

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Facultad de Derecho

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO

**EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL
DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU GARANTÍA EN
COLOMBIA.**

*Análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad
privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español.*

**Tesis presentada para obtener el grado de
Doctor realizada bajo la dirección del Profesor
Dr. D. ALFREDO GALLEGO ANABITARTE**

**Madrid, España
2010**

“El primer individuo al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir «Esto es mío» y encontró a gentes lo bastante simples como para hacerle caso, fue el verdadero fundador de la Sociedad Civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no le hubiera ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o cegando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que las frutas a todos pertenecen y que la tierra no es de nadie...»”.

J. J. ROUSSEAUⁱ

“El derecho de propiedad es particular: la mayoría lo tienen, todos lo ambicionan, y sin embargo en todas partes provoca enfrentamientos”.

W. LEISNERⁱⁱ

ⁱ ROSSEAU, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Ediciones Península, 1976, p. 71.

ⁱⁱ LEISNER, Walter. “Eigentum”, en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof), Tomo VI (Freiheitsrechte), 2 Ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2001, p. 1024. La cita textual es la siguiente: “Eigentum ist ein eigentümliches Recht: Die meisten haben es, alle streben danach – und doch steht es überall im Streit”.

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN.....	10
Capítulo Primero: La constitucionalización de la propiedad privada.....	11
A. La regulación constitucional de la propiedad privada: ¿un nuevo viejo tópico?.....	12
1. La codificación como orden fundamental de la propiedad privada.....	12
2. El tenue papel de la Constitución en la protección y regulación del derecho en el constitucionalismo liberal.....	15
B. El constitucionalismo social de inicios del siglo XX y la ruptura de la visión liberal del dominio.....	17
1. La Constitución de México de 1917.....	17
2. La Constitución de Weimar de 1919.....	21
C. La autonomía conceptual de la propiedad privada en la Constitución.....	26
1. La constitucionalización del Derecho como marco para la articulación de un concepto constitucional de propiedad privada.....	27
2. Incidencia de la constitucionalización del Derecho en la articulación de la noción constitucional de la propiedad privada.....	31
D. Las dificultades para la articulación de la garantía general de la propiedad privada en la Constitución y la determinación del concepto constitucional de este derecho.....	36
1. Barreras materiales para la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	36
2. Barreras metodológicas para la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	42
3. Barreras hermenéuticas la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	48
E. Implicaciones de la construcción de un concepto de propiedad según la Constitución y no según el Código Civil.....	51

1. Implicaciones para la estructura del derecho.....	52
2. Implicaciones para el fundamento del derecho.....	54
3. Implicaciones para el sentido y la finalidad del derecho.....	58
4. Implicaciones para el objeto del derecho.....	61
5. Implicaciones para el significado y el contenido del derecho.....	65
6. Implicaciones para la regulación del derecho.....	71
F. El significado de la propiedad privada a la luz del sistema constitucional en que se encuentra insertada.....	75
1. La propiedad privada en el Estado social de Derecho.....	75
2. La propiedad privada en el contexto de la Constitución económica.....	82
3. La propiedad privada en el Estado democrático.....	89
4. Propiedad privada y libertad.....	97
5. Propiedad privada e igualdad.....	104

Capítulo Segundo: La configuración de la propiedad como derecho en la Constitución..... 114

A. La dimensión subjetiva del derecho de propiedad.....	116
1. La propiedad privada como derecho de defensa.....	118
2. La propiedad privada como derecho prestacional.....	143
B. La dimensión objetiva del derecho de propiedad.....	168
1. La propiedad como norma de Derecho objetivo.....	171
2. Consecuencias del carácter objetivo del derecho de propiedad....	180
C. El contenido esencial del derecho de propiedad.....	191
1. La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho alemán.....	193
2. El debate sobre el contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho español.....	197
3. El contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho colombiano.....	217
D. Tipología de los derechos de propiedad en el texto constitucional....	229
1. Las exigencias metodológicas de un concepto constitucional de propiedad <i>lato sensu</i>	229
2. Los tipos de propiedad constitucional.....	236
E. La reserva de ley y el derecho de propiedad.....	241
1. Aspectos generales.....	241
2. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales.....	242
3. La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales.....	245
4. La reserva de ley ordinaria y el derecho de propiedad.....	249
5. La colaboración normativa entre la ley, el reglamento y otras fuentes en el ámbito de la reserva legal del derecho de propiedad.....	253

Capítulo Tercero: El objeto de la propiedad privada en la Constitución.....	260
A. Delimitación material del objeto de la propiedad privada.....	261
1. Aspectos generales.....	261
2. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial.....	275
3. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial.....	283
B. Delimitación jurídica del objeto de la propiedad privada.....	340
1. Las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial legítimamente adquiridas.....	340
2. Los contratos de estabilidad jurídica: ¿derechos de propiedad sobre un determinado régimen jurídico?.....	348
 SEGUNDA PARTE: LAS INTERVENCIONES ESTATALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN.....	 373
 Capítulo Cuarto: La delimitación de la propiedad privada en virtud de la función social.....	 374
A. Significado de la función social de la propiedad y de su proclamación constitucional.....	376
1. Aspectos preliminares de la función social del derecho.....	376
2. La idea de la función social de la propiedad en la Constitución....	385
B. La función social de la propiedad privada en el constitucionalismo colombiano del siglo XX.....	412
1. La reforma constitucional de 1936 y la introducción de la idea de función social de la propiedad.....	412
2. El alcance de la función social bajo el ordenamiento constitucional anterior a la Constitución de 1991.....	415
3. La función social de la propiedad en el marco del Estado social de Derecho instaurado por la Constitución de 1991.....	418
C. La desagregación de la función ecológica de la propiedad privada de la cláusula general de la función social y su sustantivación en el texto constitucional de 1991.....	419
1. La función ecológica de la propiedad como reconocimiento de la dimensión ambiental del derecho.....	419
2. Las implicaciones de la consagración de la función ecológica de la propiedad.....	425
D. La delimitación de la propiedad privada en virtud de su función social y ecológica como aspecto nuclear del régimen constitucional del derecho.....	443
1. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción de la función social y ecológica genéricamente atribuida al derecho por la Constitución.....	443
2. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción del	

contenido genéricamente atribuido por la Constitución al derecho.....	446
3. La delimitación de la propiedad privada como expresión de las garantías de conservación y uso del derecho.....	452
E. Efectos patrimoniales de la delimitación del derecho de propiedad...	457
1. La delimitación de la propiedad como forma de intervención estatal no compensada en el patrimonio de los ciudadanos.....	457
2. El debate sobre el carácter compensable de algunas delimitaciones.....	487
F. Límites a la potestad estatal de delimitación del derecho de propiedad.....	512
1. Límites que impone el artículo 58 CC a la delimitación del contenido de la propiedad privada por virtud de su función social.....	515
2. Propuesta en materia de control de constitucionalidad de las leyes delimitadoras del contenido de la propiedad.....	533
Capítulo Quinto: La expropiación.....	538
A. El concepto constitucional de expropiación.....	541
1. Algunos antecedentes del debate sobre el concepto constitucional de expropiación.....	541
2. El concepto constitucional de expropiación en Alemania.....	557
3. El concepto constitucional de expropiación en España.....	562
4. El concepto constitucional de expropiación en Colombia.....	570
B. Presupuestos constitucionales de validez de la expropiación.....	575
1. <i>Causa expropriandi</i>	576
2. Procedimiento expropriatorio.....	585
3. Indemnización expropriatoria.....	597
C. Tipos de expropiación en Colombia.....	616
1. Expropiación ordinaria.....	618
2. Expropiación extraordinaria.....	626
Capítulo Sexto: La extinción del dominio.....	640
A. El significado de la extinción del dominio dentro del sistema constitucional de la propiedad.....	642
1. Algunas referencias preliminares.....	642
2. Perfiles de la extinción del dominio en la Constitución.....	646
3. El concepto constitucional de extinción del dominio.....	654
B. Presupuestos constitucionales de validez de la extinción del dominio.....	655
1. Las condiciones del artículo 34 párr. 2 CC como base del régimen general de procedencia de la extinción del dominio.....	657
2. La <i>causa extinctionis</i>	661
3. El procedimiento de extinción del dominio.....	665

4. El pronunciamiento judicial que declare la extinción del dominio sobre un bien.....	674
C. Tipos de extinción del dominio en Colombia.....	678
1. Extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición de la propiedad.....	679
2. Extinción del dominio por ilegitimidad del ejercicio del derecho de propiedad.....	698
CONCLUSIONES.....	716
A. En relación con el concepto de propiedad privada constitucional y su objeto.....	716
B. En relación con los tipos de propiedad constitucionalmente amparados.....	720
C. En relación con la garantía del derecho y su sistema de protección...	723
D. En relación con el contenido esencial del derecho.....	728
E. En relación con las intervenciones estatales sobre la propiedad privada.....	732
1. En punto a la delimitación del derecho.....	734
2. En punto a la expropiación.....	738
3. En punto a la extinción del dominio.....	744
BIBLIOGRAFÍA.....	750
ÍNDICE.....	776

INTRODUCCIÓN

1. El artículo 58 de la Constitución Colombiana (en adelante CC) consagra la **garantía del derecho de propiedad privada** (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC)¹. Aun cuando no define en qué consiste esta garantía ni qué ha de entenderse en concreto por este derecho, aporta suficientes referencias para reconstruir su marco general e identificar los aspectos fundamentales de su régimen jurídico constitucional. Al tiempo que garantiza el derecho, la Constitución define a la función social y ecológica como rasgo esencial y componente estructural del mismo “que implica obligaciones” (artículo 58 párr. 2 CC). Igualmente proclama el carácter expropiable de toda propiedad y define las condiciones que debe observar obligatoriamente esta clase de actuaciones del poder público (artículo 58 párr. 4 CC). Asimismo, aunque prescribe que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (artículo 58 párr. 1 frase 1 *in fine*), reconoce que todo conflicto del interés particular con el interés general suscitado por la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social conlleva la forzosa cesión del primero respecto del segundo (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC). Finalmente, y a pesar de prohibir la pena de confiscación (artículo 34 párr. 1 CC), atribuye al Estado la potestad de declarar extinguido el derecho sin compensación cuando éste haya sido adquirido mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social y establece los presupuestos que deben atenderse para que proceda esta medida (artículo 34 párr. 2 CC)². En definitiva, un complejo juego de cautelas a favor de la tutela del derecho y de atribución concurrente de potestades públicas que habilitan una permanente y notoria injerencia del Estado en el derecho; una regulación, en suma, que formaliza la caracterización de la propiedad privada no sólo como *un ámbito privilegiado de intervención estatal, sino además como un derecho peculiar, que*

¹ **Artículo 58.-** (Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1999). 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 o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares 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. // El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

² **Artículo 34.-** Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. // No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

incluso *puede ser legítimamente tomado por los poderes públicos* si obran con apego a las previsiones constitucionales que disciplinan la materia.

2. Ahora bien, al margen de las múltiples transformaciones que implican y de las particularidades que imprimen a su régimen, es obvio que las numerosas e incisivas formas de incursión estatal en relación con la propiedad privada, sin parangón en la regulación de los demás derechos en la Constitución, no pueden trastocar la lógica ni la naturaleza jurídico-subjetiva de la misma. Que la propiedad privada no pueda reclamar para sí a día de hoy los atributos de derecho absoluto, inviolable y sagrado que le acompañaron durante el paréntesis que constituye el ideario liberal individualista dentro del pensamiento de occidente³, y que la Constitución haya previsto un amplio repertorio de prerrogativas públicas enderezadas a asegurar la realización del Estado social de Derecho, **no puede conducir a la negación de la condición de derecho fundamental que asiste a la propiedad ni a la disolución de la garantía que de la misma ha sancionado la Constitución.** Por ende, sin perjuicio de la peculiar configuración de su régimen y de los muchos condicionamientos a los que se encuentra sometida, la propiedad privada no puede dejar de ser vista como *un ámbito positivo de actuación conferida al particular para actuar y determinar libremente su existencia en el ámbito jurídico-patrimonial*⁴.

A pesar de esta circunstancia, tanto el reconocimiento de la función social y de los significativos poderes de intervención estatal sobre el derecho, como la negativa a admitir su amparo vía acción de tutela (artículo 86 CC) por parte de la jurisprudencia constitucional⁵ -situación que hasta hace poco derivó en la confusión del carácter *ius fundamental* del derecho con su falta de protección por este especial mecanismo de defensa⁶-, ha llevado a que se predique de la propiedad privada un pretendido carácter relativo que minusvalora su contenido subjetivo y alienta especulaciones y excesos dialécticos de todo tipo. Se ha afirmado así tanto que por virtud de la primera “el propietario no es un sujeto

³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *RAP*, No. 177, 2008, p. 167.

⁴ Sobre esta noción de derecho fundamental, que subraya tanto su contenido de libertad, como su carácter reaccional o defensivo, véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 52, nota a pie de página No. 20 y 75, nota a pie de página No. 27.

⁵ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-506 de 1992, FJ A. En sentido análogo, *Vid.* las sentencias T-284 de 1994, FJ 2; T-259 de 1996, sin número de fundamento jurídico (en adelante SNFJ); T-245 de 1997, SNFJ; T-413 de 1997, FJ 2; T-1000 de 2001, FJ 2.4.10; T-831 de 2004, SNFJ; T-1321 de 2005, FJ 3.

⁶ La jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional ha enmendado esta situación. Diferenciando correctamente lo relativo a la procedencia del especial mecanismo de protección de los derechos fundamentales (acción de tutela) previsto por la Constitución de lo concerniente a la naturaleza *ius fundamental* de los derechos incorporados en el texto constitucional, ha afirmado que “**todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución” (negrillas del texto). *Cfr.* la sentencia T-016 de 2007, FJ 10. En este mismo sentido, véase las sentencias T-585 de 2008, FJ 2.1 y T-168 de 2009, FJ 8.

privilegiado sino que pasa a convertirse en *un funcionario*, en alguien que debe administrar lo que posee en pro de la satisfacción de intereses colectivos”⁷ (cursivas fuera del texto); como que “[m]al podría afirmarse que un derecho relativizado por la prevalencia del interés colectivo y sometido a numerosas restricciones y límites, respecto del cual caben figuras como la expropiación (...), la extinción del dominio y las servidumbres, y que la propia Constitución cataloga como **función social** que implica obligaciones, tenga **per se** el carácter de fundamental, o que tal condición pueda predicarse de él en toda su amplitud, en todas sus modalidades, respecto de todo sujeto y en todas las épocas”⁸ (negrillas del texto). Aun cuando pretenden poner de relieve la trascendental vinculación social y ecológica del derecho (artículo 58 párr. 2 CC) son, como podrá apreciarse a lo largo de este trabajo, afirmaciones parciales, que no describen ni se ajustan cabalmente a la imagen que de la propiedad privada ha establecido la Constitución.

Que en consideración a su peculiar configuración jurídico constitucional la propiedad emerja como un derecho singular no quiere decir que no se trate de un derecho subjetivo -más aun, de un derecho subjetivo fundamental⁹-, y que como tal le sea inherente un contenido de libertad y de beneficio privado, lo mismo que el amparo de formas típicas de protección de posiciones jurídicas *ius fundamentales* como el contenido esencial. Su histórico reconocimiento tanto en la tradición nacional¹⁰ como comparada¹¹, el consenso unánime que despierta su trascendencia al interior del orden económico y social¹² y la propia reglamentación del mismo en la Constitución de 1991 permiten desvirtuar lo primero. El examen de la finalidad y función de su reconocimiento y garantía en el texto constitucional hacen posible corroborar lo segundo. Por último, un análisis detenido de la regulación constitucional de las distintas formas de intervención estatal sobre el derecho facilita la identificación de los distintos límites que enmarcan cada una de estas modalidades de actuación y demuestra la falta de fundamento de lo tercero: que un propietario pueda ser legítimamente despojado de su propiedad no significa que se esté ante un derecho cuyo contenido esencial opera en términos diferentes a los que se predicán de él en relación con la generalidad de los derechos. Como cualquier otro derecho

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-204 de 2001, FJ 17.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-413 de 1997, FJ 2.

⁹ *Vid.* el criterio amplio de *ius fundamentalidad* establecido recientemente por la Corte Constitucional en las sentencias T-016 de 2007, FJ 10; T-585 de 2008, FJ 2.1 o T-168 de 2009, FJ 8.

¹⁰ Ya sea en la forma de garantía expropiatoria (artículos 177 de la Constitución de 1821, 146 de la Constitución de 1830, 193 de la Constitución de 1832, 162 de la Constitución de 1843) o directamente proclamado como garantía expresa del derecho (artículos 5.3 de la Constitución de 1853, 56.3 de la Constitución de 1858, 15.5 de la Constitución de 1863 o 31 de la Constitución de 1886), el reconocimiento del derecho de propiedad ha estado presente en las diversas cartas constitucionales vigentes desde el comienzo de la tradición institucional de Colombia.

¹¹ *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Sobre la propiedad: Observaciones histórico-dogmáticas y actuales”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 225, 2006, pp. 123 y ss.

¹² *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-427 de 1998, FJ C 3. También las sentencias C-870 de 2003, FJ 5 y T-1086 de 2003, FJ 19.

fundamental, la propiedad privada posee también un núcleo irreductible e indisponible para el legislador que *delimita* su contenido. Pero a diferencia de los demás, este derecho puede ser *tomado* por razones de interés general a cambio de una indemnización (artículo 58 párr. 4 CC) o sencillamente desvirtuado por las autoridades tras acreditar que su adquisición comportó la transgresión de preceptos jurídicos y sociales fundamentales (artículo 34 párr. 2 CC). Cada una de estas intervenciones se rige por las reglas y parámetros que la Constitución ha especificado en cada caso –diferentes, por lo tanto, de las que enmarcan las actuaciones delimitadoras del derecho–, y su desconocimiento vicia la validez de la incursión realizada. De ahí que no resulte procedente confundir el carácter expropiable y extinguido de este derecho con la ausencia o singularidad de su contenido esencial. Se trata, como en cualquier otro caso, de *un límite que opera frente al legislador que regula el derecho; y no frente a intervenciones expropiatorias o extintivas, sometidas a otra clase de restricciones.*

3. Esta última diferenciación resulta determinante para comprender por qué la proclamación de la función social y ecológica de la propiedad y la formalización por la Constitución de distintas formas de actuación estatal sobre ella (delimitación de su contenido, expropiación y extinción del dominio) no pueden ser interpretadas como la refutación o la invalidación de la garantía del derecho. Todo lo contrario. Si bien es cierto que ellas pretenden subrayar el carácter no absoluto de este derecho y su permanente subordinación al interés general, también lo es que tales prerrogativas se encuentran igualmente supeditadas a una serie de límites cuyo cumplimiento resulta obligado. De no atenderse a ellos su ejercicio resulta inválido por atentar contra lo dispuesto por la Constitución. De este modo, como se evidenciará a lo largo de este trabajo, es justamente la referida proliferación de medidas de intervención en el ámbito del derecho lo que exige y justifica plenamente la garantía prevista por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Desmontada la propiedad de su “antiguo santuario”¹³ liberal, ésta no puede conllevar la intangibilidad ni la inviolabilidad del derecho; es preciso identificar y reconstruir su significado y sentido con arreglo a la realidad jurídico-positiva que le sirve de marco. Dado el particular contexto en el que se incrusta, *la garantía constitucional de la propiedad privada no puede más que apuntar a asegurar la plena operatividad de los diversos límites y presupuestos que la Constitución ha fijado a los poderes públicos en relación con cada una de las formas de intervención en la propiedad constitucionalmente previstas* en orden a tutelar el interés particular que subyace a todo derecho amparado por el artículo 58 CC. Si bien es cierto que la Constitución ha sido prolija en habilitar distintas y enérgicas fórmulas de injerencia sobre el derecho, también lo es que –con mayor o menor grado de detalle– ha señalado numerosos condicionamientos que restringen y racionalizan estas potestades y envuelven formas de protección del derecho. De ahí que **la garantía constitucional de la propiedad demande su identificación, tipificación y respeto.**

¹³ RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho*, Madrid, Civitas, 1986, p. 29.

Toda vez que presupone diferenciar técnicamente las distintas modalidades de incursión sobre el derecho autorizadas por la Constitución y caracterizar sustantivamente el régimen perteneciente a cada una de ellas, esta comprensión de la garantía de la propiedad se ajusta tanto a la dogmática de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de Derecho y a su exigencia de cobertura jurídico-constitucional a toda intervención en el ámbito de las posiciones *ius fundamentales*¹⁴, como a los requerimientos de reconocimiento y amparo de la propiedad privada y tutela del interés general en esta órbita. Al tiempo que dota de contenido la garantía del derecho, esta concepción viabiliza la operatividad de las distintas modalidades de injerencia estatal sobre el mismo y asegura la realización integral de las diversas disposiciones constitucionales que conforman el régimen de este derecho.

4. Ahora bien, puesto que el ámbito de aplicación de la garantía constitucional de la propiedad privada está determinado por el concepto constitucional que se tenga del derecho, el esclarecimiento de esta noción resulta imperativo. Que la Constitución no haya previsto un único mecanismo de garantía, sino que en su lugar haya optado por la introducción de un sistema flexible y plural de formas de protección, ideadas para ser efectivas en relación con cada una de las modalidades de intervención estatal que la Constitución autoriza realizar sobre el derecho, es solo un indicio de las particularidades del concepto constitucional de propiedad privada. Las transformaciones ocasionadas por el reconocimiento formal de su función social y ecológica, la previsión del referido elenco de potestades públicas de injerencia en este ámbito y el análisis de la finalidad y función que cumple este derecho en el orden constitucional permiten apreciar la necesidad de reconstruir su sentido directamente a partir de las disposiciones constitucionales que conforman su régimen. Estos cambios puntuales del orden constitucional de la propiedad privada, enmarcados e impulsados tanto por las grandes transformaciones sociales y económicas del último siglo, como por el paso a una Constitución material y normativa, empeñada en la instauración de un orden político, económico y social justo y la realización del Estado social de Derecho, se encuentran en la base de la superación de la noción de propiedad privada acuñada por el liberalismo burgués, formalizada en los textos de las codificaciones.

A diferencia de lo que ocurre con la codificación civil, la Constitución no ha adoptado una concepción unitaria y cerrada de este derecho. De ahí que, también en contraste con dicho estatuto, el texto constitucional no haya previsto un repertorio taxativo de medidas de protección del derecho. En consonancia con las necesidades actuales del orden económico y social la Constitución ha articulado un derecho que si bien no excluye la definición que de él aporta el Código Civil (artículo 669), no se reduce ni debe reconducirse únicamente a él. El derecho real

¹⁴ PIEROTH, Bodo y Bernhard SCHLINK. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 23 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 54. También ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 248 y ss.

de dominio es apenas una de sus manifestaciones concretas. La propiedad constitucional abarca un espectro mucho más dilatado y heterogéneo de posiciones jurídico-patrimoniales que su homóloga de la codificación. La plasticidad y amplitud de su contenido le llevan a amparar todo tipo de situaciones jurídico-patrimoniales que envuelven *un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente*.

Por un lado, al fundamentar una pretensión defensiva en cabeza de su titular en contra de las intervenciones constitucionalmente no justificadas por parte del Estado en su esfera de protección, esta concepción amplia del derecho de propiedad atiende las necesidades de tutela jurídica del sistema económico actual. Un sistema económico en el que la propiedad inmueble ha dejado de ser ya el principal referente y en el que a diario se implementan posiciones jurídico-patrimoniales merecedoras de una protección jurídica análoga a la que de ordinario se ha concedido a los bienes tradicionalmente amparados por este derecho (piénsese, p. ej., en las múltiples formas que pueden conocer hoy la propiedad financiera o mercantil, en los contenidos vertidos en internet o en el conocimiento y la información fruto de los desarrollos de la ciencia y la técnica, todos ellos difícilmente subsumibles bajo el concepto de propiedad derecho real de la codificación). Por otro, al habilitar la puesta en marcha de las distintas modalidades de injerencia estatal sobre su ámbito de cobertura, la noción ampliada de propiedad privada consulta los mayores requerimientos de tutela del interés general consustanciales a la proclamación de una Constitución material y normativa comprometida con la realización de un Estado social de Derecho. Hace posible, entonces, predicar la sujeción tanto a la función social y ecológica del derecho como a las potestades de expropiación y extinción del dominio de la entera realidad jurídico-patrimonial, al tiempo que asegura a los particulares que las distintas intervenciones que se lleven a cabo en este ámbito deberán atender los límites y presupuestos señalados para ello por la Constitución. De este modo, a la par que se formaliza el ensanchamiento de la órbita de injerencia estatal en este campo, su reconducción al campo de la propiedad constitucional permite racionalizar estas incursiones, incrementar y afianzar la protección patrimonial de los particulares y avanzar en la constitucionalización de todo este segmento del orden jurídico.

5. Así, más que la historia o la tradición jurídica, es el propio texto de la Constitución el que guía el análisis que se aborda en esta investigación. Su objetivo no es otro que desentrañar las claves fundamentales del régimen jurídico constitucional de la propiedad privada; trazar, si se quiere, una representación cartográfica o un plano general de esta fracción del orden constitucional, nuclear como es dentro del entero ordenamiento jurídico. Solo a partir de la reconstrucción de este sistema resulta posible conocer el significado, contenido y alcance jurídico constitucional de este “terrible derecho”¹⁵, lo mismo que de las

¹⁵ Vid. el expresivo título de la conocida obra del autor italiano S. RODOTÀ: “*El terrible derecho*”. Basta con echar un vistazo a la ingente bibliografía que de tiempo atrás y desde distintas disciplinas y orillas del pensamiento se ha venido ocupando de esta materia para corroborar el

también polémicas potestades de intervención estatal en este ámbito. Más que atender únicamente a la finalidad de aportar claridad analítico-conceptual a esta materia –cuestión que ALEXY califica con acierto como “condición elemental de racionalidad de toda ciencia”¹⁶ y a la que se espera efectuar alguna contribución en consideración a las muchas preguntas que suscita el régimen constitucional de este derecho y las pocas respuestas claras y coherentes que se encuentran-, el estudio que aquí se emprende procura atender asimismo una necesidad que por teórica no deja de producir innegables implicaciones prácticas: sólo en la medida en que se tenga claridad dogmática sobre el esquema jurídico constitucional de la propiedad privada puede aspirarse a que las reglas y el modelo ideado por la Constitución en este punto sean llevados al terreno sin abusos, carencias o estropicios injustificados. De lo contrario numerosos factores impedirán su cabal desarrollo y trasposición a los hechos. La ostensible indeterminación constitucional que predomina entre las cláusulas que integran esta constelación, la permanente tensión que resulta del continuo entrecruzamiento de intervención estatal y fórmulas de protección del derecho y la perturbadora conservación inercial de numerosas concepciones y regulaciones pre-constitucionales dificultan realizar esta tarea desde una perspectiva meramente positiva o descriptiva de la realidad jurídica *tal cual es*. De ahí que en ocasiones haya resultado obligado asumir posturas normativas o realizar intentos de reconstrucción del sistema *tal cual debería ser*.

