociedad. Buenos Aires: FCE.
- Gargarella, Roberto (Compilador). 1999. Derecho y grupos desaventajados. Barcelona: Gedisa.
- Hardt, Michael; Negri, Antonio. 2011. Commonwealth. El proyecto de una revolución del común. Madrid: Akal.
- Herrera Añez, William. 2006. Constitución Económica Boliviana. En Revista Boliviana de Derecho, numero 1, Santa Cruz: Iuris Tantum.

- Locke, John. 1986. Pensamientos sobre la educación. Madrid: Akal.
- Locke, John. 2008. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Madrid: Alianza.
- Marx, Karl. 2018. El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte. Madrid: Alianza.
- Marx, Karl. 2012. Escritos sobre materialismo histórico. Madrid: Alianza.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. 2010. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis.
- Merryman John Henry, 2003. La tradición jurídica romano canónica, México: FCE
- Morales Guillén, Carlos. 1982. Código Civil. Concordado y anotado. La Paz: Gisbert y Cia.
- Pipes, Richard. 2002. Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de La historia. Madrid: Turner y Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, John. 2004. La justicia como equidad. Una reformulación. Buenos Aires: Paidós.
- Sen, Amartya. 2003. La libertad individual como compromiso social. La Paz: Plural.
- Valencia, Alipio. 1998. Apuntes de Derecho Constitucional. La Paz: Juventud.
- Vicepresidencia del Estado. 2010. Enciclopedia Histórica Documental. Tomo III. Volumen 1. La Paz: Vicepresidencia del Estado.
- Yañez Cortes, Arturo. 2024. Ratio Decidendi II. Jurisprudenciología. Sucre: Imprenta prográfica SRL.

Archivos del proceso constituyente

- Textos constitucionales de Bolivia 1826 – 2009.
- Archivos, actas y resoluciones del constituyente, 21 comisiones, en Vicepresidencia del Estado. 2010. Enciclopedia Histórica Documental. Tomo III. Volumen 1. La Paz: Vicepresidencia del Estado.
- Acta de Acuerdo de las Organizaciones del Pacto de Unidad, Constitución Política Del Estado Boliviano de mayo de 2007.
- Informes de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) de la Asamblea Constituyente.
- Proyecto de Texto Constitucional ajustado en el H. Congreso Nacional, octubre de 2008, Ley 3942 de 21 de Octubre de 2008.
- Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Constitución Política del Estado. Aprobada en Grande de noviembre de 2007.
- Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Nueva Constitución Política del Estado. Versión Oficial, Aprobada en Grande, en Detalle y en Revisión de diciembre de 2007.