La preocupación por imprimir consistencia técnica a esta labor ha hecho imperativo, en lo formal, emplear herramientas metodológicas probadas y, en lo material, definir vértices desde los cuáles orientar y fundamentar la entera investigación. Desde una perspectiva metodológica, el uso de instrumentos heurísticos como el *concepto* y los *tipos* de propiedad constitucional facilitaron la delimitación y la ordenación sistemática de una materia vasta y heterogénea como ésta. Desde un ángulo dogmático, la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional y el reconocimiento de la garantía del derecho y de la función social y ecológica del mismo como focos desde los cuales debe efectuarse cualquier aproximación a este material normativo se erigieron en faros que además de señalar el rumbo a seguir cohesionan internamente este trabajo.

6. Con el fin de llevar a cabo este análisis, el estudio ha sido dividido en dos grandes partes: la primera, dedicada a examinar la propiedad privada como

carácter dialéctico y controversial de la propiedad privada en tanto derecho e institución. Voces tan diversas y autorizadas como la PLATON, ARISTÓTELES, AGUSTIN DE HIPONA, TOMAS DE AQUINO, DOMINGO DE SOTO, HOBBS, LOCKE, KANT, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, MADISON, HEGEL, SAVIGNY, MARX, ENGELS, PROUDHON, GIERKE, IHERING, DUGUIT, HAYEK y BOBBIO, entre otros muchos, han tomado parte en este debate, defendiendo posturas diversas en torno a su naturaleza, necesidad, función y conveniencia para la sociedad. Un interesante análisis de la evolución de la idea de propiedad desde la antigüedad clásica hasta el siglo XX, enfocado a partir de la óptica de la historia política, en PIPES, Richard. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 25 y ss.

¹⁶ ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, p. 22.

derecho subjetivo consagrado por la Constitución, consta de tres capítulos: el primero, relativo a las implicaciones de la constitucionalización de esta materia, explora las razones por las cuales es preciso abordar este estudio desde una perspectiva estrictamente constitucional y sienta las bases para una comprensión jurídico-constitucional sustantiva de este derecho. El Capítulo Segundo se ocupa de esclarecer los efectos de que la Constitución haya consagrado a la propiedad privada como derecho, aun a pesar de haberle configurado como un ámbito privilegiado de intervención estatal. Por último, el Capítulo Tercero está dedicado al análisis del objeto de la propiedad privada constitucional. Al hacer patentes las razones que justifican y demandan el distanciamiento de la concepción jurídico-civil del dominio, este punto permite, como ningún otro, la reivindicación y el afianzamiento de la autonomía conceptual de este derecho en la Constitución. Una vez perfilado el derecho, en la segunda parte del trabajo se acomete el estudio de las intervenciones estatales constitucionalmente autorizadas sobre la propiedad privada. Con el ánimo de identificar y reconstruir los regímenes definidos por la Constitución en relación con cada una de ellas, la segunda parte ha sido igualmente subdividida en tres capítulos. Así, en el Capítulo Cuarto se analizan las intervenciones delimitadoras del contenido del derecho; en el Quinto la expropiación y en el Sexto la extinción del dominio. De este modo, además de esclarecer los aspectos centrales de cada una de ellas (significado, finalidad, función, efectos jurídico-patrimoniales, etc.) se identifican los límites o los presupuestos fundamentales a los que la Constitución ha supeditado su ejercicio. Como ya ha sido mencionado, en su reconocimiento y operatividad se cifra la efectividad de la garantía constitucional del derecho.

7. Finalmente, deseo cerrar esta introducción expresando mi gratitud con dos instituciones sin cuyo apoyo esta investigación no habría sido posible: la Universidad Externado de Colombia, de la que he sido docente-investigador desde culminar mis estudios de licenciatura en 2001; y la Fundación Carolina, de la que he sido becario doctoral desde octubre de 2005. Gracias a su generoso apoyo he podido adelantar el programa de doctorado en Derecho del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio que culmina con esta tesis. Una beca de investigación del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y la cálida acogida del Profesor MARTIN IBLER en su cátedra de Derecho del Estado me brindaron la oportunidad de adelantar una decisiva y fructífera estancia de un semestre en la Universidad de Constanza en Alemania. A largo de estos años el Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid me ha abierto sus puertas y me ha permitido ser parte de una unidad académica plural, laboriosa y dinámica. Aun cuando pude gozar del apoyo y la disposición al debate de todos sus miembros, con su permanente aliento y lectura de borradores, comentarios y sugerencias EDUARDO MELERO ALONSO y JORGE AGUDO GONZÁLEZ prestaron una valiosa ayuda a la primera parte de este trabajo. Debido a la huella que deja y al hondo privilegio que ha representado para mí cerrar esta fase de formación bajo la guía y el ejemplo de ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, director de esta investigación, en este periodo he contraído con él una deuda de gratitud impagable. El calado

de sus enseñanzas no se refleja en este trabajo. No menos significativa es la impronta dejada en mí por el magisterio de FERNANDO HINESTROSA, rector y profesor de la Universidad Externado de Colombia. Su ejemplo, aliento y confianza permanentes han sido también resortes decisivos para la realización de esta investigación, como también lo fue LUÍS VILLAR BORDA (QEPD). Desde la distancia, mis compañeros de los Departamentos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo del Externado de Colombia han sido igualmente soportes muy valiosos a lo largo de estos años. Mis padres, Gabriel, Camilo, Marcela, Enrique, Martina, Adriana, Emanuela, Rocio, Claudia, Andrea, Flora, Julian, José Guillermo, Larissa, Wolfram, Jairo y Ricardo, en y desde diferentes partes del globo, han sido cómplices de este trabajo y el mejor sustento afectivo con el que se puede contar. El listado es sin duda incompleto; pero no puedo menos que expresar a todos mi afectuoso reconocimiento y mi infinita gratitud.

PRIMERA PARTE:

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN

“Un pueblo contrario a la institución de la propiedad privada carece del primer elemento de la libertad”.

Lord ACTON¹⁷.

¹⁷ DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *The History of Freedom and other Essays*, New York, Cosimo Classics, 2005, p. 297. El texto de la cita es el siguiente: “A people averse to the institution of property is without the first element of freedom”.

Capítulo Primero:

La constitucionalización de la propiedad privada

“Lo que el hombre pierde con el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”.

J. J. ROUSSEAU¹⁸

1. Afirmar que el derecho de propiedad hoy en día no significa lo mismo que en otras épocas es un tópico. Muchos son los factores que han incidido en la transformación de esta idea desde que en el Derecho medio BARTOLO definiera por primera vez el dominio como *ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat*, esto es, como el derecho de disponer perfectamente sobre las cosas corporales sin que la ley lo prohíba¹⁹. De todos ellos uno resulta de especial interés para este estudio: la irrupción de las cartas constitucionales dentro del juego del ordenamiento jurídico y el progresivo abandono y superación de la noción de propiedad privada acuñada por el liberalismo burgués, formalizada en los textos de las codificaciones. La pérdida de la superioridad antes reconocida a los preceptos de la codificación y su consecuente subordinación a los mandatos y contenidos de las disposiciones constitucionales tuvo como consecuencia, entre otras, que ésta, de ser una cuestión invariablemente vinculada a la regulación del Código Civil, emblemática y representativa del espíritu que informó sus páginas, pasó a contar con otro referente. A pesar de no representar una ruptura tajante frente a la tradición precedente, el texto constitucional y sus disposiciones sobre la propiedad privada han incorporado nuevos elementos que, apalancados en la supremacía normativa de la Constitución, han acabado por convertirse en el nuevo foco y la nueva base de una figura cuya regulación y sentido parecían ya suficientemente decantados.

2. Además del notable vuelco en el enfoque metodológico que presupone este cambio de perspectiva, sus implicaciones sustanciales resultan igualmente significativas. Supone no solamente abandonar una concepción cerrada y concreta de este derecho, caracterizada por sus notas de unitario, elástico, ilimitado, exclusivo, unívoco y perpetuo, que representa el más amplio dominio que se pueda tener sobre las cosas²⁰, para abrazar una idea más amplia y acorde con la textura abierta de las disposiciones constitucionales. *Una nueva visión de la propiedad que al tiempo que reconoce el derecho lo enmarca en el contexto del Estado*

¹⁸ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*, 3ª Edición, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 19-20.

¹⁹ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Op. Cit.*, p. 125.

²⁰ MONTÉS, Vicente. *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 67 y ss.

social, le conecta con los intereses de la colectividad y lo abre a una habitual e intensa intervención pública; siempre bajo la salvaguarda de una garantía que asegura a los individuos que su derecho no podrá ser ultrajado ni dejar de ser tal. No se trata, pues, únicamente, de que el moderno constitucionalismo haya incorporado el componente de la función social como una pieza estructural de su régimen con la subsecuente desacralización del derecho “inviolable y sagrado” del liberalismo clásico. Igual de importante resulta la armonización de este nuevo elemento y de las numerosas formas de intervención en su ámbito protegido con la garantía de la propiedad constitucionalmente sancionada. Directamente relacionada con su proclamación como derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC), exige que a pesar de su incuestionable subordinación e instrumentalización a los fines de interés general por obra de la cláusula de la función social, la propiedad siga representando un ámbito en el cual y a partir del cual sea posible la libre y responsable autoconfiguración de la existencia individual, capaz de rechazar las incursiones anticonstitucionales que se efectúen en él.

3. En el presente capítulo se analizarán las implicaciones fundamentales de la constitucionalización de la propiedad privada. Sólo en la medida que se pueda determinar el significado de este derecho para el texto constitucional podrá intentarse una aproximación a los distintos elementos que integran su régimen (función social, garantía del derecho, formas de intervención como la expropiación o la extinción del dominio, etc.) y aprehenderse la esencia de su garantía. Para ello, además de establecer y esclarecer las razones por las cuales es preciso abordar este estudio desde una perspectiva estrictamente constitucional, se impone examinar (y construir) la sustantividad de la regulación que de este derecho contiene la Constitución. La historia del reciente constitucionalismo de occidente, la lógica normativa del texto constitucional y sus exigencias de reivindicación de una autonomía conceptual, reforzada por la particular sistemática articulada en torno suyo, brindan valiosos elementos de juicio que permiten realizar este análisis. Con el ánimo de brindar un marco conceptual adecuado para la reflexión que se emprenderá en los capítulos sucesivos sobre los distintos componentes del régimen constitucional de la propiedad, a continuación se abordará cada uno de estos puntos.

A. La regulación constitucional del derecho de propiedad privada: ¿Un nuevo viejo tópico?

1. La codificación como orden fundamental de la propiedad privada.

4. Pese a su recurrente figuración en las cartas de derechos de las constituciones decimonónicas, no fue en estos textos donde el derecho de propiedad privada encontró las bases para la construcción de su régimen en el siglo XIX. La escasa eficacia jurídica que hasta entrado el siglo XX les caracterizó en el ámbito continental²¹, lo mismo que la parquedad y generalidad de las fórmulas que

²¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2006, pp. 347 y ss. El contrapunto de esta postura es expuesto por

consagraban este derecho –y hacían indispensable la intermediación del legislador-, pueden ser vistos como los responsables del limitado papel otorgado a las disposiciones constitucionales dentro de la estructuración global del régimen jurídico de la propiedad dentro del denominado Estado liberal de Derecho. La ausencia explícita de una regulación constitucional sustantiva en punto a los aspectos centrales del sistema económico suponía, de un lado, en general, la tácita remisión al modelo de libre mercado preconizado en la época²²; y de otro, en particular, la decisión de descargar en hombros del legislador la definición del régimen de la propiedad inherente al modelo económico (implícitamente) consagrado. La idea de separación estricta entre Estado y sociedad, favorable a una delimitación tajante de los ámbitos del Derecho Público y del Derecho Privado, hacía de la codificación el escenario ideal para la realización de esta tarea²³.

5. Además de ser reflejo de la mentalidad política de la época (empeñada en asegurar la libertad de los individuos y la autonomía de la sociedad frente al Estado), la idea de remitir este asunto al legislador encajaba también dentro de la lógica jurídica entonces imperante y del papel meramente limitativo que a la sazón se otorgaba a las constituciones²⁴: toda vez que se concibe al Estado como garante de las libertades individuales (en su sentido clásico), corresponde a la Constitución fijar los límites a la acción estatal que aseguren que ésta no obstruirá ni amenazará la realización de dicho fin. La definición de límites y restricciones a las actuaciones del Estado de cara a precaver sus abusos supondrá así la principal garantía de los derechos de los ciudadanos. A mayores y más claras limitaciones, mayor y más efectiva será la libertad de los individuos y más efectivo será el

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª Edición, Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2006, pp. 61 y ss., quien defiende el pretendido carácter *más político que jurídico* de las constituciones decimonónicas.

²² ARAGÓN REYES, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 4.

²³ La exposición de motivos del Proyecto de Código Civil Español de 1836 ofrece una gráfica representación de esta situación: a diferencia de lo debatido en el proyecto de 1821, cuya Comisión propuso englobar bajo este estatuto asuntos tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, la comisión de 1836 afirma la necesidad de dejar las materias de la Administración Pública para otro código que, dice, será preciso expedir con el título de “Código del Derecho público interior de España”. La razón: la necesidad de distinguir la libertad individual y su esfera, el Derecho Privado, de la libertad política y la suya, el Derecho Público. El desarrollo de estas discusiones es expuesto en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Poder y Derecho. Del antiguo régimen al Estado constitucional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 319 y ss.

²⁴ Se asume aquí la clásica distinción entre los dos tipos ideales de Constitución efectuada a partir de la esencia y el contenido de su texto: de un lado, la Constitución formal del Estado de Derecho –cuya función consiste, básicamente, en el señalamiento de límites- y la Constitución programática del Estado social de Derecho –cuya función consiste, en líneas generales, en fijar un programa y establecer directrices para su realización-. Sobre esta distinción, ver SCHUPPERT, Gunnar Folke y Christian BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 25-26. Se trata de tipos ideales que, a pesar de la esencial compatibilidad de base que registran –en tanto que ambos envuelven, en últimas, “un marco de posibilidades”-, son contrapuestos habitualmente, *cf.* ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und fachgerichtbarkeit”, en *VVDStRL*, No. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, pp. 14-15.

cumplimiento de los objetivos que le son trazados a la Constitución. Su función se concreta en establecer un orden-marco (*Verfassung als Rahmenordnung*), esto es, se contrae a la regulación de la forma de gobierno, la estructura general de las instituciones estatales y los límites básicos del poder público frente a los ciudadanos (carta de derechos)²⁵. No es de extrañar, entonces, que a diferencia de la también parca pero solemne proclamación del derecho de propiedad en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (en adelante DDHC)²⁶, superado ya el fervor revolucionario y conseguido el objetivo de derribar al *ancien régime*, las constituciones decimonónicas se decantaron por fórmulas mucho más escuetas a la hora de consagrar este derecho²⁷ y la configuración de su régimen quedará así, esencialmente, en manos del legislador. El resultado: una pacífica pero inerte convivencia entre normas constitucionales y normas de la codificación, donde el protagonismo indiscutido recae sobre estas últimas²⁸.

6. En este escenario, corresponde al legislador el desarrollo concreto y la articulación de un sistema legal que asegure la no injerencia estatal en el ámbito de la sociedad, proclamada como principio de la acción pública en las constituciones liberales. La codificación, con sus aspiraciones de plenitud y unificación, en tanto que pieza nuclear del nuevo orden que se aspira construir, encarna el momento de realización de esta tarea²⁹. Al ser vista como representación fundamental de las ideas de autonomía y libertad que deben presidir e informar el ámbito jurídico-privado, así como de los valores de igualdad y seguridad jurídica prohijados, la codificación adquiere un valor preponderante, un valor “constitucional”³⁰.

²⁵ SCHUPPERT, G. y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der... Passim*, p. 33. Los textos de las constituciones adoptadas por los nuevos estados libres americanos a partir del verano de 1776 son una representación gráfica de esta situación. Su contenido remite, básicamente, a estos dos componentes: una declaración de derechos, de una parte, y un marco gubernamental o estatal (*frame of Government*), por otra. Sobre esto, *Vid.* CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *REDC*, No. 25, 1989, p. 46.

²⁶ **Artículo 17 DDHC**: La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado salvo en caso de evidente necesidad pública, legalmente acreditada y a condición de una justa y previa indemnización.

²⁷ El Derecho constitucional español ofrece muestras claras de esta tendencia. *Vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 75 y ss.

²⁸ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*”, p. 133.

²⁹ Se sigue así la idea de codificación como *Ley única-unificadora-uniforme* que defiende CARONI. *Cfr.* CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 22 y ss.

³⁰ RODOTÀ, S. *El terrible... Ob. Cit.*, p. 81. Así, como afirma CARONI, el Código, en tanto que “portador de principios inspiradores de *todo* este ordenamiento (el ordenamiento jurídico en general), no toleraba, por lo tanto, ser leído, interpretado o integrado según criterios externos a él. Reconocía, es cierto -porque en realidad tampoco podía prescindir de ellas-, fuentes subsidiarias, pero les imponía las propias elecciones, la propia «filosofía»”. *Cfr.* CARONI, P. *Lecciones catalanas sobre... Passim*, p. 25.

De una parte, la regulación del dominio plasmada en la codificación concreta la garantía de la libertad del individuo frente a las injerencias indebidas del poder público en el ámbito patrimonial y sienta las reglas esenciales que deben regir el tráfico jurídico-privado en punto a la *titularidad* de este derecho³¹. De otra, su visión de la propiedad como esfera dominada por el libre albedrío del propietario, ajena a toda finalidad fijada *a priori* y asentada sobre la preocupación por potenciar el *señorío* o dominio reconocido al *dominus*, condensa y refleja fielmente la axiología del momento³². Por último, la disciplina unitaria y general de la propiedad allí contenida, además de colmar las expectativas de certeza jurídica de una burguesía emprendedora, al tiempo que ofrece la posibilidad de formalizar la abolición de la doctrina medieval de los *plura dominia* y la eliminación de los privilegios del *ancien régime*, permite establecer por vía general las ideas de libertad e igualdad³³. Se operaba de esta forma una estandarización de las prerrogativas, que pasaban a ser así accesibles por igual para todos aquellos que detentaban este derecho³⁴. Frente a esta realidad, que representa la superación definitiva del *concepto escindido de la propiedad* característico del esquema anterior, era natural que se comenzara a ver en las disposiciones de la codificación el orden fundamental de este derecho³⁵.

2. El tenue papel de la Constitución en la protección y regulación del derecho en el constitucionalismo liberal.

7. Por otra parte, la ausencia de mecanismos jurídicos efectivos de control de constitucionalidad se traducían en la falta de una auténtica supremacía de la Constitución³⁶ y en el predominio normativo de la ley³⁷. Producto de esta

³¹ COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 144.

³² CARONI, P. *Lecciones catalanas sobre... Passim*, pp. 25-26. También HINESTROSA, Fernando. "Codificación, descodificación y recodificación", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carías*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2003, pp. 64-65.

³³ De esta forma, como recuerda PAPIER, mediante el reconocimiento de la propiedad así vista se buscaba combatir la idea de la propiedad como instrumento de dominación política propia del régimen dominical feudal. Dado que las potestades del Señor no se limitaban únicamente a la cosa, sino que implicaban también una situación de subordinación política de los individuos frente a aquél, la abolición del dicho esquema constituía una prioridad para la burguesía. Por esto, sus ansias reivindicación política se encontraban y amoldaban perfectamente con la idea de propiedad de la pandectística que, en contraste con la noción precedente de propiedad escindida -que distinguía entre dominio eminente y dominio útil-, enfatizaba su unidad y generalidad. PAPIER, Hans-Jürgen. "Eigentumsgarantie und Erbrecht", en *Maunz - Dürig Grundgesetz Kommentar* (Hrsg. von R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H. Klein), T. II, 52 Lieferung, Munich, Verlag C. H. Beck, 2008, p. 35.

³⁴ RODOTÀ, S. *El terrible... Op. Cit.*, p. 133.

³⁵ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie und... *Loc. Cit.*", p. 35.

³⁶ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho... Loc. Cit.*, pp. 347 y ss.

³⁷ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 8ª Reimpresión, Madrid, Ariel, 2001, pp. 129 y ss. Así, como apunta CRUZ VILLALÓN, mientras que en la Europa decimonónica "los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad" (p. 49), en los Estados libres primero y en los EEUU después se reconoce a las declaraciones de derechos, en tanto parte de las

circunstancia, el magro esquema de protección de la propiedad contenido en las constituciones decimonónicas resultaba igualmente ajeno a la lógica de la supremacía constitucional que le caracteriza en el constitucionalismo moderno. Nada distinto del compromiso político y la adhesión del legislador a los valores, instituciones y derechos proclamados por las constituciones liberales garantizaba su eficacia al interior del ordenamiento jurídico³⁸. Centrado en la *reserva de ley* y la *garantía expropiatoria*, el esquema de protección de la propiedad delineado por estas constituciones fue ideado para ser oponible a la Administración, no al órgano legislativo³⁹. Aunado a lo anterior, fieles a su papel de meros definidores de límites a la acción estatal, los textos constitucionales nada decían (en positivo) al legislador sobre cómo debía darse cumplimiento a sus disposiciones. Con ello, a la ausencia de controles jurídicos sobre las decisiones legislativas debía sumarse la carencia de contenidos o directrices constitucionales, de una imagen maestra (*Leitbild*) que brindara pautas u orientara materialmente la actividad legislativa. Consecuencia del reconocimiento de este amplísimo poder de configuración en cabeza del legislador, la definición del régimen de la propiedad privada era entonces, enteramente, un asunto de *dominio pleno de la ley*.

8. Bajo este panorama, y como puede anticiparse ya, a pesar de su proverbial inclusión en los textos constitucionales decimonónicos, más que un *viejo nuevo tópico*, **la regulación constitucional de la propiedad presenta hoy rasgos particulares que ameritan su estudio pormenorizado**. No se trata solamente del vital reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución frente a los distintos poderes públicos (incluido, naturalmente, el legislador). Tampoco del cambio en la forma como se concibe actualmente la Constitución⁴⁰. Si bien resulta clave a estos efectos, la singularidad de la propiedad constitucional no puede derivarse únicamente del tránsito de la visión de la Constitución como *orden-marco* a su reconocimiento como *orden fundamental* (*Verfassungs als Grundordnung*), cuyas disposiciones engloban de manera integral los distintos ámbitos objetivos y vitales de la colectividad⁴¹. Es preciso atender también a aspectos acaso más concretos, tales como la forma misma como este derecho es regulado por el constituyente y a las posibilidades materiales de configuración de un régimen sustantivo propio, directamente derivado y asentado en las normas

constituciones, la tutela judicial que se dispensa a cualquier otro derecho reconocido por el *common law*. Ellas son, desde un primer momento, Derecho positivo aplicable. En consecuencia, no hacía falta, para hacer valer sus disposiciones, la *interpositio legislatoris*. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P. "Formación y evolución de... *Loc. Cit.*, pp. 46 y ss.

³⁸ DE OTTO, I. *Derecho constitucional...* *Op. Cit.*, p. 133.

³⁹ De este modo, toda actuación de la Administración que conllevara la limitación o privación del derecho de propiedad debería estar amparada en la cobertura legal necesaria. En tanto se cumpliera con este requerimiento, dicha intervención sería legítima.

⁴⁰ Aunque no puede olvidarse que, en últimas, como recuerda BÖCKENFÖRDE, "una discusión metodológica sobre interpretación constitucional siempre es también al mismo tiempo una discusión sobre concepto y teoría de la Constitución y no puede ser desligada de esto". Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales* (Trad. Juan L. Requejo e Ignacio Villaverde), Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 37.

⁴¹ *Idem*, p. 129.

de la Constitución, con independencia de sus posibles raíces o nexos con la idea originalmente plasmada en la codificación.

9. Los textos constitucionales de la primera postguerra representan un paso adelante en esta dirección. Gracias a la incorporación de fórmulas que se apartaron de la lógica imperante en la tradición liberal, por distintas circunstancias, surge la necesidad de articular una *noción constitucional* de este derecho. Una noción que, como se analizará en detalle a lo largo de este capítulo, a la vez que usufructúa como pocos el atributo de la supremacía constitucional, potencia como ningún otro la visión de la Constitución como orden fundamental. El resultado: *una comprensión diferente de aquello que significa la propiedad privada constitucional*.

B. El constitucionalismo social de inicios del siglo XX y la ruptura de la visión liberal del dominio.

10. Si bien con ocasión de la crítica al pandectismo y a la acabada impronta individualista que traslucen el Código Civil alemán (en adelante BGB, por su sigla en alemán) y el Código Civil suizo se sumaron distintas voces de protesta en contra de su marcado individualismo⁴², sería fundamentalmente hasta la expedición de las constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919 que esta opinión divergente cobraría entidad normativa propia⁴³. Como se verá enseguida, cada uno de estos textos representa una notable contribución dentro del proceso de singularización de la noción constitucional de propiedad.

1. La Constitución de México de 1917.

11. El notable espíritu social que sirvió de inspiración a la Constitución mexicana de 1917 (en adelante CM) le dio la condición de pionera dentro del denominado

⁴² Cabe destacar dentro de esta corriente surgida en las postrimerías del siglo XIX los aportes de Otto von GIERKE y su conferencia de toma de posesión como Rector de la Universidad de Viena el 5 de abril de 1889 *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlín, Springer, 1889), donde expone su visión corporativista del Derecho; de Anton MENGER y su importante *Das bürgerlichen Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, Laupp, 1890 (hay edición en castellano: *El Derecho Civil y los pobres*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1898); y también de Rudolf von IHERING y su obra *Der Zweck im Recht*, T. 1, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893 (hay edición en castellano: *El fin del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978). Sobre los aportes de estos autores y de otras figuras que como DE AZCÁRATE, GINER DE LOS RIOS, COSTA, DUGUIT, CIMBALI o JOSSERAND se sumaron a la protesta contra la visión individualista del derecho, *vid. infra*, en el apartado A-1.2 del Capítulo Cuarto de esta investigación.

⁴³ No se incluye aquí a la Constitución soviética de 1918 dado el sentido y la magnitud de la radical transformación operada en este ordenamiento luego de la revolución y del triunfo del pensamiento marxista, formalizado en dicha Constitución.

constitucionalismo social de comienzos del siglo XX⁴⁴. La importancia que históricamente se había reconocido al problema de la tierra en este país hizo de la propiedad un tema de primer orden para el constituyente de Querétaro⁴⁵. De ahí que más que por un simple enunciado donde se efectuara su reconocimiento, se proclamara su garantía o se consagrara de forma expresa su carácter de límite al poder público (al estilo del constitucionalismo liberal), el constituyente mexicano se decantara por la elaboración directa de un marco sustantivo para esta materia. Una nueva fórmula semántica con notables implicaciones conceptuales y materiales en esta materia.

1.1. Una nueva forma de regular la propiedad.

12. Producto de esta determinación es el artículo 27 CM, originalmente compuesto por seis párrafos y siete fracciones (apartados numerados en romano) en los que se regulan distintos aspectos concernientes a la propiedad (propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, propiedad privada como derecho de los particulares, expropiación, delimitación de este derecho por razones de interés público o beneficio social, dominio directo sobre el subsuelo y las aguas, capacidad para adquirir este derecho, condiciones para que se dé la expropiación, etc.) y a la vida económica del país⁴⁶. Frente a las clásicas cláusulas constitucionales de la propiedad y a su habitual economía lingüística, el artículo 27 CM representa una clara *ruptura de tendencia*. Tanto la forma como el contenido de esta disposición permiten apreciar el giro dado en esta dirección. Se trata, sin duda, de una

⁴⁴ DE LA MADRID, Miguel. "La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales", en *Economía y Constitución, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 42.

⁴⁵ VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa - UNAM, 1995, p. 196.

⁴⁶ Por su dilatada extensión, a continuación se transcriben únicamente los primeros tres párrafos del artículo 27 CM:

Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. // Esta no podrá ser apropiada sino por causa de la utilidad pública y mediante indemnización. // La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles (*sic*) de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública".

fórmula cuya extensión, amplitud de miras y estilo se apartan notablemente de la línea de sus predecesoras. Pero es sin duda la aproximación material a la problemática de la propiedad la que ofrece un argumento concluyente para afirmar el quiebre de la tradición liberal en este campo, y el nacimiento de la “nueva concepción social” de este derecho⁴⁷.

13. Los fundamentos de esta nueva concepción pueden identificarse, a grandes trazos, en los primeros tres párrafos del artículo 27 CM. En ellos se aprecia: (i) la reivindicación a favor de la Nación de la propiedad originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional; (ii) el reconocimiento del derecho de propiedad privada; (iii) la proclamación de la potestad expropiatoria estatal que presupone la concurrencia de una *causa expropriandi* y el pago de indemnización; y, por último, (iv) la consagración de la potestad estatal para imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público o beneficio social, y de regular el aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de apropiación con el fin de alcanzar una distribución equitativa de la riqueza y velar por la conservación de estos últimos.

Al margen de la titularidad originaria de la propiedad de las aguas y del suelo que reivindica en su primera parte el primer párrafo del artículo 27 CM a favor de la Nación, que pierde relevancia ante el posterior reconocimiento que de inmediato se efectúa en este mismo enunciado del derecho de propiedad privada, importa subrayar aquí tres aspectos que, como se verá, resultan capitales dentro de la construcción del concepto constitucional de propiedad: el reconocimiento del *derecho de propiedad privada sujeto a las modalidades que impongan el interés público o el beneficio social*, el reconocimiento de la *potestad expropiatoria sometida a los límites* señalados por la Constitución y, por último, el reconocimiento de la *potestad estatal de regulación de la propiedad* como expresión concreta del *poder permanente de intervención que se reconoce al Estado en el ámbito económico de cara a la realización de unos fines sociales* específicamente definidos por la Constitución.

1.2. La significación material de esta nueva fórmula.

14. Si bien la simple aproximación formal al artículo 27 CM permite intuir el cambio con respecto a la tradición liberal precedente, la proclamación de lo que más adelante se conocerá como función social de la propiedad y del correlativo poder de delimitación de este derecho por parte del Estado, así como de la potestad estatal de intervención en la economía y del compromiso de las autoridades con la materialización de un claro programa social (e incluso,

⁴⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge. *Los derechos del propietario*, México, UNAM - Cámara de Diputados, 2000, p. 14. TENA RAMIREZ alude asimismo a como con esta regulación “el autor de la constitución sustentó un nuevo concepto del derecho de propiedad”. Cfr. TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, 21 Edición, Porrúa, 1985, p. 188.

anticipándose a los tiempos, *ambiental*⁴⁸) que enmarca tales intervenciones, no dejan lugar a dudas. Tanto el principio de no injerencia estatal en el ámbito privado, como la visión de la propiedad como esfera sometida a la soberana y omnímoda voluntad de su titular, son abandonados. Atrás queda la idea, cristalizada en las codificaciones, según la cual el arbitrio *dominus* representa la única medida de las manifestaciones concretas de este derecho; lo mismo que la visión conforme a la cual, por esta misma causa, la definición o conformación de un contenido específico debía ser vista como una tarea ajena a la legislación⁴⁹.

15. Bajo este marco normativo la Constitución no solo ofrece al legislador numerosas referencias materiales a seguir al momento de desarrollar el régimen legal de este derecho (*función de guía*⁵⁰); también le reconoce un enorme poder de conformación de su contenido, al tiempo que encuadra su intervención dentro de unos fines sociales específicos (párrafo tercero del artículo 27 CM). En suma, a pesar de la relevancia atribuida a la intervención legislativa en la definición concreta del régimen de la propiedad, el dominio pleno que antes ejercía este

⁴⁸ También en este aspecto fue precursora la Constitución de México de 1917. Al contemplar el párrafo tercero del artículo 27 la potestad estatal de intervención en la propiedad con el fin de asegurar la *conservación* de los elementos naturales susceptibles de apropiación y de *evitar su destrucción*, el constituyente mexicano incorporó a su proyecto constitucional piezas centrales de lo que vendrá a ser el pensamiento ambientalista posteriormente plasmado con carácter general en las constituciones occidentales del último cuarto del siglo XX. Grecia en 1975, Portugal en 1976, España en 1978, Chile en 1980, Colombia en 1991, Argentina en 1994 o Venezuela en 1999, para citar tan solo algunos casos de nuestro entorno, son un claro ejemplo de ello. Al respecto debe tenerse en cuenta que, como explica RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en un comienzo, el compromiso ambiental que hoy se enlaza con el Estado Social de Derecho resultaba ajeno al programa material que éste pretendía realizar originariamente en el ámbito europeo. Producto de las reivindicaciones surgidas en torno a la “cuestión social”, la cláusula de Estado Social se dirigía esencialmente a establecer formas de ayuda estatal a los más necesitados, asegurar la implicación del Estado en la promoción y creación de una mayor igualdad real en el ámbito de las relaciones de mejor y peor situados, implementar un régimen de seguridad social y, por último, estatuir la responsabilidad del Estado por un crecimiento económico que hiciera posible la participación de todos en el bienestar. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 27 y ss.

⁴⁹ En su redacción original -el texto del artículo 27 CM ha sido formalmente modificado en 16 oportunidades; la última de ellas, en 1992-, la segunda frase del párrafo tercero del artículo 27 CM era, a este respecto, lapidaria: con el fin de asegurar una distribución equitativa de la riqueza pública y la conservación de los recursos naturales, habilitaba a la Nación para dictar “las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”. El contraste con la visión clásica de este derecho, cuya premisa fundamental era la libertad de ejercicio, concretada en la no injerencia estatal en la definición del contenido del derecho -salvo contadas excepciones, puntuales y de carácter meramente limitativo-, es, pues, radical. Sobre esta faceta de la concepción liberal de la propiedad, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 60. Una visión global del arquetipo liberal del dominio y de su evolución, en REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, pp. 35 y ss.

⁵⁰ Sobre esta función de guía del Derecho que incumbe a la Constitución, *cfr.* HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 34.

órgano sobre la materia mengua significativamente: *al no ser ya una cuestión frente a la cual la Constitución se mantiene indiferente, la propiedad deja de ser un asunto cuya regulación se halla enteramente en manos del legislador.*

2. La Constitución de Weimar de 1919.

2.1. Weimar y el afianzamiento de la concepción social del derecho de propiedad.

16. La Constitución alemana de la República de Weimar (en adelante WRV, por su sigla en alemán), expedida en 1919, constituye un segundo hito relevante dentro de la tendencia del constitucionalismo social que, en punto a la regulación del derecho de propiedad, se aparta de la tradición sentada por el artículo 17 DDHC. Al abandonar en su artículo 153 la antigua fórmula de la inviolabilidad del derecho empleada en el artículo 9 de la Constitución Prusiana (1850), para en su lugar introducir una menos solemne “garantía del derecho” (*Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet*) acompañada de un conjunto de elementos que se apartan de la férrea visión individualista característica de este derecho⁵¹, la WRV transita también el camino de una concepción social de la propiedad⁵². Su caracterización no sólo como derecho, sino también como fuente de obligaciones⁵³ (*Eigentum verpflichtet*); al igual que la explícita consagración por el tercer párrafo *in fine* del artículo 153 del vínculo con el bien común que asiste a este derecho, la supresión de la exigencia de indemnización previa en casos de expropiación -requisito previsto por la Constitución Prusiana de 1850-, así como la eventual posibilidad de exclusión del pago de la indemnización expropiatoria cuando así fuera decidido por el Parlamento del *Reich*, constituyen determinaciones que marcan un giro dentro de la tradición constitucional alemana en esta materia⁵⁴. Con todo, como se verá enseguida, la interpretación que efectuaron jurisprudencia y doctrina de la referida garantía del derecho contenida en la primera frase del primer párrafo del artículo 153 WRV contribuyó a conjurar la “amenaza” de un posible quiebre radical de esta tradición.

⁵¹ **Artículo 153 WRV.**- La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y límites resultan de las leyes. // Solamente se podrá expropiar para el bien de la comunidad y con fundamento en la ley. La expropiación debe tener siempre una indemnización adecuada, excepto cuando una ley del *Reich* determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta la vía legal de los tribunales competentes en caso de litigio, excepto cuando una ley del *Reich* determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el *Reich* a *Länder*, municipios y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. // La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

⁵² Así, por ejemplo, ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Reimpresión de la 14 Ed. (1933), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, p. 704.

⁵³ En este sentido, por ejemplo, el artículo 155 párr. 3 frase 1 WRV establecía la obligación del propietario fundiario de explotar y aprovechar la tierra como un deber frente a la colectividad. Del mismo modo, la frase 2 de esta misma disposición consagraba el derecho que asistía a la comunidad de participar en el incremento de valor de la propiedad raíz que se generaba sin que hubiese sido fruto del trabajo o de la inversión del capital de su propietario.

⁵⁴ PAPIER, H. J. “Eigentums-garantie und... *Op. Cit.*, pp. 32-33.

17. Con su regulación de la propiedad, y acorde con su espíritu reformista, el constituyente de Weimar quiso abrir una senda que permitiera poner este derecho a disposición de las mayorías; establecer un nuevo orden en el que se subordinara la exclusividad típica del derecho a su relación con la colectividad y se replanteara la visión de la propiedad como derecho natural e inviolable. En su lugar se pensó estatuir una nueva concepción del derecho, dar vida a una propiedad legalmente configurada y delimitada, vinculada a unas obligaciones frente a la comunidad que hicieran posible la superación de la tradicional visión del dominio⁵⁵. Con este fin, en tanto que presupuesto fundamental del pretendido equilibrio entre interés individual y bien común, la intervención estatal en este ámbito, antes vista como excepcional, dejaría de serlo y comenzaría a ser parte del cuadro habitual del régimen dominical. La instrumentación de dicho equilibrio recaía, esencialmente, en manos del legislador; a quien la segunda frase del primer párrafo del artículo 153 WRV encomendaba la definición del contenido y los límites de este derecho. No obstante, otro fue el desarrollo experimentado por el derecho de propiedad en vigencia de este precepto. El *ensanchamiento del concepto de propiedad*, de una parte, y la articulación de *la propiedad como institución jurídica constitucionalmente garantizada*, de otra, serían, en lo fundamental, los factores determinantes de la peculiar evolución observada por este derecho bajo el régimen de Weimar.

2.2. Weimar y la génesis del concepto constitucional de propiedad.

18. Gracias al apoyo brindado por la doctrina -con M. WOLFF a la cabeza⁵⁶- y la jurisprudencia del *Reichsgericht* (en adelante RG, por su sigla en alemán) la noción de propiedad, antes que contraerse o marchitarse, sufrió una particular expansión, determinante de sus desarrollos posteriores. Su ámbito de cobertura pasó de cubrir únicamente la propiedad del suelo y de las cosas -sentido originario de este derecho de acuerdo con la comprensión que se le daba en la codificación y con arreglo al cual había sido concebido el artículo 153 WRV⁵⁷-, a abarcar asimismo otros derechos patrimoniales de los ciudadanos⁵⁸. Fruto de esta

⁵⁵ En contraste con la visión clásica de este derecho, como fue puesto de presente por M. WOLFF, en virtud de esta nueva concepción del dominio y de acuerdo con lo previsto por el párrafo tercero del artículo 153 WRV, dado el nexo directo con el bien común establecido en esta misma disposición, que la propiedad obligue supone una doble obligación en cabeza de los propietarios: de una parte, la obligación de ejercitar el derecho cuando quiera que ello sea requerido por el interés general; y de otra, la obligación de ejercitar el derecho de tal manera que su ejercicio atienda no solo a los intereses personales del propietario, sino que responda a la par a las exigencias del bien común. *Vid.* WOLFF, Martin. "Reichsverfassung und Eigentum", en *Festgabe der berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Teil IV, Tübingen, 1923, p. 11.

⁵⁶ WOLFF, M. "Reichsverfassung und... *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.

⁵⁷ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie und... *Loc. Cit.*, p. 33.

⁵⁸ Así, para M. WOLFF, artífice de esta doctrina, el derecho de propiedad garantizado en la primera frase del primer párrafo del artículo 153 WRF debía extender su cobertura más allá del limitado sentido que a este derecho otorgaba el Derecho Civil. Ésta debería cubrir por igual, dice,

lectura la garantía constitucional de la propiedad experimentó un notable ensanchamiento.

19. Paralela a esta marcha se produjo el desarrollo doctrinal de la denominada “garantía institucional” de la propiedad. Ante el no reconocimiento de la eficacia vinculante de las disposiciones constitucionales y la ausencia de un mecanismo jurisdiccional que garantizara su prevalencia frente al legislador, la *garantía del instituto* perseguía impedir que este derecho –y más adelante, que otras instituciones previstas en la Constitución como el matrimonio, el contrato, el derecho de herencia, etc.- se disolviera(n) en la reserva general de ley⁵⁹. Así, como afirmaba M. WOLFF, primero en valerse expresamente de esta noción como límite a la discrecionalidad legislativa⁶⁰, además de proteger los derechos patrimoniales ya existentes y los derechos que en el futuro pudieran surgir en cabeza de los distintos sujetos jurídico-privados, la garantía de la propiedad de la primera frase del primer párrafo del artículo 153 WRV contenía igualmente una *garantía de conservación de la propiedad en tanto que instituto jurídico (Privateigentum als Rechtsinstitut)*⁶¹. Dada la amplitud de la remisión al legislador efectuada por la

todo derecho jurídico-privado de contenido patrimonial: créditos, acciones, derechos reales, derechos de propiedad intelectual, etc. Cfr. WOLFF, M. “Reichsverfassung und... *Loc. Cit.*, p. 3. Producto de esta circunstancia, como se verá en detalle más adelante al analizar la expansión del concepto de expropiación en el Derecho alemán, en vigencia del artículo 153 de la WRV derechos reales y derechos personales fueron así equiparados y convertidos por igual en bienes susceptibles de ser expropiados (*Enteignungsfähigkeit*). El resultado: el correlativo ensanchamiento del instituto expropiatorio. Vid. PAPIER, H. J. “Eigentums garantie und... *Op. Cit.*, p. 33. Vid. *infra*, el apartado A-1.1 del Capítulo Quinto de este trabajo.

⁵⁹ HESSE, K. *Derecho constitucional y... Passim*, pp. 48 y ss.

⁶⁰ Aunque en general se tiene a C. SCHMITT como principal artífice y valedor del concepto de garantía institucional como límite a la libertad de configuración del legislador, en tanto destaca por igual la existencia de instituciones jurídico-públicas (como la autonomía local o la autonomía universitaria) y jurídico-privadas (como el matrimonio, la patria potestad, el contrato o la herencia) garantizadas por la Constitución (de donde se desprende el resultado que su eliminación o desfiguración por el legislador resulta constitucionalmente vedada), la contribución de M. WOLFF a esta construcción resulta innegable. Si bien su estudio se limitó a destacar, en concreto, el carácter de “garantía de instituto” del derecho de propiedad; no cabe duda que de su análisis se desprenden distintos elementos que posteriormente serán recogidos por SCHMITT en su formulación de la teoría general de la garantía institucional plasmada en su Teoría de la Constitución de 1928. Además de plantear su teoría sobre la protección especial que la Constitución garantiza a ciertas instituciones, en esta obra SCHMITT desarrolla la diferencia entre garantías institucionales (*institutionelle Garantien*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). Sobre este punto, Vid. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1928, pp. 170 y ss. Hay edición en castellano, Cfr. *Teoría de la Constitución* (Trad. Francisco Ayala), Madrid, Alianza, 1983. En posteriores trabajos este autor afinará sus planteamientos sobre las garantías institucionales y comenzará a distinguir entre garantía institucional (*institutionelle Garantie*) como concepto aplicable a figuras de Derecho Público, y garantía del instituto (*Institutsgarantie*) como noción particular del Derecho Privado. Cfr. “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*”, publicado inicialmente en *Festschrift Handels - Hochschule Berlin*, en 1931, posteriormente recogido en una la recopilación *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1958, p. 149.

⁶¹ WOLFF, M. “Reichsverfassung und... *Ob. Cit.*, p. 5. Esta dimensión sería también destacada por C. SCHMITT, en cuya opinión ello no obstaba para seguir considerando a la propiedad como un derecho fundamental. Según este autor, el artículo 153 WRV admitía conceder a la propiedad esta

segunda frase del párrafo primero del artículo 153 WRV, en virtud del cual el contenido y los límites de este derecho resultan de lo dispuesto en las leyes, era preciso fijar una frontera que impidiera la completa irrelevancia normativa de la disposición constitucional frente a la ley. La figura de *la garantía institucional hizo posible fijar este límite*. Su finalidad, entonces, era dibujar una línea que demarcara la frontera de las competencias del legislador en aras de proteger a la propiedad de su supresión, deformación o desnaturalización en tanto que derecho e institución cuya regulación le había sido encomendada por la Constitución. Para WOLFF, de lo que se trataba, en últimas, era de poner la propiedad a salvo de “las ideas de la izquierda radical” y de asegurar la vigencia de un derecho de propiedad que mereciera el nombre de tal⁶². La entonces en boga doctrina de la relativización de la propiedad por parte de un legislador dotado de un notable poder de configuración de este derecho y sobre cuyas fronteras no existía claridad, infundían tal temor⁶³.

20. En tanto que límite al legislador –y no sólo a la Administración⁶⁴–, la protección que ofrece la *garantía institucional de la propiedad* supera la tutela envuelta en la reserva de ley y el principio de legalidad propios del esquema entonces imperante⁶⁵. Tal es su arraigo dentro de la cultura jurídica germana, que todavía hoy, en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn (GG, por sus siglas en

doble condición. Así las cosas, por un lado, ésta era vista como algo previo al Estado, esto es, como un derecho natural que antecede a cualquier forma de organización social; sin que ello impidiera, por otro, considerarla asimismo como una institución jurídicamente concebida y estructurada, aunque no totalmente desprovista de un contenido vinculante para el legislador. Cfr. SCHMITT, C. *Verfassungslehre... Ob. Cit.*, pp. 171-172.

⁶² WOLFF, M. “Reichsverfassung und... *Passim*, p. 6. Por esta razón, a pesar de propugnar por el ensanchamiento de la cobertura de la noción constitucional de propiedad a todo tipo de derechos jurídico-privados de contenido patrimonial, para este autor la protección ofrecida por la garantía institucional remitía concretamente a la propiedad del BGB. Cfr. *Ibidem*. Surge así la comprensión bifurcada de la noción de propiedad del artículo 153 WRV a la que posteriormente adherirá SCHMITT, quien distingue entre la propiedad como derecho, con un sentido expansivo –que abarca todo derecho jurídico-privado de valor patrimonial–, y la propiedad como institución jurídica, de sentido restringido –que remite concretamente a la propiedad derecho-real que regula el BGB-. Cfr. C. SCHMITT, “*Freiheitsrechte und... Op. Cit.*, p. 163. Como se apreciará más adelante, la consolidación definitiva de la concepción amplia de la noción de propiedad constitucional ha llevado a que el Derecho alemán actual revalúe esta postura y rechace esta comprensión bifurcada. Se asume, entonces, que debido a la heterogeneidad de los distintos derechos subjetivos patrimoniales abarcados por esta figura, la garantía del instituto –prohijada aún hoy en día–, más que prefigurar una categoría jurídica concreta como la propiedad derecho-real del BGB, únicamente puede aportar líneas estructurales generales, para lo cual es necesario un desglose de los muy variados derechos subjetivos de contenido patrimonial cobijados por la noción de propiedad constitucional. Cfr. PAPIER, H. J. “*Eigentums garantie und... Loc. Cit.*, pp. 29-30.

⁶³ IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II. Grundrechte*, München, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 184.

⁶⁴ WOLFF, M. “*Reichsverfassung und... Loc. Cit.*, p. 6.

⁶⁵ A pesar del carácter vidrioso de esta figura y de la “utilización anfibológica” para la que se presta, la articulación de la noción de garantía institucional representó un notable salto cualitativo en materia de protección de derechos y de afirmación de la fuerza normativa de la Constitución y de las decisiones *ius fundamentales* e institucionales plasmadas en su texto. No en vano, como sugiere CRUZ VILLALÓN, la garantía institucional representa el más claro antecedente del contenido esencial como instrumento de control del legislativo y de garantía de la eficacia directa e incondicionada del texto constitucional. Cfr. “*Formación y evolución de... Loc. Cit.*, p. 61.

alemán), ella es invocada de manera generalizada para apelar a su función de demarcación de las fronteras que debe atender el legislador al determinar el contenido y los límites del derecho de propiedad⁶⁶.

21. Si bien la particular evolución experimentada por este derecho en vigencia de la Constitución de Weimar se apartó de la línea que predeciblemente le correspondía seguir en el marco de un orden constitucional presidido por una fuerte preocupación social, sus resultados no pueden ser desestimados ni desatendidos dentro de la línea de investigación que aquí se sigue. Por el contrario, es preciso reivindicar la importancia de sus desarrollos para el nacimiento de la idea constitucional de propiedad que se afianzará en el constitucionalismo de la segunda posguerra.

A pesar de no haber representado la total y esperada ruptura del esquema anterior, la experiencia de Weimar contribuyó formal y materialmente de manera decisiva a la superación de la visión clásica del dominio: primero, en particular, por la adopción de una fórmula constitucional que, a semejanza de lo ocurrido con la CM en 1917, rompió el molde del constitucionalismo liberal en punto a la proclamación del derecho de propiedad; y luego, en general, por la incorporación en su texto de numerosos elementos dirigidos a hacer posible una honda reconfiguración de las relaciones entre Estado y sociedad. No en vano, al margen del fracaso general de su proyecto constitucional⁶⁷, la WRV constituye una aportación importante y un referente obligado dentro del constitucionalismo social que perdura aún en nuestros días. Segundo, y a la vista de los notables aportes doctrinales entonces efectuados, por los significativos avances en la configuración de **una noción particular de la propiedad constitucional** y en la *limitación de la discrecionalidad del legislador en el desarrollo de las disposiciones de la*

⁶⁶ Aunque existen voces críticas que comienzan a cuestionar la utilidad de aludir a esta figura en presencia de derechos fundamentales (como la propiedad), dotados, como se sabe, de una doble dimensión, subjetiva y objetiva, que hace de ellos, en lo que a este último extremo respecta, normas que además de constituir elementos incondicionados del ordenamiento jurídico-objetivo, vinculan irremisiblemente (en sentido positivo y negativo) la actividad del legislador, la garantía institucional de la propiedad sigue siendo, mayoritariamente, una referencia obligada de la doctrina *ius publicista* germana. *Vid.*, entre otros, PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 226; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 192 y 194; BADURA, Peter. „Eigentum“, en *Handbuch des Verfassungsrecht* (Hrsg. Ernst Benda, Werner Maihofer y Hans-Jochen Vogel), T. I, 2 Ed., Berlin, de Gruyter, 1995, p. 345; EHLERS, Dirk. “Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt”, en *VVDStRL*, No. 51, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1992, p. 216; PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie und... *Op. Cit.*, pp. 29-30. Crítico con la garantía institucional de la propiedad LEISNER, W. “Eigentum... *Loc. Cit.*, pp. 1029-1031. IPSEN encuentra “dudosa” la utilización de la categoría “garantía institucional” junto al derecho subjetivo que consagra el artículo 14.1 GG y dada la vigencia de una garantía expropiatoria y de la prohibición del exceso en el marco del Estado constitucional de Derecho. *Cfr.* IPSEN, J. *Staatsrecht... Loc. Cit.*, p. 184. El debate en el Derecho alemán sobre el concepto amplio o estricto de garantía institucional es abordado en detalle y con numerosas referencias bibliográficas por GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y... Passim*, pp. 63 y ss.

⁶⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 58.

Constitución. En efecto, será justamente gracias al impulso *contrarreformista* originado en la comunidad jurídica (señaladamente en la jurisprudencia y la doctrina) por la regulación constitucional de este derecho que la noción constitucional de propiedad comenzará un firme proceso de emancipación del concepto canónico de las codificaciones y que se empezará a erosionar la hegemonía del legislador y el predominio del Derecho Civil en punto a la definición del régimen jurídico de la propiedad. La constitucionalización del derecho de propiedad estaba, pues, en marcha.

C. La autonomía conceptual de la propiedad privada en la Constitución.

22. Si el constitucionalismo de entreguerras y su acentuado componente social supuso el inicio de un proceso de desmonte de la tradición liberal y de su visión restrictiva del papel de las constituciones y del Estado en su relación con la sociedad, la sanción explícita de la fuerza vinculante de sus disposiciones por los textos constitucionales de la segunda posguerra contribuirá a una notable profundización de este proceso. Con ello se marcó el fin del denominado “Estado de la legalidad”, aquél en donde la posición superior en el ordenamiento corresponde a la ley⁶⁸, para dar comienzo a un nuevo Estado -y lo que es lo mismo, a un nuevo Derecho-, donde el rol principal está a cargo de la Constitución: el Estado constitucional. Al tiempo que se operaba una recomposición de la estructura de poderes -de la legalidad de la Administración se pasaba a la constitucionalidad de la ley-, se formalizaba una nueva concepción del Derecho en cuyo centro se encuentran las disposiciones constitucionales⁶⁹. A partir de este momento el ordenamiento jurídico debe concebirse, construirse y leerse desde el prisma de la Constitución. Su superioridad normativa y eficacia directa así lo imponen.

⁶⁸ DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Ob. Cit.*, p. 130.

⁶⁹ WAHL, Rainer. *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2006, pp. 16 y ss. Si bien este autor destaca la importancia del factor histórico-sociológico que representa la instauración de constituciones normativas en sociedades que atraviesan periodos *post-autocráticos* (como en el caso de Alemania, Italia, España, Portugal o Grecia), no cabe restringir el protagonismo de la Constitución a los ordenamientos afectados por el fenómeno totalitario. Esto, por cuanto a pesar de resultar cierto que en tales Estados dicha realidad resalta de manera notable el carácter fundacional de un nuevo orden social, político y jurídico que asiste al texto constitucional adoptado -al punto de erigirse la Constitución en símbolo de la superación de la dictadura y del comienzo de una nueva era-, también lo es que dicho efecto fundacional debe predicarse de toda Constitución con pretensiones normativas. Naturalmente, la ausencia de una situación tan excepcional y extrema como una dictadura le imprimirá otro significado al momento constituyente y hará que el impacto producido por este cambio sea lento y gradual. Más que como una ruptura, el paso al Estado constitucional se vivirá entonces como una transición. Por ende, a pesar de estar desprovista de la fuerte carga simbólica envuelta en la representación de la Constitución como superación definitiva de un régimen totalitario y aunque quizás a otro ritmo, también los ordenamientos donde este paso se ha dado en condiciones de normalidad institucional están igualmente abocados a su constitucionalización. De lo contrario, esto es, de no desplegarse este proceso, visto en términos normativos, dicha Constitución habrá fracasado.

23. Producto de esta circunstancia no sólo se demarca una frontera (en negativo) a las actuaciones del legislador; de ello se desprenden también implicaciones positivas: en un orden jerárquicamente concebido, la instauración de una Constitución normativa traerá como consecuencia lógica y necesaria **la constitucionalización del conjunto de disposiciones que lo conforman**. Más cuando se está frente a una Constitución material, caracterizada por la riqueza, heterogeneidad y amplitud de sus contenidos. Con el fin de despejar posibles dudas sobre el sentido y alcance que aquí se da a la idea de constitucionalización del Derecho a continuación se realizarán algunas consideraciones al respecto. Se trata no sólo de efectuar una aproximación a este concepto, sino también de desentrañar sus implicaciones concretas para el derecho de propiedad.

1. La constitucionalización del Derecho como marco para la articulación de un concepto constitucional de propiedad privada.

24. Aunque a día de hoy puede resultar cada vez más familiar, la variedad de significados con que se emplea la expresión “constitucionalización del Derecho” puede hacer de ella una noción un tanto equívoca. Por su uso común puede aludir tanto a la introducción de una Constitución escrita allí donde se carecía de ella con anterioridad⁷⁰, como al reconocimiento de la superioridad normativa de sus disposiciones⁷¹; lo mismo que al más complejo proceso de interrelación entre la Constitución y el conjunto de sus destinatarios -la totalidad de los actores sociales, públicos y privados- que tiene lugar en los distintos ámbitos de la comunidad (social, político, jurídico, económico, etc.) como presupuesto para su definitiva apropiación, actuación y materialización⁷². Con todo, ninguna de estas acepciones expresa el sentido que aquí se adopta de la idea de constitucionalización: las dos primeras se presentan demasiado estrechas; la última, demasiado vasta. Es preciso, entonces, aclarar lo que se entiende por ella.

25. Como expone GUASTINNI, más que hacer referencia a la sustancia misma del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento, la existencia de una Constitución escrita o la vigencia de una garantía jurisdiccional de la supremacía de sus normas constituyen apenas condiciones indispensables para que ésta pueda tener lugar⁷³. Para hablar de la constitucionalización del Derecho no basta con tener una Constitución escrita y rígida, ubicada en la cúspide del ordenamiento y contar con mecanismos que permitan declarar la invalidez de aquellas normas que le sean contrarias. Con ello se alude acaso, únicamente, a su condición de norma suprema garantizada. Es preciso algo más. Debe tratarse, además, de una *Constitución material*. Por oposición a las constituciones de

⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 153.

⁷¹ CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de... *Op. Cit.*”, pp. 43-44 y 46-49.

⁷² ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 229.

⁷³ GUASTINI, R. *Estudios de... Ob. Cit.*, p. 154. En sentido análogo, SCHUPPERT, G. F. y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung... Loc. Cit.*, pp. 24-25.

carácter meramente formal o procedimental, como ha sido destacado por PRIETO SANCHÍS, el carácter material de la Constitución implica la presencia de un denso, rico y heterogéneo contenido sustancial, compuesto de normas de diferente denominación (valores, principios, derechos, reglas, etc.) pero dotadas de un mismo sentido: “decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”⁷⁴. Que se trate de una Constitución que aspira a contener una respuesta para las *cuestiones fundamentales* de la comunidad -es decir, caracterizada por su empeño por envolver un *orden fundamental* (*Verfassung als Grundordnung*), llamado a regir en los distintos ámbitos del Derecho y de la vida social⁷⁵-, obliga a intentar llevar hasta las últimas consecuencias tanto la amplitud de miras y el carácter omnicomprensivo de sus disposiciones, como la posición no neutral ante los valores del orden derivado de la tabla de principios y derechos positivizados en su texto⁷⁶. Es preciso acaso asumir que, *cuando menos*, “[l]o sustancial y principal del Ordenamiento jurídico ya está contenido, *en forma de cobertura*, en la Constitución, en sus normas objetivas de principios”⁷⁷ (cursivas fuera de texto). La conjugación en los textos constitucionales modernos de los dos datos arriba anotados -su carácter material y su garantía judicial- acuña los rasgos fundamentales del constitucionalismo actual y determina que la Constitución pueda ser comprendida, a la vez, como límite o garantía y como norma directiva fundamental del ordenamiento⁷⁸.

26. Naturalmente esto no representa la anulación del protagonismo que en la construcción del sistema jurídico corresponde en cada momento histórico al Parlamento por virtud del principio democrático. Como es lógico, que todo el Derecho deba ser conforme a y procurar realizar los mandatos de la Constitución no significa que todas las instituciones que lo conforman se encuentren embrionariamente contenidas en su texto, ni que al legislador le incumba el papel de simple ejecutor de la Constitución⁷⁹. Supone, sí, entender la singularidad de la

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Ed. Miguel Carbonell), Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp. 213-214.

⁷⁵ La consideración de la Constitución como un *orden fundamental* parte de la visión de su texto como “un orden objetivo de valores” con pretensiones de validez en todos los ámbitos del Derecho y de la vida social. Así, como expresa BÖCKENFÖRDE, implica que “la Constitución deja de ser Ordenamiento jurídico fundamental del Estado para convertirse en Ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad”. *Vid.* BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre... Passim*, p. 129.

⁷⁶ HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional* (Ed. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 92.

⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre... Loc. Cit.*, p. 129. En sentido análogo, aunque más explícito y rotundo en su planteamiento, PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los... *Passim*, p. 216.

⁷⁸ PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los... *Ob. Cit.*, p. 214.

⁷⁹ En el Derecho alemán es conocida la crítica de FORSTHOFF a una concepción que ve a la Constitución como un “gran huevo jurídico” del que todo puede obtenerse, desde las normas del Código Penal, hasta las reglas de elaboración de termómetros. *Cfr.* FORSTHOFF, Ernst. *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242.

norma constitucional, la apertura de sus enunciados, la riqueza de sus contenidos, la complejidad del sistema, la pluralidad de voces que busca atender y la multiplicidad de escenarios que –en estas condiciones– pueden surgir como “constitucionalmente posibles”⁸⁰. Impone, pues, desprenderse de los dogmas tradicionales y emprender una labor de conformación del entero orden normativo con arreglo a los mandatos y los lineamientos emanados de la Constitución; *hacer de todo el Derecho* en sus distintos sectores –y no sólo del Derecho Administrativo, conforme a la célebre formulación de WERNER⁸¹– *un Derecho Constitucional concretizado*⁸². En suma, el esfuerzo por pasar por el tamiz de sus reglas y principios, por someter a examen y observación, a la totalidad del sistema.

27. Más que asfixiar o anular la libertad de configuración normativa del legislador, equivale a negar la aceptación de espacios exentos de Constitución o de inmunidades constitucionales a la ley⁸³. En la práctica ello se traduce en la exigencia de *revisión y reconfiguración de muchos institutos y concepciones preexistentes*⁸⁴. La amplitud del espectro de este esfuerzo conlleva abordar desde figuras tan puntuales como el derecho de petición⁸⁵ o la rescisión del contrato por lesión enorme⁸⁶, a instituciones centrales y tan hondamente arraigadas en una determinada tradición jurídica como el principio de autonomía de la voluntad⁸⁷ o el instituto dominical. Este propósito debe cubrir la totalidad del ordenamiento jurídico. Por eso, bajo esta comprensión la constitucionalización del Derecho debe ser entendida como “un proceso de transformación de un ordenamiento, al

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los... *Op. Cit.*, pp. 218 y 219.

⁸¹ En una caracterización ampliamente acogida por el pensamiento *ius administrativista* alemán, erigida en paradigma del desarrollo de esta disciplina (*Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. Javier Barnés), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 49), para Fritz Werner “el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado”. *Vid.* WERNER, Fritz. “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, en *DVBl*, 1959, pp. 527 y ss. Esta cita es recurrente en la doctrina jurídico-administrativa que se aproxima a los fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la... *Passim*, p. 46. También GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho administrativo I, Materiales*, 8ª Reimpresión, Madrid, 1996, p. 14.

⁸² Ello supone entender, desde luego, la complejidad de la concretización en tanto que método de interpretación constitucional. Como certeramente advierte SCHMIDT-ASSMANN, en absoluto debe confundirse “con una suerte de deducción mecánica de conocimientos desde la Constitución (...) La concretización no es sinónimo en modo alguno de «mera ejecución» o de «acción de carácter declarativo». El fenómeno no siempre consiste en la obtención de resultados que, de acuerdo con la voluntad constitucional, habrían sido predeterminados de un modo concreto y unívoco, como una única opción válida derivada de la Constitución”. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la... *Op. Cit.*, pp. 47-48.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los... *Loc. Cit.*, p. 222.

⁸⁴ SCHUPPERT, G. F. y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung... Loc. Cit.*, p. 9.

⁸⁵ *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional (Colombiana) T-567 de 1992, T-242 de 1993 o T-365 de 1998.

⁸⁶ *Cfr.* la sentencia de la Corte Constitucional C-491 de 2000, FJ 10.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-240 de 1993, FFJJ 3-4.

término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales”⁸⁸.

28. Visto desde esta perspectiva, la constitucionalización del Derecho no constituye una cuestión de todo o nada. Encierra un proceso gradual, prolongado y complejo, de reflexión y reforma del orden jurídico a partir de la norma constitucional. Así, de una parte, al ser gradual, un ordenamiento podrá registrar distintos grados de constitucionalización; esto es, podrá estar más o menos constitucionalizado, dependiendo de las diversas circunstancias que rodean a este proceso⁸⁹. De otra parte, el tamaño del desafío que supone la continua verificación de la conformidad del sistema legal con las previsiones constitucionales y su enorme complejidad hacen de ésta una labor de largo aliento, plagada de divergencias con las interpretaciones, concepciones y figuras articuladas en vigencia del ordenamiento anterior. Los conflictos con las categorías y los conceptos forjados bajo la tradición precedente resultan, pues, inevitables, y son en parte responsables de las dificultades y tensiones que caracterizan a este proceso. Igualmente, y puesto que éste no sólo implica a actores principales como al legislador y al Tribunal Constitucional, sino también a sujetos como la Administración, al aparato judicial en general y a la misma doctrina científica, la multiplicidad de actores involucrados se erige en otro factor a considerar al examinar la forma como se desarrolla este proceso y las trabas que el mismo debe encarar⁹⁰. La definición de las consecuencias jurídicas de una determinada norma constitucional (la denominada labor de concretización o *Konkretisierungsaufgabe*) y las dificultades que ésta actividad puede representar en el marco de una constitución programática constituyen asimismo aspectos a tener en cuenta al valorar el desenvolvimiento de este proceso. Si bien es una tarea que puede resultar sencilla en el caso de las prohibiciones constitucionales (prohibición de la tortura, de la esclavitud o de la pena de muerte, p. ej.), su complejidad puede elevarse notablemente tratándose de programas materiales o mandatos de optimización; más cuando para su definición entran en juego consideraciones extrajurídicas como las posibilidades financieras de realizar ciertos derechos⁹¹.

⁸⁸ GUASTINI, R. *Estudios de... Loc. Cit.*, p. 153. Una noción semejante, que acentúa el carácter procesal de este fenómeno, su instrumentación por vías diferentes y su apertura a distintos sujetos y a diversos factores, es defendida por SCHUPPERT, G. F. y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung... Loc. Cit.*, pp. 9 y 25 y ss. Inconforme con este enfoque procesalista que, dice, no aporta nada nuevo a la dogmática constitucional en tanto que simple variación de la idea tradicional de la legislación como concretización del texto constitucional (y en especial de los derechos fundamentales por virtud de su efecto de irradiación), WAHL, Rainer. “Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?”, en *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck, 2002, pp. 192 y ss.

⁸⁹ Sobre los factores condicionantes del proceso de constitucionalización del Derecho, véase SCHUPPERT, G. F. y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung... Loc. Cit.*, pp. 24 y ss.

⁹⁰ Sobre el papel que corresponde a cada uno de los distintos actores que integran la constelación de sujetos implicados en el desarrollo de este proceso, *cfr. Idem*, pp. 45 y ss.

⁹¹ *Idem*, pp. 36-37.

29. Se trata, pues, de un proceso complejo pero insoslayable en el marco de una Constitución material y normativa; típico, por ende, del moderno Estado constitucional de Derecho⁹². *Al hacer de las relaciones del individuo con el poder el eje central del sistema, la Constitución aporta las coordenadas y las claves fundamentales para la (re)construcción de los distintos sectores del ordenamiento jurídico*⁹³. **Encontrar este sustrato y hacer de él el fundamento del entero sistema normativo** es así el principal reto que presenta al Derecho la adopción de una Constitución con estas características⁹⁴.

2. Incidencia de la constitucionalización del Derecho en la articulación de la noción constitucional de la propiedad privada.

30. Como es lógico, el derecho de propiedad privada no constituye un ámbito exento de los impulsos de la constitucionalización del Derecho. Debido a su sentido, objeto y finalidad, éste es un fenómeno que se extiende capilarmente por todo el ordenamiento. De ahí que resulte procedente examinar el régimen legal y la comprensión habitual de este derecho a la luz de las disposiciones constitucionales que rigen la materia. Contrastar la idea general y el régimen legal de la propiedad con las normas de la Constitución supone, en términos metodológicos y como primer paso, identificar los distintos preceptos superiores que inciden en este ámbito, interpretarlos, ponerlos en relación, desentrañar su sentido de conjunto y, a partir de estos elementos, *efectuar una reconstrucción de la noción constitucional de propiedad*. Ante la ausencia de una definición concreta y expresa en el texto constitucional de lo que ha de entenderse bajo este concepto procede entender que se trata de una cuestión abierta, cuyo sentido ha de ser desentrañado, fundamentalmente, a partir de los referentes que él mismo ofrece⁹⁵.

2.1. La apertura de las instituciones constitucionales a la renovación de su sentido originario.

31. Que la regulación constitucional de este derecho haya estado precedida por una centenaria codificación, en la cual se sentaron las bases de la construcción que hicieron posible su consolidación y que le granjearon el lugar de privilegio

⁹² *Ibidem*, p. 24.

⁹³ SCHMIDT-ASSMANN, E. "Cuestiones fundamentales sobre la... *Passim*, pp. 49-50.

⁹⁴ Como observa SCHMIDT-ASSMANN, el compromiso con el proceso de constitucionalización impone dos grandes tareas: "la de hallar los valores que sirven de base al ordenamiento jurídico, más allá de la técnica jurídica; y la de identificar las grandes opciones y posiciones jurídicas, por encima de las normas de detalle". *Vid. Idem*, p. 50.

⁹⁵ Naturalmente, y como se verá más adelante, este tipo de procedimiento arrojará como resultado un concepto genérico, de contornos amplios e imprecisos, pero funcional. Ello hará posible la articulación de una noción de propiedad constitucional que opere como "*concepto ordenador*" o "*criterio directivo*", con arreglo al cual habrán de coordinarse los distintos tipos de propiedad que sean identificados al interior del ordenamiento. Sobre estos conceptos, *Vid. LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª Edición, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 438 y ss.

que ocupa hasta hoy en nuestro medio, no puede representar la inmunidad de esta legislación frente a la supremacía de la Constitución. La fuerza de la tradición no puede imponerse sobre la fuerza normativa del texto constitucional. Aunque a nadie parece sorprender –ni molestar– que el derecho de propiedad sea entendido de un modo por el Derecho Civil y de otro por el Derecho Penal o Mercantil, la idea de una noción jurídico-constitucional propia de este derecho no goza de la misma fortuna. Por suponer incursionar en el terreno firmemente hollado por la codificación, para muchos, pretender reivindicar esta misma autonomía en el ámbito de la Constitución está vedado. Con todo, *el Estado constitucional de Derecho resulta incompatible con la pretensión de legalizar el régimen de la propiedad en la Constitución; impone, en su lugar, la elaboración de un concepto constitucional de propiedad como referente y parámetro de control de la legislación en la materia*⁹⁶.

32. Mal podría entonces aceptarse que so pretexto de la más amplia experiencia y bagaje de la doctrina civilista en este campo⁹⁷, de la mayor seguridad jurídica que pretendidamente ofrece la codificación a este derecho⁹⁸, de las supuestas complicaciones inherentes a la interpretación del régimen constitucional del dominio⁹⁹ o de los posibles excesos cometidos por un legislador y una doctrina obcecados en el establecimiento de una denominada “concepción estatutaria” de la propiedad del suelo¹⁰⁰, sea preciso huir de la Constitución hacia el más seguro refugio del Derecho Civil¹⁰¹. Ningún argumento constitucional podría justificar la idea según la cual la visión jurídico-civil de este derecho, a manera de *supraconcepto metajurídico y metahistórico*, ha de obrar como “faro en relación con cualquier ley o disposición legislativa que regule la propiedad”¹⁰². En ordenamientos que, como el alemán (artículos 1.3 y 20.3 GG), el español (artículo 9.1 CE) o el colombiano (artículo 4 CC), son presididos por la idea de supremacía constitucional, ello resulta sencillamente inadmisibile¹⁰³.

⁹⁶ LEISNER, W. “Eigentum... *Ob. Cit.*, p.1050.

⁹⁷ DE LOS MOZOS, José Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 182-183.

⁹⁸ *Idem*, p. 183.

⁹⁹ Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *La propiedad en las leyes del suelo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 17.

¹⁰⁰ Vid. DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de... Loc. Cit.*, p. 94. También MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en... Op. Cit.*, pp. 18 y 33 y ss. Tajante en su crítica contra esta visión de la propiedad, GALLEGU ANABITARTE, Alfredo. “Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 134, 1993, pp. 727 y ss. La refutación de esta peculiar concepción doctrinal del derecho de propiedad es acometida una vez más por este mismo autor en su artículo “Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*, pp. 136 y ss.

¹⁰¹ Así, DE LOS MOZOS, J. L. *Idem*, pp. 224-225. En igual sentido MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *El derecho de propiedad en... Ob. Cit.*, p. 17.

¹⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *Ibidem*, p. 60.

¹⁰³ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, pp. XXVI-XXVIII.

33. En principio, es preciso reivindicar *la autonomía conceptual* de las instituciones plasmadas en la Constitución¹⁰⁴. Ello supone entender que “[c]ada concepto que pasa al texto constitucional cobra un sentido propio que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede”¹⁰⁵. De lo contrario, se corre el riesgo de desperdiciar el enorme potencial de renovación y avance envuelto en las normas de la Constitución y de renunciar parcialmente al esquema jurídico-constitucional actual y a su fórmula de *las leyes en el marco de los derechos fundamentales*, para retroceder al constitucionalismo antiguo y a su desusada idea de *los derechos fundamentales en el marco de las leyes*¹⁰⁶.

34. Lógicamente ello no puede llevarse al extremo de dar completamente la espalda a la historia y a la tradición jurídica observada en este punto. Sin embargo, no hay duda que la evolución presente del sistema normativo no permite instalarse en la tradición y vivir en ella¹⁰⁷. Si bien es cierto que el arsenal conceptual y teórico *ius privatista* desarrollado respecto al derecho de propiedad puede aportar insumos relevantes para el entendimiento de la estructura, funcionamiento y lógica tradicional de la institución; no lo es menos que ello no puede significar la renuncia a la construcción de una idea de propiedad enteramente adecuada a la Constitución; especialmente cuando la propia norma constitucional ha ido más allá de lo que buscaba el legislador originario. La función de guía del ordenamiento que se predica de sus disposiciones¹⁰⁸, al igual que las múltiples oportunidades y aspiraciones envueltas en su texto, demandan un esfuerzo dogmático que dé cabida a nuevas construcciones que atiendan los diferentes perfiles del régimen constitucional de este derecho y satisfagan las numerosas exigencias que de ellos dimanen. *El factor de estabilización encarnado en la incorporación al texto constitucional de una categoría como la propiedad, clásica y preexistente al momento constituyente (función de preservación*¹⁰⁹), *no puede significar la obstrucción de las fuerzas renovadoras y transformadoras que informan también la norma constitucional*¹¹⁰.

¹⁰⁴ En el Derecho alemán, en el caso del derecho de propiedad, la autonomía conceptual de la Constitución (*selbständige Verfassungsbegrifflichkeit*) ha sido explícitamente defendida por el BVerfG, en especial a partir del determinante fallo *Nassauskiesung*. Véase BVerfGE 58, p. 300 (335 y ss.) Sobre el concepto constitucional de la propiedad en este ordenamiento, Cfr. LEISER, W. “Eigentum... *Loc. Cit.*, pp. 1050 y ss.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 167.

¹⁰⁶ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*, p. 140. También, de este mismo autor, su estudio *Derechos fundamentales y... Op. Cit.*, p. 56.

¹⁰⁷ Así, como indica L. DÍEZ-PICAZO, que la Constitución recoja buena parte de sus conceptos e instituciones del acervo de las tradiciones existentes en la comunidad jurídica en el momento de su promulgación, no significa que éstos “queden cristalizados, esclerotizados o imposibilitados de evolución”. *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1991, p. 1259.

¹⁰⁸ HESSE, K. *Derecho Constitucional y ... Ob. Cit.*, p. 34.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ Debe tenerse presente que, como señala SCHMIDT-ASSMANN, la apertura de la Constitución, en tanto permite “una prudente evolución de las categorías y técnicas tradicionales” constituye una base fundamental para la superación de ineficiencias y problemas estructurales que afronta el

2.2. La singularidad de la proclamación de la propiedad privada en la Constitución de 1991 y su condición de base para la construcción de un concepto autónomo de este derecho.

35. Como se evidencia en su extensión, formulación y contenido, la cuestión de la autonomía conceptual de la propiedad constitucional queda patente en el mismo enunciado del artículo 58 CC¹¹¹. Al establecer en la primera frase de su primer párrafo que “[s]e 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”, el texto constitucional instituye una *garantía constitucional de la propiedad en sentido lato*. Esto es, una garantía de la propiedad que abarca tanto a la propiedad privada en su sentido estricto o jurídico-civil (artículo 669 CCC), como a todo el conjunto de derechos patrimoniales legítimamente adquiridos. Como se verá en detalle más adelante, unos y otros gozan de la misma protección –aunque no con la misma intensidad–, se encuentran vinculados al cumplimiento de una función social y constituyen materia expropiable y susceptible de extinción del dominio.

En consideración al estadio actual de desarrollo de las relaciones económicas –bajo el cual la propiedad inmobiliaria ha perdido buena parte del protagonismo antes ostentado, cedido a nuevas formas de riqueza y a la creciente dependencia del individuo frente a fuentes externas de asegurar su subsistencia– y ante las exigencias de seguridad jurídica que se desprenden de la dinámica del tráfico jurídico-económico presente, resulta comprensible que el constituyente haya optado por la articulación de una *fórmula de garantía patrimonial de contornos amplios*¹¹². En últimas, como sostiene la Corte Constitucional, “[u]n mecanismo constitucional de garantía de la propiedad –y en general de los derechos patrimoniales–, sería incompleto si no se extendiera, como en efecto lo hace el artículo 58 de la C.P – a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes

Derecho en cuanto ciencia de dirección. No es entonces sólo un “factor estabilizador” del ordenamiento, sino también –y en especial– un “elemento de renovación y flexibilidad”. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la... *Ob. Cit.*, p. 51.

¹¹¹ **Artículo 58.-** (Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1999). 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 o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares 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. // El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

¹¹² BADURA, P. „Eigentum... *Passim*, p. 329.

civiles”¹¹³. De esta forma, una primera aproximación a esta situación permite afirmar entonces que la *garantía constitucional de la propiedad* engloba tanto a la propiedad común (propiedad *stricto sensu*), como a otros derechos de contenido patrimonial.

36. Lógicamente, aparejada a esta comprensión de la garantía constitucional de la propiedad discurre una noción constitucional de este derecho cuantitativa y cualitativamente distinta de la noción que de él se emplea en la legislación ordinaria -y señaladamente en el Derecho Civil-. Por un lado, será cuantitativamente distinta por cuanto extenderá su cobertura a un mayor número de situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial; por otro, será cualitativamente distinta, porque el referido incremento del número de fenómenos abarcados se traducirá, forzosamente, en una reformulación del concepto y el contenido de la propiedad. La abigarrada realidad de su cobertura objetiva impedirá así, como de costumbre, cifrar siempre su contenido en los tradicionales *ius utendi, ius fruendi et ius disponendi*. Como se examinará en detalle más adelante¹¹⁴, el ensanchamiento del objeto de protección de esta garantía trae como consecuencia el correlativo “adelgazamiento” de la noción constitucional de propiedad: con el fin de abarcar ese espectro más amplio, ésta debe formularse desde una mayor elevación conceptual, que al tiempo que le permite ganar generalidad y abstracción, le impone una pérdida correlativa de su capacidad descriptiva y una menor densidad conceptual.

37. En estas condiciones, y como se ha mencionado ya, honrar cabalmente las exigencias normativas de la Carta requiere, entonces, sin pretender rupturas bruscas con la tradición, viabilizar y capitalizar la sustantividad propia de las nociones que la Constitución recoge en su texto. Una aproximación técnico-jurídica a esta temática debe entonces partir de la **autonomía conceptual de la propiedad constitucional como presupuesto**; esto es, de reconocer que *la Constitución ha articulado una garantía del derecho de contornos amplios, a la que es inherente una concepción lato sensu del mismo, forjada a partir del conjunto de sus disposiciones, prescindiendo o apartándose idealmente de los desarrollos del ordenamiento que en ese ámbito concreto pudieron antecederle*. Esta autonomía, al tiempo que da carta de naturaleza y legitimación al significado propio de los conceptos constitucionales, los reviste de la entidad conceptual y la sustantividad necesaria para evitar ser interpretados según la ley o la doctrina imperante en el ámbito jurídico del cual puedan proceder. Resulta así ineludible sumergirse y penetrar el interior de la normativa constitucional a efectos de desentrañar **el sentido específico de la garantía constitucional de la propiedad** y abstraer de ella los aspectos esenciales del concepto del derecho que le es inherente y de su régimen general¹¹⁵.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹¹⁴ *Vid. infra* el apartado D-1 del Capítulo Segundo de esta investigación.

¹¹⁵ No puede entonces compartirse posturas de acuerdo con las cuales la vigente regulación constitucional de la propiedad conlleva a su práctica desconstitucionalización y remisión a una

D. Las dificultades para la articulación de la garantía general de la propiedad privada en la Constitución y la determinación del concepto constitucional de este derecho.

38. A pesar de la incontestable fuerza vinculante de las cartas constitucionales modernas, en ocasiones la operatividad de sus preceptos tropieza con obstáculos de diversa índole. Al margen del notable riesgo de ideologización (*rectius* politización) del debate presente en esta materia¹¹⁶, puede decirse que para el caso de la propiedad privada en Colombia existen al menos tres factores que dificultan una comprensión adecuada o frenan el cabal desarrollo de las posibilidades envueltas en su regulación constitucional: de un lado, la idea, propia de nuestra cultura jurídica, según la cual solo existe una propiedad: la del Código Civil; de otro, y estrechamente ligado con el factor anterior, el prejuicio metodológico que surge de esta creencia y, por último, las dificultades inherentes a la interpretación de las cláusulas constitucionales. Estas tres circunstancias comportan una barrera significativa tanto para la identificación y la articulación de la garantía constitucional de la propiedad en su verdadera extensión, como para el reconocimiento de la noción del derecho inherente a esta última.

1. Barreras materiales para la articulación de la garantía general de la propiedad en la Constitución y la determinación de la noción constitucional de este derecho.

39. En lo que concierne a la primera dificultad, esto es, al profundo arraigo que posee en nuestra comunidad jurídica la concepción dominical del Código Civil¹¹⁷, es preciso comenzar por apuntar que, visto desde la perspectiva de la eficacia de la norma, ésta representa una de las mayores barreras que debe encarar la visión del derecho que mana directamente de la Constitución¹¹⁸. *Prima facie* esta situación podría resultar comprensible, en el caso de Colombia, al tener en cuenta la tradición centenaria de la codificación, su secular predominio en este campo y la relativa “juventud” del texto constitucional actual, adoptado apenas a comienzos de la década de los 90, en 1991. Tratándose de un mismo *nomen iuris* –

ulterior definición por parte del legislador. En este sentido, por ejemplo, PECES BARBA, Gregorio. *La Constitución y los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 34.

¹¹⁶ LEISNER, W. “Eigentum... *Ob. Cit.*, pp. 1034-1035.

¹¹⁷ El Código Civil Colombiano (en adelante, CCC), adoptado como ley de la República mediante la ley 57 de 1887, define la propiedad en su artículo 669 en los siguientes términos: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

¹¹⁸ La causa es simple: como observa GALLEGO ANABITARTE, “[e]l jurista está educado en esta materia con un esquema bien sencillo: la propiedad como conjunto de derechos y deberes patrimoniales del ser humano inseparable de su propia libertad y desarrollo de su personalidad, [lo cual] da lugar a que cualquier regulación, modificación o intervención en esa esfera caiga bajo la sospecha de constituir una privación ilegítima y por tanto un ataque a la propiedad”. *Cfr.* GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Op. Cit.* ,p. 122.

el cual, además de no gozar de una definición concreta en la Constitución, ha recibido del Código Civil su más decisivo impulso y ha ocupado un lugar estelar entre sus disposiciones-, podría resultar justificado asumir que se tratan de una misma figura.

40. Sin embargo, una posición de este tipo no sería fiel a las particularidades de la evolución constitucional de nuestro orden jurídico. Ciertamente, a pesar de contar con una Constitución vigente desde 1991, ni la supremacía jurídica de sus normas, ni la garantía jurisdiccional de ésta última, como tampoco la idea de la función social de la propiedad privada, constituyen novedades para el Derecho constitucional colombiano. La primera rige desde 1910¹¹⁹ y la segunda fue introducida a nuestro ordenamiento ya desde 1936¹²⁰. En consecuencia, la extendida inclinación a equiparar una y otra figura, en detrimento de la indagación acerca de las especificidades del régimen constitucional de la garantía de este derecho, más que ser reflejo de una ruptura reciente con la tradición liberal –formalizada ya desde la reforma constitucional de 1936, en tanto que antecedente inequívoco de la actual regulación de esta materia en la Constitución-, revela un alarmante *déficit de constitucionalización* de nuestro sistema jurídico¹²¹.

¹¹⁹ En efecto, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, por medio del cual fueron modificadas diversas normas del texto original la Constitución de 1886, introdujo al ordenamiento colombiano las nociones de supremacía constitucional (artículo 40) y de control de constitucionalidad de la ley (artículo 41); tarea que encomendó a la Corte Suprema de Justicia a instancia de cualquier ciudadano. Con ello, al tiempo que se proclamó constitucionalmente la supremacía normativa de la Constitución, se instauró un mecanismo judicial de control de los actos del legislador (antes inexistente) abierto a la ciudadanía en general mediante la acción pública de inconstitucionalidad que opera desde entonces en el Derecho colombiano. El texto de las disposiciones que consagraron estas instituciones era el siguiente:

Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41.- A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

¹²⁰ De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, antecedente claro del actual artículo 58 CC: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. // La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. // Con todo, el legislador, por motivos de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

¹²¹ Déficit que, de hecho, no es nuevo. Aunque, como se verá más adelante, ello puede explicarse a partir del tipo de constitución adoptada y de la concepción que de ella se tiene, una lectura atenta de las normas originales de la Constitución de 1886 referentes a este derecho permite arribar a la conclusión que, distinto al tópico según el cual ésta no contenía ninguna referencia explícita a la

41. La tendencia a identificar ambas instituciones se percibe de manera especial al interior de la doctrina de Derecho Civil, renuente acaso a asumir la pérdida de centralidad del Código Civil¹²², la “descodificación” de uno de sus tópicos más conspicuos o el cúmulo de implicaciones de la supremacía normativa de la Constitución (*rectius* la constitucionalización del Derecho y, por ende, también del Derecho Privado)¹²³. El Derecho Público, por su parte, más apegado a los

propiedad privada -de donde se desprendía que “había que entenderla según la doctrina prevalente, recogida un año más tarde en el Código Civil adoptado por la Ley 57 de 1887” (Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ B 2)-, su texto sí envolvía diversos elementos relevantes para la reconstrucción de una noción sustantiva de ella. Así, se tiene que el artículo 31 consagraba de manera genérica en su primer párrafo una garantía de los derechos adquiridos con justo título -esto es, sin hacer mención específica al derecho de propiedad-; su segundo párrafo aludía conjuntamente tanto a la prevalencia del interés general sobre el particular en casos de conflicto entre uno y otro derivado de la aplicación de leyes expedidas por motivos de utilidad pública (en su primera frase), como al instituto expropiatorio, del cual enfatizaba su carácter plenamente indemnizable (en su segunda frase). El artículo 32, por otro lado, en su primer párrafo establecía, este sí, en concreto, una garantía específica de la propiedad en tiempos de paz, de la que nadie podía ser privado, “en todo ni en parte, sino por pena o apremio, indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes”. Su segundo párrafo definía las reglas de procedencia de la expropiación: graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, mandamiento judicial y pago previo y pleno de la indemnización correspondiente. Al prohibir expresamente la pena de confiscación y establecer otro límite a las decisiones del poder público, el artículo 34 suponía una reiteración de la garantía de la propiedad de los artículos precedentes. El artículo 35, a su vez, implantó la garantía de la propiedad literaria y artística, expresamente definida con dicho nombre y directamente caracterizada como “bien transferible”. Finalmente, el artículo 37 prohibió las penas irredimibles y la existencia de bienes raíces inenajenables en Colombia. Como puede apreciarse, *la falta de una definición expresa de lo que significaba entonces la propiedad no puede confundirse con la ausencia de normas constitucionales que permitieran perfilar la imagen constitucional de este derecho*. Ante un conjunto de disposiciones como estas, mal puede decirse que el legislador carecía de una imagen maestra (*Leitbild*) que le sirviera de referencia al desarrollar la actividad legislativa -hablamos de referencia en sentido no vinculante, toda vez que el artículo 4 de la ley 53 de 1887 excluyó expresamente la supremacía de las normas constitucionales frente al legislador, posteriormente restablecida por el artículo 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910-. Así, a pesar de su talante marcadamente liberal, la Constitución proclamaba el principio de la prevalencia del interés general, a la vez que establecía una garantía de la propiedad con un espectro objetivo amplio (esto es, que abarca no sólo la propiedad de la tierra y de las cosas materiales, sino que se extiende también a la propiedad literaria y artística, lo mismo que a todos los derechos “adquiridos con justo título”, cuya protección garantiza el primer párrafo del artículo 31) y un fuerte énfasis en el goce y la disposición como atributos fundamentales del titular de este derecho. El primero, derivado de las distintas referencias a la privación del derecho (artículo 31 segunda frase del segundo párrafo y artículo 32); y el segundo, de las alusiones directas al carácter transferible y enajenable de las propiedades literaria e inmueble de los artículos 35 y 37.

¹²² HINESTROSA, F. “Codificación, descodificación y... *Ob. Cit.*, p. 66.

¹²³ Así, por ejemplo, para ARTEAGA CARVAJAL, “[e]l derecho de propiedad privada, al que se refiere la Constitución Nacional, no puede ser otro distinto al que está definido en el Código Civil”. *Cfr.* ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*, 2ª Edición, Bogotá, EFD, 1999, p. 41. De igual forma, BEJARANO GUZMAN, para explicar “[e]l nuevo concepto de dominio en la Constitución de 1991” (subtítulo del apartado que desarrolla inmediatamente) comienza afirmando que “[l]a definición de la propiedad y los mecanismos de defensa y protección de la misma, ha de partir previamente de precisar qué ha de entenderse por concepto y naturaleza del derecho real de dominio”; remisión indiscutible a la normativa del Código Civil.

textos constitucionales que a la tradición -quizás, precisamente, por tratarse de una tradición que le es ajena-, si bien ha remarcado desde antaño la presencia de elementos jurídico-públicos en la regulación constitucional del derecho¹²⁴ y reivindicado la superación de la visión *ius privatista* clásica de la propiedad por parte de la Constitución¹²⁵, no ha conseguido desmarcarse por completo de ella¹²⁶. La sombra de la noción del derecho de propiedad del artículo 669 CCC

Vid. BEJARANO GUZMAN, Ramiro. “Defensa de la propiedad en la Constitución de 1991”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, p. 191. Ante afirmaciones tan rotundas, el margen que puede quedar para la indagación de una posible noción constitucional de la propiedad es, pues, nulo: la obligada remisión al artículo 669 CCC y a toda la doctrina jurídica elaborada en torno suyo inherente a esta postura hace de ello algo innecesario. Reconoce las implicaciones de la constitucionalización de la propiedad y de la consagración de acciones constitucionales en defensa de los derechos fundamentales sobre la dogmática de este derecho RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. “Constitucionalización del Derecho Privado. Protección de la propiedad”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, p. 211.

¹²⁴ Ya en 1937 PAREJA destacaba la importancia que, tras la introducción de la función social de la propiedad en nuestro texto constitucional por el acto legislativo No. 01 de 1936, cobraban asuntos secularmente jurídico-privados (como la propiedad fundiaria) para el Derecho Público. Reivindicaba así la importancia del estudio de la llamada *Ley de Tierras* (Ley 200 de 1936) como algo propio de esta disciplina. En su concepto, fuertemente impregnados por las ideas de la Escuela de Burdeos imperante en la época, “[e]l estudio de la Ley de Tierras corresponde precisamente al Derecho Administrativo, y no al Derecho Civil como algunos lo han pensado, porque, aunque su aplicación afecta derechos meramente privados, es una ley de derecho público y de carácter social. Si el fin del Estado es, primeramente, la prestación de servicios públicos, a que se reduce el cumplimiento de sus deberes sociales, conforme al artículo 15 de la Constitución, la Ley de tierras entra cabalmente a servir de medio de ejecución de aquellos fines, por cuanto desarrolla el concepto de la función social de la propiedad”. *Vid.* PAREJA, Carlos H. *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, 1937, p. 406.

¹²⁵ Un examen a la jurisprudencia constitucional establecida tras la reforma constitucional de 1936 permite corroborar que, a partir de esta fecha, la idea de *la transformación del concepto de propiedad* operada gracias a la incorporación de la función social como elemento particular del régimen constitucional de la propiedad privada es una constante. *Vid.* Sentencias de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) de 10 de marzo de 1938; de 24 de marzo de 1943; de 6 de noviembre de 1967; de 12 de noviembre de 1980; de 18 de abril de 1985; de 11 de agosto de 1988; 17 de agosto de 1989; de 9 de noviembre de 1989; todas ellas proferidas por esta corporación en vigencia del régimen constitucional anterior, en una línea jurisprudencial que, como se verá enseguida, en sus trazos fundamentales, ha sido conservada por su sucesora: la Corte Constitucional.

¹²⁶ Si bien a partir de la entrada en vigor de la Carta de 1991 y de la atribución del control de constitucionalidad a la Corte Constitucional su jurisprudencia ha acentuado el peso de la función social dentro del derecho propiedad, en términos generales podría afirmarse que ésta ha continuado la línea jurisprudencial que le precedía, esto es, ha adherido a la visión relativizada del concepto clásico de este derecho defendida por la CSJ: la propiedad constitucional como una “variación” de la propiedad de la codificación, caracterizada, a grandes rasgos, por la negación de su carácter absoluto y su apertura a las restricciones o modulaciones fijadas por el legislador en virtud de la función social y ecológica que le es inherente. *Cfr.* Sentencias de la Corte Constitucional C-006 de 1993 (FFJJ 11-15), C-223 de 1994, C-595 de 1995 (FJ h), C-126 de 1998 (FJ 36), C-595 de 1999 (FJ B 2), C-204 de 2001 (FFJJ 16-18), C-491 de 2002 (FFJJ 3 y 4); C-1172 de 2004 (FJ 4); C-189 de 2006 (FFJJ 4 y 5).

planea todavía sobre el artículo 58 CC: aún cuando sea para afirmar que este último supone un “alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil”¹²⁷, que “la propiedad privada ya no puede reclamar para sí el atributo de la arbitrariedad ni el carácter absoluto que en tiempos ya superados constituyeron elementos inherentes a ella”¹²⁸, o para aseverar con rotundidad que la norma constitucional establece una noción que “es bien diferente del (la) que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91”¹²⁹, **la idea de dominio plasmada en la codificación es una referencia constante.** Por regla, en una argumentación *a contrario*, se alude a ella en pretérito y en negativo: siempre como elemento de contraste, como *aquello que fue y que ha dejado de ser*. Sin embargo, ocasionalmente, y a semejanza de lo que ocurre en el ámbito del Derecho Privado, también en Derecho Público se hace referencia directa a esta noción, a su carácter de derecho real y a sus atributos (*ius utendi, fruendi et abutendi*) para esclarecer el significado de la propiedad en la Constitución¹³⁰. De una forma o de otra la visión constitucional de este derecho es permanentemente asediada por el régimen dominical del Código Civil.

42. Independientemente de la mayor claridad explicativa y contundencia que esta argumentación *a contrario* pueda aportar a los razonamientos empleados al abordar la problemática del régimen constitucional de la propiedad -lo cual resulta enteramente positivo y en absoluto censurable-, lo cuestionable es haber centrado la atención únicamente en este enfoque y no haber dado el paso siguiente, a saber: **sentar las bases para la definitiva emancipación conceptual de la propiedad constitucional respecto de su homóloga de la codificación.** De una parte, el énfasis generalizado puesto en decir aquello que *no es* (en negativo) la propiedad constitucional ha impedido, en cierta forma, un mayor interés en conocer aquello que *es* (en positivo). Al margen de la preocupación meramente dogmática que ello puede representar, la referencia constante al derecho de dominio del Código Civil resulta determinante por cuanto introduce un sesgo en

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 10.

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-431 de 1994, sin número de fundamento jurídico (en adelante SNFJ).

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ C.

¹³⁰ Así, por ejemplo, en la sentencia C-189 de 2006, la Corte Constitucional, tras extensas consideraciones sobre el régimen constitucional de la propiedad y sus divergencias frente a la noción del Código Civil en los FFJJ 4 y 5, al inicio del FJ 6 afirmó lo siguiente: “De acuerdo con lo expuesto y teniendo como fundamento la Constitución Política de 1991, es claro que puede definirse a la propiedad privada como *el derecho real* que se tiene por excelencia sobre *una cosa corporal o incorporal*, que faculta a su titular para *usar, gozar, explotar y disponer de ella*, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias”. Aunque con algunos matices, la referencia al artículo 669 del Código Civil es directa: recoge su carácter de derecho real, su objeto (una cosa material) y sus facultades (usar, gozar, explotar y disponer de ella). Los matices vienen dados por la ampliación de su objeto a cosas inmateriales (como lo prevé el artículo 670 CCC) y el explícito condicionamiento de su ejercicio a las funciones social y ecológica que la Constitución le asigna. Esta remisión al Derecho Civil se puede apreciar también en las sentencias C-366 de 2000, FJ 4.4 o C-474 de 2005, FJ 9.1.

la comprensión de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC. Encastilla la interpretación de esta norma en los confines de aquella e impide visualizar la garantía constitucional de la propiedad en toda su extensión. En consecuencia, se acaba por cercenar una porción importante del cuadro objetivo de la garantía constitucional de la propiedad¹³¹. Ésta no sólo se extiende a la propiedad tal como se le entiende en el Derecho Civil (propiedad *stricto sensu*); como se evidencia en la atenta consideración de las distintas disposiciones que conforman su régimen en la Constitución, va más allá. De otra, la reticencia para desprenderse de la construcción civilista del derecho real de dominio al interpretar la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC no sólo ha obstaculizado la cabal reconstrucción de la garantía constitucional de la propiedad (*lato sensu*) y frustrado una fundamentación e interpretación estrictamente constitucional de este derecho. Como se verá a continuación, ha terminado por convertirse en un factor perturbador de la labor de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

43. En consecuencia, y desde una perspectiva global, la aparente continuidad de esta aproximación (una definición negativa de la propiedad -naturalmente acompañada de la reiteración de la función social que le es inherente-, enmarcada por las referencias conceptuales del Derecho Civil), ha privado a nuestro Derecho de la oportunidad de explorar las especificidades del régimen constitucional de la propiedad. Ello ha impedido identificar sus perfiles, aislar conceptualmente la esencia de la idea de propiedad que garantiza su texto, distinguirla de su homónima de la codificación y, lo cual resulta aún más trascendente en esta materia -dadas sus innegables implicaciones prácticas-, redescubrir la garantía constitucional del derecho -en toda su extensión- y emprender la reconstrucción sistemática de su régimen jurídico-constitucional. Tarea, esta última, que supone el desafío de acotar y articular de manera adecuada los ámbitos de aplicación de las distintas figuras que confluyen en él (especialmente figuras como el derecho subjetivo, la delimitación de su contenido por virtud de la función social que le es inherente, expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado), de otra forma condenadas a diluirse estérilmente en medio de la confusión conceptual o a subutilizarse o desquiciarse por causa de una desordenada interacción.

¹³¹ Aunque de forma un tanto equívoca, como en la sentencia T-015 de 1992 (SNFJ), o intuitiva, como en la sentencia C-006 de 1993 (FJ 14), la Corte Constitucional ha realizado aproximaciones tímidas a esta comprensión *lato sensu* de la garantía constitucional de la propiedad. Así, en la primera de estas sentencias, en un contexto argumentativo confuso y sin ningún protagonismo dentro de su razonamiento, el juez constitucional alude a que “el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos estos como los objetos inmateriales susceptibles de valor” (cursivas fuera de texto). En la segunda sentencia, quizás la reconstrucción más completa del régimen constitucional de la propiedad efectuada por la Corte Constitucional desde el comienzo de su labor en 1992, *obiter dictum* afirma que “[u]n mecanismo constitucional de garantía de la propiedad - y en general de los derechos patrimoniales -, sería incompleto si no se extendiera, como en efecto lo hace el artículo 58 de la C.P - a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”. (FJ 14) Sin embargo, ni entonces ni después esta rotunda y trascendental afirmación ha sido objeto de un desarrollo ulterior por la jurisprudencia constitucional.

44. Así las cosas, más que por un prurito dogmático, poderosas razones prácticas aconsejan igualmente el deslinde del plano jurídico-constitucional de la propiedad de su más recortado plano jurídico-civil. Como se verá a continuación, la homologación de uno y otro es causa de un pernicioso sesgo metodológico que perturba no sólo el normal avance de la reflexión y el debate sobre la constitucionalización de nuestro ordenamiento, sino que incide asimismo sobre la concepción y aplicación del régimen jurídico-constitucional de este derecho: sin duda, la falta de claridad sobre estos asuntos constituye el medio ideal para la proliferación de los abusos, bien por parte de los propietarios, bien por parte de los poderes públicos, en detrimento tanto de los intereses del conjunto de los implicados (propietarios, administraciones públicas y comunidad), como de la legitimidad y eficacia de la norma constitucional misma.

2. Barreras metodológicas para la articulación de la garantía general de la propiedad en la Constitución y la determinación de la noción constitucional de este derecho.

2.1. Implicaciones dogmáticas de la inadecuada conceptualización del derecho de propiedad: repercusiones sistemáticas.

45. Producto directo de la barrera socio-cultural antes mencionada es la dificultad metodológica que debe afrontar quien desee efectuar un acercamiento al régimen constitucional de la propiedad. Las reservas del juez constitucional en torno a la autonomía conceptual de este derecho y sus vacilaciones sobre la extensión objetiva de la garantía del mismo suponen que la identificación del concepto de la propiedad constitucional resulte una labor más compleja de lo que cabría esperarse; y, lo que es más problemático aún, que la definición de su contenido resulte igualmente equívoca¹³². Entender que la garantía constitucional de la propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC envuelve sólo una remisión directa e irremediable al artículo 669 CCC supone, en primer lugar, y como se ha mencionado ya, acortar sustancialmente el ámbito de cobertura de su protección de las posiciones jurídico-patrimoniales de los ciudadanos, limitada entonces de manera exclusiva a la propiedad privada en los términos de esta última disposición. En segundo lugar, y ya en el plano del concepto de propiedad constitucional inmanente a dicha garantía, implica llevar al ámbito de dicho concepto los caracteres y los atributos del derecho real de dominio¹³³. Si bien esto puede resultar operativo en un primer momento, pues proporciona una salida rápida a eventuales cuestiones que se puedan presentar, en el largo plazo resulta insostenible y altamente inconveniente.

¹³² DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana. *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución Española de 1978*, Tomo I, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2004, p. 129.

¹³³ *Ibidem*.

46. Aún cuando ello implique asumir una posición formalmente segura y *prima facie* garantista, en tanto asentada en un referente conceptual inequívoco -la definición del derecho del artículo 669 CCC- que representa, en ese orden, una opción eficaz en defensa del derecho de los propietarios, una postura de esta clase dará lugar a diferentes trastornos dentro del funcionamiento del *sistema constitucional de la propiedad* tal como está concebido en la Constitución. Este engranaje, construido sobre la idea de propiedad constitucional como *momento de encuentro y equilibrio de los intereses personales del propietario con los intereses generales de la comunidad*, integra las distintas figuras ideadas por el constituyente con el fin de hacer de la propiedad privada un instrumento que asegure tanto la libre y responsable autoconfiguración de la vida del individuo, como la transformación económica y social de la colectividad. Derecho subjetivo, función social, expropiación, extinción del dominio y responsabilidad patrimonial del Estado son figuras confluyentes en este ámbito. **La noción constitucional de propiedad es su eje central.** Su interacción recíproca supone un replanteamiento de la tradicional garantía patrimonial de los ciudadanos, habitualmente centrada en el instituto de la responsabilidad extracontractual de la Administración. De ahí su importancia. De qué se entienda por propiedad constitucional dependen aspectos tan determinantes como (i) la identificación de aquello que merece ser amparado por la garantía constitucional del derecho, (ii) la tipificación de aquello que se encuentra vinculado al cumplimiento de la función social que se atribuye a la propiedad, (iii) la definición del contenido esencial que debe ser respetado por el legislador cuando delimite este derecho, (iv) la identificación de aquello que puede ser expropiado o sometido a procedimiento de extinción del dominio con apego a las condiciones previstas por el texto constitucional y, como reflejo de lo anterior, (v) un relajamiento de las consecuencias patrimoniales (*rectius* indemnizatorias) de la intervención estatal en el ámbito protegido por el derecho de propiedad al amparo de la función social que le es inherente.

47. Como puede anticiparse, las consecuencias que se desprenden de cuestiones como estos cinco aspectos son múltiples y de gran calado. Por principio, la adopción de una postura que iguale el sentido y los contenidos de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC con el artículo 669 CCC, al restringir la propiedad constitucional al derecho real de dominio de la codificación, limitaría de sobremanera el alcance y efectividad del sistema constitucional de la propiedad. Representaría serias trabas para el normal funcionamiento de este esquema; en especial, para la protección de situaciones jurídico-patrimoniales merecedoras de tutela y para el cumplimiento de la finalidad transformadora que le ha sido señalada -sus dos pilares fundamentales-. Significaría que solo gozan de la protección de la garantía del derecho del artículo 58 CC aquellas posiciones susceptibles de ser catalogadas como derecho-real de propiedad; lo cual determinaría, a su vez, el contenido esencial del derecho de propiedad y el alcance objetivo de la función social, del instituto expropiatorio y de la extinción del dominio. El recorte que ello supondría para la cobertura de la función social del derecho representaría, a su vez, un ensanchamiento correlativo de la órbita correspondiente a la responsabilidad patrimonial del Estado. Un resultado

claramente insatisfactorio si se confronta con el ambicioso programa material contenido en la Constitución y se tienen en cuenta las serias implicaciones que de ello podrían desprenderse tanto para la legitimidad de las intervenciones públicas (normativas y fácticas) en el ámbito de la propiedad¹³⁴, como de sus consecuencias patrimoniales (visto desde el prisma de la responsabilidad extracontractual del Estado)¹³⁵.

¹³⁴ Así, por ejemplo, en la sentencia C-491 de 2002 la Corte Constitucional debió examinar la constitucionalidad de una norma (artículo 217 Numeral 1º del Decreto 1355 de 1970) que reconoce a los alcaldes municipales la potestad de ordenar la reparación de las construcciones o el arreglo de las fachadas de los bienes que se encuentran en su jurisdicción y registran mal estado de conservación o de presentación. En su FJ 5 la Corte alude a cómo esta disposición se traduce en la imposición de una obligación de construcción y mantenimiento que vincula tanto a propietarios como *poseedores* y aporta algunos argumentos para sustentar esta interpretación extensiva de dicha obligación. Antes que hacerlo con base en la función social de la propiedad, la Corte invoca otro tipo de razones, no obstante haber sido aquella consagrada en la primera frase del segundo párrafo del artículo 58 respecto de *toda propiedad (lato sensu)*, con lo cual afecta tanto al propietario (en el sentido jurídico-civil de la expresión) como al poseedor (en tanto que titular de un derecho de propiedad en sentido jurídico-constitucional). Para sustentar esta posición el juez constitucional acoge el precedente sentado en la sentencia T-013 de 1992 en punto a la interpretación de las disposiciones que consagran esta potestad. De acuerdo con lo entonces afirmado: “[d]e una primera lectura de las normas transcritas podría concluirse que aquéllas sólo comprenden, en sus enunciados normativos, a los titulares del derecho de dominio de la construcción, casa o edificio en mal estado de conservación o presentación o que amenace ruina; empero, por la naturaleza de las cosas que se regulan en dichas expresiones normativas se puede concluir que también comprenden a los poseedores del inmueble en cuestión, ya que lo que señala la ley es la facultad policiva de asegurar el estado de conservación y presentación de los edificios o casas levantados en el municipio (art. 217 C.N.P.), y/o la seguridad y tranquilidad pública (art. 216 C.N.P.), y nada más coherente con dicho enunciado, que interpretarlo en el sentido que comprenda como destinatarios de la orden del Alcalde que ejerce la función de Policía local, a los titulares del derecho de dominio y a los poseedores de los inmuebles.” (Sentencia T-013 de 1992, FJ C) Dada la naturaleza policiva de la controversia ventilada en esta última sentencia (se discutía si la poseedora de un inmueble aledaño a un bien declarado en ruina podía ser afectada por la orden de desalojo impartida por el alcalde local, a pesar de aludir la norma que le otorga dicha potestad únicamente al “dueño” del bien en cuestión), en este pronunciamiento la Corte se centra en la extensión de la función de policía por parte de las autoridades municipales. A pesar de aludir a intereses públicos como la seguridad, la salubridad y la tranquilidad ciudadana como fundamento de las facultades de policía conferidas al alcalde, el juez constitucional en ningún momento menciona ni se apoya en la función social -que también debe resultar predicable del derecho de posesión según la concepción lato sensu de la garantía constitucional de la propiedad prevista en la Constitución- como fundamento de la interpretación extensiva efectuada. Producto de la comprensión restrictiva de la garantía de la propiedad y del empleo de una noción *stricto sensu* de la propiedad constitucional, a pesar de su enorme potencial y manifiesta importancia, la función social de la propiedad sufre un recorte sustantivo de su ámbito de cobertura. Lo mismo sucede con el instituto expropiatorio. Sobre este último punto, *vid. infra* el apartado A-1.3 del Capítulo Quinto de esta investigación.

¹³⁵ Ciertamente, una comprensión *lato sensu* de la garantía constitucional de la propiedad y de la incidencia de la función social sobre las posiciones individuales de contenido patrimonial podría comportar, en ciertos casos, el reconocimiento de la influencia que debe ejercer esta temática en ciertos ámbitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y suponer una flexibilización del régimen aplicado por la jurisprudencia contenciosa administrativa en materia de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas (*v. gr.* casos de responsabilidad por actividad normativa del Estado o por las secuelas patrimoniales de una obra pública). Esto, por cuanto buena parte de las denominadas cargas públicas pueden subsumirse bajo la idea de función social de la propiedad. Aunque, como se verá más adelante (*vid. infra* el apartado E del Capítulo Cuarto

2.2. Implicaciones prácticas de la inadecuada conceptualización del derecho de propiedad: el trastorno del control de constitucionalidad.

48. A las anteriores consecuencias sistemáticas de la inadecuada formulación del concepto constitucional de propiedad, es preciso añadir las perturbaciones que ello ocasiona a la tarea de control de constitucionalidad. La sentencia C-189 de 2006 de la Corte Constitucional ilustra de manera gráfica las dificultades metodológicas que comporta homologar la propiedad constitucional a la propiedad derecho-real del Código Civil. En este pronunciamiento el juez constitucional debía determinar si la prohibición de “venta de tierras” de los *predios particulares* integrados al denominado Sistema de Parques Naturales establecida por el artículo 13 de la ley 2ª de 1959 infringe o no el contenido esencial del derecho a la propiedad privada que garantiza el artículo 58 CC¹³⁶.

49. Tras efectuar un repaso de su jurisprudencia sobre este derecho en el Estado social de Derecho y subrayar la importancia de la función ecológica y social que le asiste según el artículo 58 CC, la Corte Constitucional entra a analizar el núcleo o contenido esencial de la propiedad privada y a reiterar su jurisprudencia en este punto. Afirma así, como lo ha venido haciendo en otros pronunciamientos, que éste “lo constituye el mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición que produzcan utilidad económica a su titular”¹³⁷; es decir, formula una regla que si bien está concebida en términos generales y de mínimos intangibles (de manera acorde con la idea de “núcleo esencial” defendida por la Corte desde los inicios de su jurisprudencia¹³⁸), pivota sobre la idea que de la propiedad privada da el Código Civil (centrada en las facultades de goce y disposición). Si esta regla representa el parámetro de control a que debe estar sometida la actividad del legislador en materia de propiedad privada no hace falta de un gran esfuerzo hermenéutico para concluir que, así planteado, la restricción legalmente impuesta a este derecho en dicho caso –consistente, se repite, en la imposibilidad de enajenar o disponer de aquellos *predios privados* incorporados al Sistema de Parques Naturales- resultaría inconstitucional. Un

de este trabajo), ello no excluye la eventual indemnización de las lesiones antijurídicas que sean ocasionadas, obliga a conectar el instituto de la responsabilidad con el régimen constitucional de la propiedad privada y a reflexionar sobre la relación que existe en estos casos entre la antijuridicidad de un daño y su cobertura por la función social del derecho.

¹³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 2.

¹³⁷ *Idem*, FJ 8. *Vid.* también C-006 de 1993, FJ 14; T-427 de 1998, FJ C3; C-595 de 1999, FJ C; C-204 de 2001, FJ 21; C-491 de 2002, FJ 4; C-544 de 2007, FJ 15.

¹³⁸ A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos alemán o español, donde el propio texto constitucional prevé la vigencia de un “contenido esencial” como límite a la actividad legislativa (artículos 19.2 GG y 53.1 CE), el texto constitucional colombiano nada dice al respecto. Sin embargo, ello no ha impedido que la doctrina del “núcleo esencial” haya estado presente desde los inicios de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Vid.* La sentencia T-002 de 1992, FJ 4. De hecho, ha conocido un notable desarrollo jurisprudencial. *Cfr. infra* el apartado C-3 del Capítulo Segundo de este trabajo.

simple análisis silogístico, apoyado en un enunciado condicional del tipo “Si X, entonces Y”, bastaría para alcanzar tal conclusión. Sin embargo, otro es el resultado al que arriba la Corte en su parte resolutive. *El manejo de un concepto constitucionalmente inadecuado de derecho de propiedad se encuentra en la base de esta aparente antinomia.*

50. Tras un breve análisis de algunas de las distintas posiciones jurídico-patrimoniales desarrolladas por el Derecho ordinario (derechos personales, derechos reales, derechos de autor -en su vertiente patrimonial y moral- y acciones), la Corte concluye, inductivamente, que la libre y permanente disposición sobre el objeto del derecho no constituye un atributo típico de la propiedad privada en las diferentes formas que ésta conoce en el ordenamiento infraconstitucional¹³⁹. En contraste, su estudio deja entrever la importancia crucial que invariablemente se reconoce a las facultades de uso y goce sobre el mismo, en tanto que vías más expeditas para asegurar el aprovechamiento privado y la utilidad particular de la propiedad¹⁴⁰. A pesar de no ser expresamente reconocido por la Corte, es claro que esta línea argumental, aunque técnicamente cuestionable -pues ante la ausencia de precedentes constitucionales o de una elaboración jurídico-constitucional que le pudieran servir de sustento en este punto, la Corte se ve obligada a efectuar una velada interpretación de las normas constitucionales a la luz de las normas legales, y no a la inversa, como lo impone la lógica del Estado constitucional-, tiene una única finalidad: poner de manifiesto *la pluralidad de formas jurídico-patrimoniales que gozan del amparo de la garantía de la propiedad constitucional*. En otras palabras, y aunque no lo declare así, con ello el juez constitucional busca destacar la dilatada extensión de la cobertura de la garantía constitucional de la propiedad. Ante la sinsalida que representa enfrentarse a un contenido esencial construido sobre el modelo del Código Civil, la Corte Constitucional se ve obligada a apelar a este singular recurso (pasar revista a la realidad de la propiedad en el Derecho ordinario) para poner en evidencia la variedad de figuras cobijadas por esta garantía y la heterogeneidad de sus regímenes. Ello le permite constatar que **la propiedad constitucional no puede reducirse a los términos del artículo 669 CCC**, esto es, que *el derecho real de dominio, es sólo una de las múltiples posiciones jurídico-patrimoniales cobijadas por la garantía del derecho de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC*. Por ende, deduce el juez constitucional en su análisis, nada impide -por el contrario, resulta imperativo- apartarse del marco conceptual de aquella disposición para aclarar el sentido de esta última.

51. Sólo a partir de esta constatación empírica -*explicable únicamente en un contexto presidido por el referido prejuicio metodológico*- la Corte puede liberarse de los más estrictos márgenes de apreciación envueltos en la comprensión civilista de la garantía de la propiedad del artículo 58 CC para, con base en ello -y aunque tampoco lo reconozca así-, modificar la regla elaborada sobre el contenido

¹³⁹ FJ 9.

¹⁴⁰ *Idem*.

esencial de este derecho¹⁴¹. En efecto, una vez demostrado que la garantía de la propiedad constitucional no se agota en las fronteras trazadas por el derecho real de dominio, y a pesar de tomar como punto de partida la regla antes formulada – esto es, que el núcleo esencial de la propiedad “se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular”¹⁴²- a lo largo de su análisis jurídico-positivo el juez constitucional se va distanciando de dicha premisa mediante la introducción de matices que, al permitirle concluir que dicha restricción no resulta contraria al núcleo esencial de la propiedad, en rigor, no pueden más que suponer su reformulación. Una reformulación que, en concordancia con la amplitud y heterogeneidad de objetos amparados por la garantía del derecho contenida en la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC, centra su protección en la guarda del aprovechamiento privado y de la utilidad personal del derecho.

52. A pesar de la amplitud de este planteamiento, lo cual puede significar un control de menor intensidad sobre las leyes desarrolladas en la materia por parte del juez constitucional -aunque no obligadamente¹⁴³-, es preciso apuntar que éste responde de manera más adecuada a las exigencias constitucionales: en primer lugar, porque *desvela la extensión verdadera de la garantía constitucional de la propiedad*. Ésta no se limita a la propiedad en el sentido que le otorga el Derecho Civil; abarca otros derechos y lleva implícita una noción constitucional de propiedad *lato sensu*. Con ello no sólo se ofrece la oportunidad de efectuar una fundamentación asentada directamente en la Constitución, sino que se da valor pleno a la fórmula general empleada en la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC al estatuir la referida garantía: “[s]e garantiza la propiedad

¹⁴¹ Aun cuando la Corte no hace explícito este giro en su jurisprudencia, no otra conclusión puede extraerse de lo expuesto en los FFJJ 10 y 18, en los cuales simple y llanamente se deja a la facultad de disposición del propietario fuera del ámbito de protección reforzada del derecho fundamental que es su contenido esencial. Tras cerrar el análisis ya comentado al Derecho positivo, el alto Tribunal pasa a afirmar que: “En conclusión, es compatible con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada que el legislador establezca prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen a salvo el ejercicio de los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad”. (FJ 10) La sustracción de uno de los dos componentes que antes lo integraban supone una **alteración notoria y significativa** de la sustancia del derecho, con lo cual cualquier esfuerzo por matizar o disimular esta circunstancia resulta inútil e, incluso, nocivo, ya que impide apreciar con claridad la realidad de la interpretación constitucional en un determinado momento.

¹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 9.

¹⁴³ A menor grado de definición y astringencia de las fronteras del contenido esencial del derecho de propiedad, mayores serán las facultades de delimitación del legislador y menos estricto será el juicio de constitucionalidad que sobre los desarrollos de este último pueda efectuar la Corte Constitucional. Por esto, como se plantea en este escrito, resulta imperativo articular fórmulas que permitan mitigar dicha circunstancias a efectos de impedir que la concepción amplia de este derecho en la Constitución se traduzca en su desprotección. La definición de un claro repertorio de límites constitucionales a la actividad de delimitación (*vid. infra* el apartado F del Capítulo Cuarto de este trabajo) o de una tipología de derechos de propiedad (*vid. infra* el apartado D del Capítulo Segundo *idem*) resultan útiles para este fin.

privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”, a día de hoy prácticamente subutilizada¹⁴⁴. Segundo, por cuanto se acentúa y amplía considerablemente el espectro objetivo sobre el cual puede actuar el legislador en relación con la configuración de la esfera jurídico-patrimonial de los individuos de cara a hacer efectiva la función social y ecológica del derecho. Tercero, por representar el ensanchamiento del ámbito de protección de la garantía constitucional de la propiedad más allá de los confines de la propiedad derecho-real del Código Civil, para ofrecer cobertura a posiciones jurídico-patrimoniales que a pesar de su naturaleza, sentido y finalidad, de otra forma quedarían huérfanas de este tipo de amparo. Y por último, porque al ensanchar el ámbito de protección de la garantía del derecho se amplía correlativamente la esfera de cobertura del sistema constitucional de la propiedad y de los distintos dispositivos previstos de cara a hacer de este derecho un instrumento al servicio del Estado social de Derecho y de sus fines relacionados con la transformación del orden económico y social; cuestión decisiva a efectos de determinar el ámbito de aplicación de instrumentos como la expropiación o la extinción del dominio, o de definir las consecuencias patrimoniales de ciertos actos materiales o jurídicos de las autoridades públicas susceptibles de ser amparados por la función social del derecho (p. ej. construcción de obras públicas, modificación de planes urbanísticos, etc.).

3. Barreras hermenéuticas para la articulación de la garantía general de la propiedad en la Constitución y la determinación de la noción constitucional de este derecho.

53. Finalmente, las dificultades propias de la hermenéutica constitucional pueden constituir un último obstáculo para la erección de la garantía constitucional de la propiedad y la construcción de la noción autónoma del derecho que esta última lleva implícita. También en este caso la interpretación constitucional resulta fundamental para la preservación y consolidación de la fuerza normativa de la Constitución¹⁴⁵. La particular apertura y amplitud de sus disposiciones, responsable de que los problemas de interpretación sean una cuestión cotidiana en el ámbito del Derecho Constitucional¹⁴⁶, se hace presente e influye, al igual que en otros tantos temas, sobre la construcción del régimen constitucional de este derecho. A diferencia de la codificación, que en su artículo 669 define la propiedad como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de

¹⁴⁴ A pesar de formar parte de nuestro ordenamiento desde su incorporación en el artículo 31 de la Constitución de 1886, es poco el desarrollo que ha conocido esta fórmula. Si bien ha propiciado la articulación de la tutela a los derechos adquiridos, son muchos los interrogantes no abordados que suscita esta disposición, eclipsada por la natural preeminencia del derecho de propiedad *stricto sensu* al que también se hace mención en dicho enunciado.

¹⁴⁵ HESSE, K. *Escritos de... Loc. Cit.*, p. 69.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 34. En sentido análogo, *Vid.* BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 105-106.

ella [arbitrariamente]¹⁴⁷, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”, la Constitución no contiene una definición explícita de lo que debe entenderse por propiedad. Al establecer que “[s]e garantizan la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC consagra una garantía genérica del derecho. Como se ha mencionado ya, ella asegura la protección de las distintas posiciones jurídico-patrimoniales susceptibles de ser catalogadas de propiedad constitucional (propiedad *lato sensu*), mas no especifica qué debe entenderse por tal. Además de la garantía del derecho, el artículo 58 CC contiene la consagración del principio de prevalencia del interés general sobre el particular (párr. 1 frase 2); la consagración de la función social y ecológica de la propiedad (párr. 2); la proclamación del compromiso estatal con la protección y la promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad (párr. 3) y, finalmente, la garantía expropiatoria (párr. 4). Como puede observarse, la indefinición acerca del significado de la propiedad constitucional es ostensible y se hace extensiva, por contera, a la cobertura de la garantía del derecho.

54. Tanto su vocación-aspiración de permanencia, como su opción por la instauración de un sistema político al que son inherentes principios como el democrático, la participación y el pluralismo, imponen a la Constitución la adopción de normas que se mantengan abiertas a distintas configuraciones¹⁴⁸. La ausencia de una estructura normativa típica (esto es, de regla condicional), al igual que la falta de una respuesta precisa o de una decisión concreta en torno a qué ha de entenderse como cobijado por la garantía del derecho contenida en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, excluye el recurso a la tradicional subsunción e impone la necesidad de una interpretación constitucional que permita hacer emerger el sentido de esta disposición. Dadas las referidas particularidades de la norma constitucional, en especial la vaguedad e indeterminación de sus términos, de poco servirán a este respecto los métodos tradicionales de interpretación.

55. La formulación amplia e indeterminada de su texto difícilmente se presta para una interpretación literal. Ello no sólo es consecuencia de las inquietudes semánticas que puedan surgir durante el proceso de reconstrucción del significado de sus palabras (¿debe hacerse ello con arreglo a su significado común o debe más bien atenderse a su significado jurídico especializado?), sino también de la estructura altamente compleja de algunos de sus enunciados. En el caso del artículo 58 CC ello es manifiesto. Una primera aproximación al enunciado contenido en la primera frase de su primer párrafo –en el cual se estatuye la garantía constitucional del derecho *lato sensu*- supone resolver preguntas acerca de qué se entiende por “propiedad” y por “derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”, lo mismo que desentrañar el alcance de la expresión “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

¹⁴⁷ La expresión “arbitrariamente” fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 1999.

¹⁴⁸ DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Loc. Cit.*, pp. 43 y ss.

Aun cuando a primera vista puedan parecer preguntas elementales o de sencilla respuesta, no lo son: ¿cuál es el significado de “propiedad”? ¿Es ésta la misma propiedad del artículo 669 del Código Civil o hace referencia a una propiedad diferente? ¿Qué quiere decir “derecho adquirido”? ¿Qué significa “con arreglo a las leyes civiles”? ¿Supone ello que no podría haber derechos de “propiedad” emanados de leyes consideradas de Derecho Público? ¿En qué se concreta la garantía de no desconocimiento ni vulneración por leyes posteriores? ¿Vincula esta garantía sólo a la ley formal o se predica también de otras normas o formas jurídicas?

A las múltiples preguntas que suscita esta primera frase deben sumarse las que resultan de proclamación, en la segunda frase de este mismo apartado del artículo 58 CC, del principio de prevalencia del interés general. De acuerdo con este enunciado siempre que de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social los derechos particulares entren en conflicto con la necesidad que aquella reconoce, éstos deberán ceder ante el interés público o social. ¿Qué quiere decir “ceder”? ¿Cuáles son las leyes expedidas “por motivos de utilidad pública e interés social”? ¿A qué aluden las nociones de “utilidad pública e interés social”? ¿A qué tipo de “necesidad” se refiere? ¿Se hace referencia a la ley en sentido formal o en sentido material? ¿Qué significa que el conflicto entre interés particular e interés general surja “de la aplicación de una ley”? Y, en últimas, si el interés particular debe ceder ante el interés general ¿dónde queda la garantía consagrada en la frase primera? ¿A qué se contrae entonces esta garantía?

A esta multitud de preguntas deberá agregarse una más, derivada de la primera frase del segundo párrafo, de acuerdo con la cual “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”. La primera (y quizás la mayor) inquietud que suscita este enunciado es, sin duda, qué quiere decir esto. ¿Es ello una definición de la propiedad constitucional? Entonces, si la propiedad es *sólo* una función social ¿por qué se reconocen y garantizan en el párrafo primero los intereses particulares? ¿A cuenta de qué establece este mismo apartado que el interés particular *cede* (y no “desaparece” o se “extingue”) ante los intereses públicos? ¿Para qué se prevé en el párrafo cuarto de este mismo artículo la figura de la expropiación? ¿Por qué articular en los artículos 63 CC y 102 una categoría especial denominada “bienes públicos”?

56. Como puede observarse, se trata de preguntas que difícilmente encuentran solución en la letra del texto. Es preciso indagar más allá. Sin embargo, ni la interpretación histórica, ni la teleológica aportaran respuestas concluyentes¹⁴⁹. La falta de una postura inequívoca frente a las distintas materias que abarca en su texto impide hallar en la Constitución o en el constituyente una “auténtica

¹⁴⁹ Sobre estos criterios, lo mismo que sobre el gramatical y el sistemático, Cfr. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Derecho romano actual*, T. I, Madrid, F. Gongora y Cia. Editores, 1878, pp. 149 y ss. También PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, 4ª Edición, Madrid, Trotta, 2009, pp. 270 y ss.

voluntad” que descubrir¹⁵⁰. De ahí que no resulte sencillo desentrañar el espíritu o la finalidad de sus normas. Sin embargo, su utilidad no puede descartarse del todo; eventualmente podrán *señalar una dirección o marcar una pauta en la labor interpretativa*. El criterio sistemático, finalmente, al perseguir identificar el sentido de un enunciado en relación con el conjunto de disposiciones que le rodean y el entero estatuto que lo contiene, resulta más útil que los anteriores. Con todo, más que aportar el significado exacto de una norma, el criterio sistemático funciona como **un criterio guía y un criterio límite**: lo primero, en tanto brinda elementos que permiten aproximarse a su sentido; lo segundo, en cuanto limita las posibilidades hermenéuticas del enunciado interpretado¹⁵¹. Al ofrecer pistas para acercarse al significado y alcance de una norma, por un lado, y permitir desechar aquellas opciones interpretativas que resultan contradictorias con el sistema en que se encuentra insertada, por el otro, el criterio sistemático resulta fundamental dentro de la hermenéutica de la Constitución.

57. Ahora bien, la complejidad de la labor exige ensanchar el repertorio instrumental y ampliar el horizonte de puntos de vista a considerar. Ello supone atender también a criterios interpretativos más recientes que, como el consecuencialista, el de la no redundancia, de la reducción al absurdo, de la naturaleza de las cosas o de la interpretación conforme con el ordenamiento internacional, atienden igualmente a una perspectiva sistemática y contribuyen a la reconstrucción de una noción, primero mediante el señalamiento de exigencias interpretativas, y luego mediante el descarte de opciones hermenéuticas contrarias a tales exigencias¹⁵².

58. Así las cosas, a pesar de carecer de una descripción precisa y formal del significado y alcance de este derecho y de su garantía en la Constitución, su consagración implica también, dado el sistema normativo que se articula a su alrededor y el cuadro axiológico que le sirve de base, lo mismo que las metas trazadas en lo económico y social, y las pretensiones normativas de la Constitución, la adopción de **una noción singular y sustantiva de este derecho**. *Una idea constitucional de propiedad que si bien no encuentra una definición detallada en sus normas, cuenta con contornos más o menos precisos que permiten perfilar sus rasgos esenciales*¹⁵³.

E. Implicaciones de la articulación de un concepto de propiedad según la Constitución y no según el Código Civil.

59. Que no es lo mismo hablar de propiedad privada a la luz de las disposiciones del Código Civil que a la luz de su visión constitucional es un hecho que se hace

¹⁵⁰ HESSE, K. *Escritos de... Passim*, p. 37.

¹⁵¹ PECES BARBA, Gregorio et al. *Curso de teoría del Derecho*, Segunda Edición, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 236.

¹⁵² *Idem*, pp. 238 y ss.

¹⁵³ En este mismo sentido, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas-Junta de Andalucía, 1988, p. 46.

patente al pasar revista a los numerosos frentes en que se proyectan los efectos de una reconstrucción de este derecho apoyada exclusivamente en el texto constitucional. La estructura del derecho, su fundamento, sentido, finalidad, objeto, significado y el enfoque asumido por la regulación cambian sustancialmente dependiendo de que se acoja una u otra visión. A continuación se efectuará una aproximación a cada una de estas implicaciones.

1. Implicaciones para la estructura del derecho.

60. Uno de los aspectos más peculiares de la consagración constitucional de la propiedad es la singular estructura que registra este derecho a causa de *su contenido complejo, caracterizado por su carácter dual*¹⁵⁴. **Al tiempo que es utilidad privada, es también función social.** Como ha sido explicado por la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 58 CC “[e]l derecho a la propiedad privada morfológicamente -para efectos explicativos- puede entenderse compuesto por dos módulos sustancialmente integrados, pero distinguibles. Un módulo corresponde a la función social y coincide con el momento comunitario y solidario de la propiedad (...) El otro puede denominarse, al amparo de la idéntica licencia verbal, módulo privado, y se orienta a la satisfacción del interés individual y contiene, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia”¹⁵⁵.

61. Este planteamiento envuelve una concepción que, al englobar la función social dentro de la estructura de este derecho, permite entender que más que limitar la propiedad, el interés general que concreta dicha función la delimita o define desde su propio interior¹⁵⁶. Atrás queda la pretendida contraposición de intereses entre el titular del derecho y la colectividad, pues, como afirma BARNÉS VÁZQUEZ, “[l]os dos polos se identifican con rotundidad en la propiedad constitucional. En consecuencia, el contenido del derecho de propiedad, los «poderes» del titular son *necesariamente útiles para la sociedad*”¹⁵⁷ (cursivas del texto). Esta síntesis de intereses es posible gracias a que en virtud de la función social del derecho, si bien no es exigible al propietario atender fines enteramente contrarios a la satisfacción de sus intereses personales relativos al bien, legítimos *per se* gracias al elemento subjetivo que también conforma el ámbito interno del derecho, se le puede exigir que tal aprovechamiento sea **socialmente útil**. Esto es,

¹⁵⁴ Al abordar la temática de la doble dimensión de la propiedad constitucional, autores como PÉREZ LUÑO hacen alusión al “carácter bifronte” de este derecho. *Vid.* PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 396.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

¹⁵⁶ *Idem*, FFJJ 11 y 14, ambos *in fine*.

¹⁵⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 63. De ahí que este autor no dude en calificar la propiedad constitucional como “una feliz conjunción o apretada síntesis de intereses y bienes en juego, que se aleja de toda interpretación que vea en ella un esquizofrénico choque de irreductibles posiciones”. (*idem*) En su opinión “la propiedad constitucional representa la fusión del interés del particular con la función social” (p. 66), y en esta última, afirma, “se dan cita el interés del *dominus* y el de la entera colectividad”. (*ibidem*)

que al tiempo que constituya una oportunidad de ejercicio de las libertades dominicales, se alineé y sirva al bienestar colectivo y a la construcción de un orden económico y social justo. Este planteamiento encierra, pues, un concepto integrador de función social e interés del propietario (*función privada de la propiedad*¹⁵⁸).

62. De este entendimiento deriva un especial mandato para el legislador: regular este derecho atendiendo a esta circunstancia particular. En consecuencia, la competencia legislativa de conformación del contenido dominical debe ser ejercida sobre la base inequívoca del carácter *dual* de este derecho¹⁵⁹. En tanto que derecho fundamental al cual es inherente una dimensión objetiva, en ella se integran los dos elementos arquitecturales de la propiedad constitucional¹⁶⁰. De aquí que no resulte procedente una interpretación parcial del artículo 58 CC, que busque potenciar uno de sus dos módulos por encima o a expensas del otro¹⁶¹. Por ende, más que una simple ponderación de los intereses privados con los públicos, la fijación de los distintos regímenes legales definidos en atención a las innumerables particularizaciones de la función social predicada de manera abstracta de la propiedad privada supone un esfuerzo permanente de armonización y conciliación de los intereses que confluyen en los diferentes objetos posibles de este derecho¹⁶². Como ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG, por su sigla en alemán) con respecto a la habilitación de regulación de este derecho prevista por el artículo 14.1.2 GG, ésta enfrenta al legislador al desafío de **“poner en un justo equilibrio el ámbito de libertad de los individuos en el campo del régimen de propiedad y los intereses de la comunidad”**¹⁶³ (negritas fuera del texto).

¹⁵⁸ HINESTROSA, Fernando. *Apuntes de Derecho Romano –Bienes-*, 2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 23.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹⁶⁰ *Vid. infra* el apartado B del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁶¹ Este riesgo resulta manifiesto cuando la aproximación a la norma constitucional se efectúa desde la perspectiva concreta de un campo jurídico específico (*v. gr.* Derecho Civil o Derecho Administrativo). Este enfoque tiende a producir como efecto la exclusión de detalles o aspectos relevantes del régimen del derecho en la Constitución, sacrificados por obra de la peculiar *legalización del texto constitucional* (consciente o inconscientemente) realizada con el fin de encajar la visión constitucional de la propiedad dentro de la imagen concreta que de este derecho se ha perfilado en dicho ordenamiento. El resultado: una interpretación constitucional sesgada y poco fiable, que basculará entre extremos que privilegiarán el momento individual del derecho, en un caso, o el colectivo o social en otro, siempre en detrimento del elemento excluido. El debate entre una concepción liberal individualista anclada en un hipotético *“supraconcepto”* de dominio plasmado en la codificación, pretendidamente metajurídico y metahistórico, propio del Derecho Civil, y una concepción solidarista o colectivista de la propiedad, fundada en una supuesta comprensión *estatutaria* de este derecho, defendida por algún sector del Derecho Administrativo, ilustra gráficamente este riesgo. Denuncia y critica esta situación en España, y plantea la aproximación desde la propia Constitución como única opción constitucionalmente plausible frente a estas falsas dicotomías REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, pp. XXVI-XXIX.

¹⁶² BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Loc. Cit.*, p. 66.

¹⁶³ BVerfGE 25, p. 112 (117). También BVerfGE 37, p. 132 (139 y ss.); 79, p. 174 (198).

2. Implicaciones para el fundamento del derecho.

63. La referida tipificación de la propiedad como estructura dual, en cuyo interior conviven función social y utilidad individual, no sólo representa un giro significativo en la forma como se concibe la estructura del derecho de propiedad. Conlleva igualmente el replanteamiento del fundamento a partir del cual se atribuye este derecho. Así, pues, además de suponer la exclusión de su comprensión tradicional como “ilimitada pero susceptible de límites”¹⁶⁴, fuente de amplios y tendencialmente ilimitados poderes para su titular, la adscripción de la función social dentro del contenido estructural del derecho supone dotarle de una fuente *adicional* de legitimación jurídica, política, económica y social. Por obra de esta circunstancia la propiedad no es ya solamente reconocida a su titular en tanto que portador de un todo de libertades y derechos con obvias proyecciones en la esfera jurídico-patrimonial; es *también* atribuida con base en su condición de miembro de una comunidad, ante la cual debe responder por el compromiso que recibe: ejercitar su derecho siempre de conformidad con la función social que le es inherente. Al igual que ocurre con los demás derechos en el Estado social de Derecho, la propiedad privada –y ésta de manera muy especial, junto con el conjunto de libertades económicas- debe enmarcarse asimismo en los principios de solidaridad y prevalencia del interés general. De ahí que la atribución efectuada contemple entonces no solo los intereses personales del propietario, sino también su vínculo con la comunidad de la cual es parte¹⁶⁵.

64. Esto no quiere decir que se haya modificado un aspecto clave dentro de la concepción global de este derecho como es el momento atributivo del mismo. Sin duda, al igual que ocurría con anterioridad, la garantía constitucional del derecho representa un reconocimiento de los poderes que le son inherentes a favor de una persona: su titular¹⁶⁶. El fundamento de la atribución y el vínculo entre la

¹⁶⁴ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. I, 7ª Edición, Literarische Anst. Rütten & Löning, 1891, § 167, p. 492. Citado por PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 35.

¹⁶⁵ MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* *Loc. Cit.*, p. 197. En sentido análogo, PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos...* *Ob. Cit.*, p. 432.

¹⁶⁶ De ahí que pese a las aparentes similitudes no pueda identificarse este planteamiento con la célebre doctrina de la función social de DUGUIT. Su postura sobre las libertades y los derechos individuales, que conduce a su práctica negación, permite establecer notables diferencias conceptuales. En efecto, al afirmar que “cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realice en la obra social” (*cfr.* DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (Trad. Carlos G. Posada), 2ª edición, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1920, p. 177), este autor sienta una doctrina difícilmente encajable dentro del cuadro axiológico que sirve de base al ordenamiento constitucional vigente (Preámbulo y artículos 1, 2 y 5 CC). En consecuencia, bajo el esquema normativo actualmente imperante no resultaría exacto afirmar, con el sentido que le imprime este autor, que “[l]a propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza”. *Idem*, p. 178. Como afirma la Corte Constitucional al comentar los planteamientos de este autor, “tal radicalismo estaba lejos de la intención del constituyente, que en ningún momento pensó en acabar con el sistema de derechos subjetivos” (sentencia C-474 de 2005, FJ 4, nota a pie de página No. 9). Sin duda, la propiedad privada es función social; **pero no**

posición del particular y su pertenencia a un organismo social -ahora convertido en factor determinante de la definición de su contenido- será, sin embargo, diferente. Al prever que los poderes envueltos en el derecho otorgado no se dirijan únicamente a la satisfacción de los intereses personales del propietario, sino apuntar también con ellos a la satisfacción de cuestiones relevantes desde el punto de vista de la colectividad, se produce una modificación del fundamento de la atribución del derecho. En virtud de este cambio, ésta empieza a considerar también la relación que existe entre el particular propietario y la colectividad a la cual pertenece¹⁶⁷. **La atribución es ahora condicionada y encuentra una de sus principales razones de ser en la función social del derecho.** El derecho de propiedad no se explica ya únicamente en términos de un derecho subjetivo que puede o no ser ejercitado según el querer del propietario. Dada la función social que lleva aparejada, encierra también un “deber social”¹⁶⁸. La propiedad emerge así como un derecho que *debe* ser ejercido, y no de cualquier manera: su ejercicio debe hacerse con arreglo a la función social que le es señalada¹⁶⁹; esto es, “en forma tal que no perjudique sino que beneficie a la sociedad, dándole la destinación o uso acorde con las necesidades colectivas y respetando los derechos de los demás”¹⁷⁰. La estructura dual de este derecho se proyecta entonces sobre el fundamento de su atribución e impone esta condición.

65. El lugar central conferido a la función social dentro de la disciplina constitucional de la propiedad significa entonces, de una parte, que la mayor o menor extensión del ámbito de libertad otorgado al propietario representado en el módulo individual del derecho está sometida a la particular función social inherente al objeto concreto del derecho¹⁷¹; y, de otra, que la protección de éste

sólo. Es, como se aprecia en la garantía del derecho de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC, un derecho individual que reconoce el ordenamiento y como tal confiere una órbita de poder que no puede ser desconocida ni vulnerada; como tampoco puede ser desconocido su nexo irreductible con esenciales garantías y libertades individuales contenidas en el propio texto constitucional. Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 49 y ss.

¹⁶⁷ MONTÉS, V. *La propiedad privada en... Loc. Cit.*, p. 186.

¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹⁶⁹ Esta circunstancia revela la notable transformación experimentada por la forma como se concibe el derecho de propiedad. De ser una auténtica libertad, en el lenguaje de ALEXY -es decir, un derecho cuyo ejercicio está permitido, en el sentido que no es ordenado ni prohibido, y configura, por ende, una “posición libre”, toda vez que está permitido tanto hacer algo como omitirlo-, éste pasa a encerrar un “derecho a algo”, también en el sentido que confiere a esta expresión el citado autor. Sobre estas distinciones, Vid. ALEXY, R. *Teoría de los... Ob. Cit.*, pp. 163 y ss. Por esta razón no resultan contrarias a la Constitución las normas legales que imponen al propietario el deber de ejercitar su derecho.

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FJ h.

¹⁷¹ La función social se convierte así en la medida del contenido de facultades dominicales que se otorgan al propietario. Ello dependerá de la lectura que en cada caso efectúe el legislador de la función social de cada especie o clase de bienes o derechos. Siendo éste un criterio variable y relativo, variable será igualmente el contenido específico del derecho de propiedad. De esta forma, a mayor trascendencia social del bien objeto del derecho, mayores posibilidades de intervención del legislador en el momento individual del mismo. Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... Passim”, p. 178. Vid. también *infra* el apartado D-2.3 del Capítulo Cuarto de este trabajo.

último estará subordinada a la satisfacción de aquella¹⁷². De este modo, la inobservancia de la función social atribuida al derecho podrá desatar consecuencias negativas de diversa índole. Así, en algunos casos, podrá obrar como una suerte de “condición resolutoria”, cuya verificación se traducirá en el decaimiento de uno de los presupuestos fijados para la legitimación del derecho. De esta forma, si así lo ha dispuesto el legislador, dará lugar a la pérdida de este último a manos del Estado. La *extinción del dominio* por incumplimiento de la función social, figura legislativamente articulada al amparo de la reforma constitucional de 1936¹⁷³, será el instrumento por medio del cual se hará efectiva aquella, la mayor sanción prevista por la desatención de este deber del propietario¹⁷⁴.

Mas también puede ocurrir que en ausencia de previsión legal que establezca dicha sanción, el no cumplimiento de la función social genere otras consecuencias negativas menos radicales, aunque igualmente drásticas. La denegación de la protección judicial de una situación amparada por este derecho a causa de su incumplimiento de la función social es un ejemplo de ello. En este caso, los efectos negativos que en el plano jurisdiccional puede ocasionar el referido incumplimiento podrán derivarse no sólo de la desestimación del amparo deprecado por un propietario que se considere afectado en su derecho por la actuación de alguna autoridad pública¹⁷⁵. Dada la estrecha conexión existente entre función social e intereses colectivos, por una parte, y entre éstos y derechos fundamentales, por otra, tales efectos podrán ser también el resultado de la

¹⁷² MONTES, V. *La propiedad privada en...* Loc. Cit., p. 93.

¹⁷³ Esta reforma constitucional, que introdujo en el ordenamiento colombiano la idea de la propiedad como “función social que implica obligaciones”, dio lugar, entre otras, a la expedición de la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, en cuyo artículo 6 se estableció a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión durante diez años continuos. De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del mismo estatuto, tal posesión consistía en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. La figura de la extinción del dominio es analizada en concreto y en extenso en el Capítulo Sexto de este trabajo.

¹⁷⁴ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992. En este caso la Corte Constitucional analiza la solicitud de amparo interpuesta por el propietario de un molino cerrado por las autoridades locales a causa del inadecuado manejo de los desechos de materias primas. Específicamente la cascarilla del arroz utilizado era abandonada y luego quemada, lo cual producía como resultado grandes cantidades de ceniza, que daban origen a problemas pulmonares y respiratorios en los habitantes de los lugares aledaños. A pesar de que la referida instalación carecía de licencia de funcionamiento (argumento suficiente, a mi juicio, para entender que al no atender las exigencias legales no resultaba procedente invocar la protección que el Derecho ofrece a quienes acatan sus mandatos), ello no es objeto de consideración por el juez constitucional. Éste centra su análisis en la valoración de la necesaria concordancia que debe existir entre el ejercicio de las libertades económicas (propiedad, libertad de empresa y derecho al trabajo) y la función social que a cada una de ellas es asignada. Con base en estas consideraciones, la Corte Constitucional afirma que “en el caso concreto, y por las razones expuestas, los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa, gozan de especial protección, siempre que exista un estricto respeto de la función ecológica, esto es, el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente”. (FJ V)

estimación de la solicitud de protección interpuesta por un tercero que se sienta lesionado en sus derechos como consecuencia del desconocimiento del deber social que impone la función social al propietario¹⁷⁶.

66. Ahora bien, decir que la función social constituye uno de los fundamentos principales de la atribución al particular de los poderes dominicales no supone, en absoluto, una negación o un ataque en contra del denominado módulo individual del derecho. Por el contrario, constituye un argumento fuerte en defensa del momento subjetivo y del reconocimiento de los poderes que este derecho conlleva para su titular. **De ser una atribución incondicionada, ésta pasa a ser condicionada:** la realización de esa peculiar función social que le es inmanente emerge como la condición a la que se encuentra supeditada la tutela jurídica a la propiedad¹⁷⁷. De esta forma, al sancionar una relación directa y necesaria entre propiedad e interés general, la consagración de la función social

¹⁷⁶ No puede olvidarse que, como afirma la Corte Constitucional al abordar los efectos de la proclamación del principio de solidaridad en la Constitución, “[l]a primera consecuencia que se desprende de este principio tiene relación con la exigibilidad de los deberes u obligaciones impuestas por la Constitución (CP arts. 44, 46 y 95) o por ley (Código Civil arts. 411 y siguientes) a determinadas personas, bien por la vía de los mecanismos ordinarios, o mediante el ejercicio de la acción de tutela [recurso de amparo], cuando ello sea necesario para impedir eficazmente la vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental”. *Cfr.* Sentencia T-533 de 1992, FJ 3. La sentencia T-379 de 1995 de la Corte Constitucional es un buen ejemplo de ello. En este pronunciamiento, el juez constitucional ampara los derechos a la salud y a la vida de los habitantes de un barrio residencial cuya provisión de agua se había visto afectada por el uso abusivo e inadecuado dado a una concesión privada de aguas otorgada sobre el cauce que les suministra el líquido al propietario de un predio ubicado curso arriba. La negligencia de las autoridades en remediar esta situación, dice la Corte, sitúa a los afectados en una situación de indefensión ante los actos de dicha persona; circunstancia que justifica, en este caso, la procedencia del recurso de amparo contra un particular. A pesar de no hacer mención en su argumentación a la función social del derecho de propiedad, la Corte es clara en reprochar el abuso efectuado por el concesionario y subraya la imposibilidad de amparar la situación del demandado, a pesar de ser el titular de la concesión y el propietario de parte del canal y de las tierras por las cuales discurren las aguas. En suma, un supuesto que ilustra una vez más el subaprovechamiento de la idea de función social que resulta de la comprensión restrictiva de la garantía de la propiedad en la Constitución. Pese a resultar perfectamente reconducible a esta forma de vinculación social la concesión otorgada al referido propietario de asumirse una concepción amplia de la propiedad constitucional, semejante a la que se defiende en este trabajo, ella no es mencionada por el juez constitucional. En su lugar, se remite a la teoría del abuso del derecho. La función social de la propiedad constituye, en cambio, el fundamento central de la decisión adoptada en la sentencia T-431 de 1994. En ella fueron amparados los derechos a la vida, la salud y el medio ambiente sano de la accionante, amenazados por la negativa del propietario de un predio para conceder los permisos necesarios para que las autoridades locales llevaran adelante las obras de construcción del alcantarillado de la localidad que debía atravesar su predio.

¹⁷⁷ Esta circunstancia explica la previsión de medidas coercitivas por parte del ordenamiento jurídico, que buscan compeler a los propietarios a observar una conducta acorde a los requerimientos de la función social. En Colombia, la figura de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social cumple con esta misión. *Vid.* Corte Constitucional sentencias C-006 de 1993, FFJJ 14 y 15; C-216 de 1993, FJ C 2 y C-474 de 2005, FJ 6. En España se alude a la expropiación por incumplimiento de la función social. Sobre este tipo de medidas en el ámbito del Derecho urbanístico, véase GALLEGO ANABITARTE, A. “Régimen urbanístico de la... *Op. Cit.*, pp. 56-57.

del dominio supone una apuesta y un voto de confianza del orden constitucional en la capacidad transformadora de las estructuras sociales y económicas del *uso funcionalizado* de este derecho. *Implícitamente estatuye un modelo de cooperación entre Estado y particulares en la realización del interés general, cuya amplitud y densidad puede ser modificada –sin ser nunca eliminado– según los requerimientos, las convicciones y el signo ideológico de los tiempos.* De ahí que sea preciso, en orden a asegurar la operatividad de este esquema, sin perjuicio de los mecanismos de fiscalización e incentivo que se juzguen convenientes para este fin, *revestir al titular del derecho de los atributos necesarios para desplegar las fuerzas individuales que, dentro de la senda trazada por la función social, al tiempo que propiciarán la satisfacción de sus fines personales, harán también posible la realización de ese interés superior que da lugar al reconocimiento funcionalizado de este derecho a los particulares*¹⁷⁸.

3. Implicaciones para el sentido y la finalidad del derecho.

67. En este contexto, es obvio que el sentido y la finalidad del derecho de propiedad resultan igualmente afectados por el cambio de enfoque representado en la adopción de la visión que de este derecho aporta la Constitución. En tanto que aspecto cardinal de las relaciones económicas e instrumento básico para la regulación de la relación del hombre con los bienes que le circundan, la esencia de la propiedad se mantiene inalterada. La Constitución no renuncia a la propiedad como *institución* central de la ordenación de la vida económica de la comunidad. Por lo tanto, en cuanto tal, le corresponde seguir cumpliendo la decisiva función de *asignación de recursos* que le desempeña desde hace ya tanto tiempo¹⁷⁹. Sin embargo, la lógica que subyace a la realización de esta tarea

¹⁷⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, pp. 80 y 110. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 66. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, con referencia expresa a los derechos de propiedad y de herencia y a su función social, hacen alusión a los poderes funcionales como aquellos donde “la situación de poder está ensamblada con una situación de deber y ello en la medida en que el poder se otorga en consideración no ya (o no sólo) de un interés propio de su titular, sino en atención a un interés de otro sujeto o a un interés simplemente objetivo (funciones) de cuya efectiva satisfacción depende la legitimidad misma de su ejercicio”. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 11ª edición, Cizur-Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 27. Describe la propiedad como un *derecho subjetivo funcional* MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009, p. 119.

¹⁷⁹ La institución de la propiedad es, en últimas, habida cuenta del carácter escaso de los recursos existentes, uno de los principales instrumentos de asignación de bienes con que cuenta una sociedad que opta por un modelo económico capitalista. Por esto, desde una perspectiva macro, puede decirse que la regulación de la propiedad se contrae a definir quién accede a qué, en qué condiciones, para qué fin, en qué momento y por cuánto tiempo. Es, pues, como afirma LOCKE, un problema que surge de la escasez. Como vivamente apunta este autor, “[n]adie que tuviera todo un río para calmar su sed podría sentirse perjudicado porque un hombre bebiese de esa misma agua, aunque tomase de ella un buen trago”. Y añade: “[t]anto si se trata de tierras como de agua, allí donde hay cantidad suficiente, el caso es el mismo”. *Vid.* LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editora, 1996, p. 61. La comprensión que subyace a la visión económica de los denominados “bienes privados”, y por ende, al derecho de propiedad

experimenta una modificación sustancial¹⁸⁰. Algo semejante ocurre con la propiedad en tanto que *derecho*¹⁸¹; insertada en un nuevo entorno, es preciso reevaluar posturas tradicionales en cuanto a su concepción, estructura, finalidad y operatividad.

Conforme se ha comentado ya, por obra de la incorporación de la función social dentro de la estructura central del derecho, la propiedad privada deja de encerrar un ámbito fortificado de exclusiva consideración de los intereses dominicales y de ser una atribución incondicional al particular. Con el fin de hacer posible la realización del orden político, económico y social justo a que aspira la Constitución en su Preámbulo, se asigna a la propiedad privada una función social que conecta a este derecho con la realidad que le circunda y hace de él un instrumento más -aunque con notables particularidades- al servicio de los fines económicos y sociales constitucionalmente previstos. La referida estructura dual conferida por la Constitución a la propiedad impide que ésta pueda escindirse de la comunidad o aislarse abstractamente de la misma para centrarse de manera exclusiva en la realización ilimitada e incondicionada de los intereses personales del propietario¹⁸². Aunque la función primordial que cumple la institución de la propiedad se mantenga inalterada -seguirá siendo, como se ha señalado, la asignación de recursos-, ello supone un cambio significativo en el sentido y la finalidad del derecho.

68. De una parte, en lo relativo al sentido, “con sus caracteres individualistas bastante más diluidos y sus implicaciones sociales más salientes”¹⁸³, la noción constitucional de propiedad representa el fin de la idea clásica según la cual este derecho conlleva un haz infinito de posibilidades de aprovechamiento privado, con excepción de aquellas puntualmente sustraídas del universo de libertad que -se supone- atribuía a su titular. Ciertamente, al estar residenciada en el interior del derecho y constituir un aspecto fundamental de su estructura global, la función social “no se debe entender como un mero límite externo para su ejercicio, sino como parte sustancial del mismo”¹⁸⁴. En consecuencia, aquello que ésta comporta (cargas, deberes, limitaciones, condiciones, etc.) no puede residenciarse en la faz exterior de la situación dominical, como si se tratase de límites externos que buscan dar horma al derecho. Por el contrario, despliega sus efectos desde el propio interior del mismo, configurando y modalizando su contenido; no solamente comprimiendo o restringiéndolo desde fuera. No puede entenderse ya, en consecuencia, que originariamente se atribuyen al propietario

como exclusivo y excluyente, denota también esta realidad. Véase SAMUELSON, Paul y William NORDHAUS. *Economía*, 16ª Edición, Madrid, Mc. Graw- Hill, 2000, p. 336.

¹⁸⁰ En efecto, la lógica de justicia distributiva que informa la cláusula del Estado social de Derecho permea asimismo la comprensión de la institución y el derecho y desplaza (no elimina) la lógica de justicia conmutativa prevalente en el esquema anterior.

¹⁸¹ Sobre la distinción entre la propiedad como *institución* y como *derecho*, *vid. infra* el apartado B-1.1 del Capítulo Segundo de esta investigación.

¹⁸² Corte constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ B 2.

¹⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-589 de 1995, FJ tercero.

unas facultades de aprovechamiento tendencialmente ilimitadas y plenas, eventualmente recortadas con posterioridad de acuerdo con las exigencias del interés general o de terceros propietarios, y cuyo ejercicio representa una cuestión dejada al libre arbitrio de cada individuo. Tan amplios y tendencialmente ilimitados poderes se encontrarán desde un primer momento descartados al nacer condicionados por la función social del derecho: *se otorga un derecho para que se cumpla una función*¹⁸⁵. *En cuanto poder funcionalizado*¹⁸⁶, *el derecho de propiedad confiere a su titular la calidad de sujeto de una actividad concreta*¹⁸⁷, *definida con arreglo a las necesidades de interés general*¹⁸⁸.

69. Este notable giro en el sentido del derecho da lugar a la denominada *funcionalización* de la posición del propietario¹⁸⁹. Este fenómeno acentúa el hecho

¹⁸⁵ COLINA GAREA, R. *La función social de la...* *Ob. Cit.*, pp. 200-201.

¹⁸⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Op. Cit.*, pp. 80 y 110. También CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* *Loc. Cit.*, p. 66 y MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* *Loc. Cit.*, p. 119. Sobre la categoría "poder funcional", *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de ... Ob. Cit.*, p. 27.

¹⁸⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Loc. Cit.*, p. 129.

¹⁸⁸ La operatividad plena de este esquema presupone la efectiva intermediación del legislador en la identificación y tipificación de la función social que incumbe a cada clase o especie de bienes. La existencia de un régimen legal concreto en virtud del cual el propietario se vea vinculado a la realización de fines y al cumplimiento de funciones sociales, siendo responsable ante la sociedad de su efectiva materialización, será entonces condición del cabal aprovechamiento de *las potencialidades* del esquema constitucionalmente articulado. Ello es así por ser del resorte exclusivo del legislador la previsión de medidas concretas como incentivos al cumplimiento o sanciones al incumplimiento de la función social y de delimitaciones puntuales a la órbita de utilidad privada que confiere el derecho. En ausencia de dicho régimen legal expresamente fijado, la fuerza normativa de la Constitución impondría un balance abstracto entre utilidad privada y función social, del cual, a mi juicio, lejos de poder desprenderse concretas prohibiciones o limitaciones al ejercicio del derecho, salvo aquellas que se desprendan directamente del texto constitucional, se deriva una genérica prohibición del ejercicio antisocial, enmarcada por los límites derivados de la función económico-social o destinación natural que en abstracto corresponde razonablemente a cada clase de bien o derecho. En contra, las tesis que defienden la aplicación analógica de estatutos legales que precisan supuestos de función social. Sobre esto, véase RODOTÀ, S. *El terrible...* *Passim*, pp. 267-268 y pp. 327 y ss. También LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la ... Ob. Cit.*, pp. 76-77 y MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* *Ob. Cit.*, p. 198. *Vid. infra* el apartado C-2.2-b'') del Capítulo Cuarto de esta investigación.

¹⁸⁹ Lógicamente la referida funcionalización del derecho no puede suponer que se equipare la posición del propietario con la de un funcionario o de quien tiene a su cargo un oficio o función pública. Ello supondría tanto la desnaturalización del derecho, que comenzaría a regirse entonces por el principio de competencia y sus limitaciones, como el desconocimiento del hecho que la atribución de poderes en el caso de la función pública constituye una cuestión absolutamente instrumental al interés superior al servicio del cual se encuentra. Situación que contrasta visiblemente con la del propietario, cuyo interés particular, directo y subjetivo sobre el objeto de su derecho es, al margen de la presencia concurrente de un interés general condensado en su función social, indiscutible. Lo contrario sería desconocer que la propiedad constitucional posee un contenido esencial que encierra un ámbito fortificado de aprovechamiento privado. De ahí que tampoco pueda equipararse la posición del propietario a la de un fiduciario ni a la de un administrador de los intereses generales. La compleja configuración del derecho de propiedad (poderes y deberes) obedece, sin duda, a la decisión fundamental del constituyente de englobar en un mismo concepto y forzar la coexistencia en él del carácter privado de la propiedad y de su función social. Sin embargo, en manera alguna ello puede representar la anulación o la

que la propiedad privada haya dejado de ser ya un derecho subjetivo atribuido como un *poder incondicionado* en su titularidad y ejercicio, para pasar a estar sometido a las directrices e impulsos de la función social.

70. Por otra parte, en lo que concierne a la finalidad que incumbe a este derecho, es lógico que también ella registre una transformación significativa, en cuya base se encuentra el acento puesto por la regulación constitucional en el módulo o faceta colectiva de este derecho. Así las cosas, producto de la denominada *funcionalización* de la posición del propietario operada gracias a la vinculación expresa del derecho a una función social –además considerada como fundamento de la atribución del derecho–, la propiedad privada tendrá **no solamente** como fin *facilitar la realización de los intereses personales del dominus, en especial la libre y responsable autoconfiguración de la existencia en la esfera jurídico-patrimonial*; **sino también** *servir a los intereses de la colectividad que puedan confluir en el respectivo objeto del derecho*.

4. Implicaciones para el objeto del derecho.

71. De la misma manera que la Constitución no define qué debe entenderse por propiedad, tampoco contiene una previsión que determine específicamente cuál es el objeto amparado por este derecho. No obstante, al igual que ocurre en el caso de qué debe entenderse por tal, la ausencia de una disposición que precise su ámbito de cobertura no significa que el texto constitucional no ofrezca elementos que permitan resolver esta inquietud. La consideración de *la finalidad y función del derecho de propiedad* dentro del tejido normativo de la Constitución, lo mismo que la valoración del papel que desempeña la institución de la propiedad dentro del sistema económico, resultan claves a este fin¹⁹⁰.

72. En efecto, esta dualidad permite apreciar que si su finalidad está ligada con el ejercicio de la libertad individual, por una parte, y con la realización del Estado social, por otra; y de lo que se trata, funcionalmente hablando, es de asegurar el disfrute de un mínimo de ese ámbito de libertad en la esfera jurídico-patrimonial, al tiempo que su instrumentalización al servicio del Estado social, no hay duda que nos encontramos ante un derecho cuya protección debe abarcar una porción significativa de la realidad reglada en la Constitución. *Su cobertura se extiende, indiscutiblemente, sobre la entera fracción patrimonial de dicha realidad*. Más aún en un entorno donde las fuerzas del mercado ensanchan cada día más, y a pasos agigantados, sus contornos. *Entendida como institución que regula el acceso, el aprovechamiento y la disposición particular de los distintos bienes y derechos reconocidos por el Derecho, allí donde exista un interés económico capaz de dar lugar a una*

abrogación del derecho en cuanto tal. A pesar de que debe servir al bien común, la propiedad atribuida a un sujeto particular debe dispensar *también* las bases para la iniciativa privada y ofrecer un espacio al propietario para su provecho personal. Cfr. RODOTÀ, S. *El terrible... Loc. Cit.* pp. 236-237. También BADURA, P. „Eigentum... p. 330.

¹⁹⁰ BADURA, P. „Eigentum... *Passim*, p. 347. En sentido análogo, PAPIER, H. J. „Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 56.

posición subjetiva jurídico-patrimonial consolidada, atribuida en condiciones de exclusividad a su titular, habrá una propiedad en el sentido constitucional de la garantía de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC.

73. Su condición de institución central dentro de la ordenación de la vida económica de la comunidad demanda que así sea. El objeto sobre el cual ha recaído tradicionalmente el derecho de propiedad resulta **demasiado estrecho** a la luz de la Constitución. Tanto el carácter normativo y expansivo de esta última en su caracterización como *orden fundamental* o “marco axiológico completo”¹⁹¹ – que le lleva a *copar y a colmar* los distintos ámbitos del orden jurídico y social¹⁹²–, como la dinámica del tráfico jurídico-privado actual y la permanente situación de necesidad del individuo y de su crónica incapacidad presente para autoabastecerse, requieren un ensanchamiento de esta noción. De lo contrario, las nuevas posiciones jurídico-patrimoniales a diario generadas por el mercado en ejercicio de la libertad económica y la infinita capacidad de innovación tecnológica del hombre quedarían fuera de la protección que el ordenamiento constitucional debe dispensar a bienes de valor económico semejante al que se reconoce a los bienes que de ordinario han constituido el objeto del derecho de propiedad¹⁹³. Negar este extremo sería desconocer que las necesidades de protección jurídica de la sociedad industrial y post-industrial difícilmente pueden acomodarse a los moldes establecidos por el Estado liberal en atención a su incipiente economía de mercado y embrionario desarrollo tecnológico. De igual modo quedarían fuera de cobertura las distintas posiciones jurídico-patrimoniales agenciadas por el Estado en sus distintas formas de intervención económica: tanto las que manan de la apertura a sujetos privados de actividades esencialmente públicas (*v. gr.* concesiones, contratos estatales, consorcios público-privado, etc.), como las que buscan establecer formas de control estatal sobre ámbitos privados de interés para la comunidad (p. ej. autorizaciones, licencias, etc.). Lo mismo ocurriría con las que surgen fruto tanto de los compromisos que el Estado adquiere frente a sus funcionarios (salarios, pensiones, etc.), como frente a sus ciudadanos en cumplimiento de sus responsabilidades con el bienestar social y la garantía de condiciones individuales mínimas de subsistencia. La irrevocable pérdida de protagonismo de la propiedad en su sentido tradicional como garantía de la supervivencia de la persona, cada vez más dependiente de prestaciones recibidas de terceros (salario, prestaciones sociales, pensión, seguro médico, etc.), exige el reforzamiento de la protección de estas posiciones una vez concedidas.

74. En consideración al particular esquema de cooperación entre propietario y Estado plasmado en el régimen constitucional de este derecho, paralelo al ensanchamiento de la garantía patrimonial de los ciudadanos a todo ámbito

¹⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992, FJ 5.

¹⁹² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Trad. Rafael de Agapito Serrano), Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 41.

¹⁹³ BADURA, P. “Eigentum... *Ob. Cit.*, p. 329.

abarcado por las libertades económicas¹⁹⁴, se expande la cobertura del repertorio de técnicas de realización del Estado social de Derecho previstas específicamente para ser aplicadas en este ámbito concreto (*i. e.* delimitación del contenido del derecho, expropiación, extinción del dominio y carácter jurídico -y, por ende, no indemnizable- de ciertos daños ocasionados fruto de la actividad material y normativa del Estado sobre la propiedad). Aunque parezca un asunto fútil, como se verá a lo largo de este escrito, tomar conciencia de que toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial exclusiva y excluyente encierra una propiedad sujeta a las distintas formas de actuación sobre el derecho previstas por la Constitución produce numerosos efectos. Más que un ensanchamiento real de la órbita de influencia de la intervención estatal sobre la esfera privada, la cual a día de hoy resulta de suyo bastante dilatada, esta expansión se traduce en una depuración de las formas, los fines y los límites que enmarcan esta clase de actuaciones. Dogmáticamente no sólo permite el replanteamiento de multitud de posturas (desde la concepción clásica de la expropiación, hasta la forma como se aprecia el tradicional *ius variandi* estatal en materia de contratación pública o la revocación unilateral de los actos administrativos); la mayor claridad que aporta sobre cuál es el régimen constitucional que enmarca una determinada incursión del Estado en la esfera privada se traduce igualmente en una mayor protección jurídica para los individuos y en mejores oportunidades de actuación para las autoridades.

75. Bajo el manto de la garantía constitucional de la propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC se hallan, entonces, derechos de contenido patrimonial de diversa índole. Su espectro abarca tanto situaciones originadas en títulos jurídico-privados como jurídico-públicos; y reviste de las mismas garantías (intervenciones en el marco de los límites constitucionales, reserva de ley y garantía expropiatoria) tanto a los propietarios de bienes relevantes desde el prisma económico del interés general (bienes de producción), como a aquellos que carecen de tal significación (bienes de consumo)¹⁹⁵, sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, negociables o innegociables, personales o económicos¹⁹⁶, y con independencia de que estén relacionados o no con intereses

¹⁹⁴ Se concreta así la muy estrecha relación existente entre garantía de la propiedad y libertades económicas subrayada por la literatura alemana: mientras que estas últimas amparan el derecho a emprender actividades productivas y, por ende, *el derecho a adquirir (Recht auf Eigentumserwerb)*, aquella protege *lo adquirido (Erworbene)*. Vid. PAPIER, H. J. "Eigentums garantie und... *Passim*, pp. 130 y ss.

¹⁹⁵ A pesar de tratarse de una distinción que no efectúa la Constitución, ella resulta determinante para algún sector doctrinal, en especial a efectos de determinar el alcance de la función social, prevalentemente centrada en los denominados bienes de producción. En este sentido, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 64-65. También era ésta una distinción relevante para DUGUIT, quien distinguía entre la que denomina "propiedad capitalista", en referencia a los bienes de producción, y la propiedad sobre los bienes de consumo. En su opinión, esta última "presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista". DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del... Ob. Cit.*, p. 169.

¹⁹⁶ Este garantía general de la propiedad contrasta, por ejemplo, con la prevista en constituciones como la de la antigua República Democrática Alemana (RDA), en cuyo artículo 11.1 se

públicos o colectivos relevantes¹⁹⁷. De esta forma, en lo que concierne al objeto del derecho, éste se amplía de manera notoria¹⁹⁸: *la propiedad constitucional brinda*

garantizaba solo “la *propiedad personal* de los ciudadanos”, cualificada por su finalidad específica: servir a la “satisfacción de sus necesidades materiales y culturales”.

¹⁹⁷ Aun cuando, como se señala *infra* en el apartado A-1.1 del Capítulo Tercero de esta investigación, la mayor o menor relación que pueda existir entre el objeto del derecho y un determinado interés general incide en las mayores o menores posibilidades de injerencia estatal en el ámbito de protección, salvo en supuestos de demanialización o *publicatio* de ciertos bienes, ello no excluye la configuración de derechos de propiedad sobre objeto relevantes para la comunidad.

¹⁹⁸ Tal es, por ejemplo, la comprensión generalizada del derecho de propiedad constitucional en el Derecho alemán desde su formulación por M. WOLFF en 1923. *Vid.* WOLFF, M. “Reichsverfassung und... *Ob. Cit.*, p. 3. Así, entre otros, ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des... Ob. Cit.*, p. 704; DÜRIG, Gunter. “Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlich Berechtigungen seiner Bürger”, en *Festschrift für Willibald Apelt*, München und Berlin, C. H. Beck Verlag, 1958, pp. 14 y ss.; PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 52-53; BADURA, P. „Eigentum... *Ob. Cit.*, pp. 329 y 347; IPSEN, J. *Staatsrecht... Op. Cit.*, p. 180; PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 227; IBLER, Martin. “Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG in Mietrecht”, en *Archiv für Zivilistische Praxis*, No. 197, 1997, pp. 567-568; KIMMINICH, Otto. “La propiedad en la Constitución alemana”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, p. 152; o MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17 Auf., München, Verlag C. H. Beck, 2009, pp 708-709, 711. Crítico con esta postura, por entender que reduce la calidad de la protección *iusfundamental* del derecho, ISENSEE, Josef. “Die Ambivalenz des Eigentumsgrundrechts. Umweltschutz im grundrechtstheoretischen Koordinatensystem”, en *Eigentumsgarantie und Umweltschutz* (Hrsg. Fritz Ossenbühl), Heidelberg, Decker und Müller, 1990, p. 15. Este concepto gana progresivamente terreno en el Derecho Público español, *cfr.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, p. 168; AGUILERA VAQUÉS, Mar. “Propuesta para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*Regulatory Takings* V. Regulaciones inconstitucionales de la propiedad)”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Ajuntament de Mollet del Vallès, 2008, p. 941; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 146 y ss.; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, pp. 96-97, 126-128, 162, 167; BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, pp. 34 y ss; PARADA, Ramón. “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en *Documentación Administrativa*, No. 222, 1990, p. 47, nota a pie de página No. 11; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Loc. Cit.*, p. 42; también IBLER, Martin. “Der Grundrechtsschutz in der spanischen Verfassung am Beispiel des Eigentums”, en *Juristenzeitung*, No. 6, 1999, p. 288. El Tribunal Constitucional acoge expresamente este planteamiento en la STC 204/2004, FJ 5. También tiene acogida en el ámbito anglosajón, como se puede apreciar, p. ej., en PENNER, James. *The Idea of Property in Law*, Oxford University Press, 2002, p. 50. El Derecho europeo ha adoptado asimismo la concepción amplia del derecho de propiedad, *vid.* AGUILERA VAQUÉS, Mar. “El reconocimiento del derecho de propiedad privada y los límites de su regulación”, en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de derechos humanos* (Coords. Javier García Roca y Pablo Santaolaya), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 770 y ss. También CALLIESS, Christian. “The Fundamental Right to Property”, en *European Fundamental Rights and Freedoms* (Ed. Dirk Ehlers), Berlin, De Gruyter Recht, 2007, pp. 453 y ss.; o BANNING, Theo van. *The Human Right to Property*, Antwerpen, Intersentia, 2001, pp. 12 y 86 (texto consultado en: <http://books.google.es>). En Colombia, como ya ha sido expuesto, la concepción tradicional de la propiedad es mayoritaria. Con todo, un ejemplo de admisión de la concepción *lato sensu* que aquí se defiende puede apreciarse en HINESTROSA, Fernando. “El derecho de propiedad”, en *Constitución económica*

cobertura a todo derecho o situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial que conceda a su titular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente. Cubrirá así, entre otros, tanto los bienes amparados por la tradicional propiedad derecho-real, como derechos de crédito o la propiedad dineraria, industrial, intelectual o accionaria, lo mismo que algunas posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial configuradas frente a la Administración (*v. gr.* derechos contractuales, concesiones mineras o sobre recursos naturales, licencias urbanísticas, etc.). La amplitud y heterogeneidad de su cobertura hace que, más que como un **derecho sobre las cosas**, la propiedad constitucional se erija como un **derecho sobre los derechos**¹⁹⁹. Con el fin de evitar las disputas conceptuales que rodean categorías como la de “derecho adquirido” o “situación jurídica-subjetiva” y de englobar el mayor número de casos, la dilatada extensión de este objeto remite a la noción de **posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial**, más genérica pero menos disputada e igualmente descriptiva²⁰⁰.

5. Implicaciones para el significado y el contenido del derecho.

5.1. La inadecuación de las fórmulas tradicionales respecto de la realidad disciplinada por la Constitución.

76. Entendida como un *derecho sobre los derechos* (de contenido patrimonial) y provista de una *estructura dual*, no hay duda que la propiedad constitucional envuelta en la garantía de este derecho en la Constitución no puede significar lo mismo que la propiedad del Código Civil. Los sustanciales cambios experimentados en distintos aspectos de su regulación constitucional

colombiana, 2ª Edición, Bogotá, El Navegante, 1997, p. 161. En algunos ordenamientos del entorno latinoamericano, como el chileno, predomina asimismo la concepción amplia de la propiedad constitucional. *Vid.* CAPRILE BIERMANN, Bruno. “La metamorfosis de la propiedad”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, pp. 238 y ss.

¹⁹⁹ LEISNER, W. “Eigentum”... *Loc. Cit.*, p. 1025. Podría afirmarse que esta visión del derecho de propiedad se encuentra *in nuce* en el artículo 670 CCC, de acuerdo con el cual “[s]obre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. También en el artículo 2342 CCC, que al regular el derecho a indemnización por responsabilidad extracontractual, dispone que “[p]uede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso”. Sin embargo, como se aprecia líneas abajo, la particular riqueza de contenido de la propiedad constitucional contrasta con el sentido más específico y restrictivo que se otorga a este derecho en la codificación.

²⁰⁰ Toda vez que la garantía de la propiedad únicamente ampara “lo adquirido” y no meras expectativas, gozar de su tutela presupone su legítima adquisición y patrimonialización por parte de su titular. Sobre las condiciones que debe reunir una determinada posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial para entenderse cobijada por la protección de la garantía constitucional del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC *vid. infra* el apartado B-1 del Capítulo Tercero de este trabajo.

(fundamento, estructura, función, finalidad, etc.) conllevan la necesaria reevaluación de su significado tradicional. Bajo las coordenadas fijadas por la Constitución, éste no puede seguir siendo identificado con “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella [arbitrariamente]²⁰¹, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”, según la definición que del mismo aporta el artículo 669 CCC. Varias razones justifican esta afirmación.

77. En primer lugar, tal como ha sido ya expuesto, desde una perspectiva conceptual, la riqueza de contenido de la garantía constitucional de la propiedad rechaza la reducción de este concepto al de derecho real. Su mayor amplitud y carácter omnicomprendido desborda esta categoría -propia del Derecho ordinario- para ofrecer cobertura a la dilatada realidad patrimonial de la sociedad actual. Por ende, *la protección que proporciona la propiedad constitucional incluye a los derechos reales, pero no se reduce a ellos*. Abarca también otro tipo de derechos jurídico-patrimoniales como los derechos personales, la propiedad intelectual, la propiedad industrial, propiedad accionaria, la propiedad mercantil y algunos derechos jurídico-públicos de contenido patrimonial, entre otros. El derecho real, de acuerdo con su configuración en el Código Civil, cobra pleno sentido en comparación con su contrario, el derecho personal²⁰². Al paso que el primero sanciona una relación de conexión directa entre su titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho²⁰³, el segundo es concebido en términos exclusivos de una relación bilateral acreedor-deudor²⁰⁴; mientras que el derecho real recae sobre una cosa corporal, el objeto del derecho personal es una prestación²⁰⁵; en tanto que aquél representa una obligación de abstención *erga omnes* y confiere el atributo de persecución contra cualquier persona, éste vincula a una persona en concreto, única contra la cual puede exigirse la ejecución de la prestación debida²⁰⁶. Evidentemente ninguno de estos moldes resulta aplicable, *in totum* y

²⁰¹ Esta expresión fue retirada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional tras encontrar que resultaba contraria a la Constitución, *cf.* Sentencia C-595 de 1999.

²⁰² Sobre esta contraposición, propia de la lógica de la codificación, véase CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil* (Trad. Manuel M. Zorrilla), Tomo II, Vol. 1, Barcelona, Bosch, 1965, pp. 68 y ss. También DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Vol. III, 7ª Ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 31 y ss.

²⁰³ **Artículo 665 CCC.**- “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. Esta definición nos remite, directamente, al artículo 653 CCC, donde se diferencia entre cosas materiales e inmateriales. De acuerdo con lo previsto en esta disposición: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. // Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. // Incorpóreas, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

²⁰⁴ GÓMEZ, José J. *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, pp. 38-39. No otra conclusión puede extraerse de lo reglado por el artículo 666 CCC, según el cual los “[d]erechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 58.

²⁰⁶ *Idem*, p. 52 y pp. 58-59.

con exclusión del otro, a la propiedad constitucional²⁰⁷. Las ya conocidas necesidades de ofrecer a los individuos una tutela jurídico-patrimonial global y efectiva, al tiempo con las exigencias del modelo económico y las necesidades de expandir el ámbito de cobertura del modelo de cooperación Estado-propietario en punto al ejercicio del derecho de cara a la realización de las metas sociales y económicas previstas por la Constitución, obligan a articular un concepto más general.

Como se ha mencionado ya, *la propiedad derecho real del Código Civil es tan sólo uno de los derechos de contenido patrimonial que integran y gozan de la protección de la garantía constitucional de la propiedad*. Por esta razón, no resulta procedente pretender extrapolar sus rasgos ni sus atributos al plano más general y omnicompreensivo de esta última; ni pretender hacer de ellos el parámetro de valoración abstracta de la visión constitucional de este derecho²⁰⁸. En consecuencia, tampoco resulta procedente restringir el contenido de la propiedad constitucional a las facultades de gozar y disponer de las cosas corporales sobre las que recae el derecho. Como se afirmó líneas atrás, más que como un derecho sobre las cosas, la propiedad constitucional ha sido configurada como *un derecho sobre los derechos*²⁰⁹ que atribuyen al sujeto un ámbito de aprovechamiento

²⁰⁷ La insuficiencia de estas dos categorías para explicar la totalidad de la realidad patrimonial de la sociedad moderna no es una novedad. Así, por ejemplo, y en consideración a las múltiples particularidades que ofrece el reconocimiento de la propiedad intelectual (entre otras, recae sobre un objeto inmaterial, es ejercida *erga omnes*, confiere las facultades de goce y disposición y posee una dimensión patrimonial y otra moral, de donde se desprende una faceta enajenable y otra no, lo mismo que una temporal y otra perpetua), supuso un fuerte cuestionamiento a la llave derecho personal/derecho real como categorías capaces de abarcar la totalidad de las relaciones patrimoniales que se dan en el Derecho Privado. Ciertamente, sus peculiaridades dieron lugar a que se hablara de una propiedad *sui generis* o de una concepción tripartita de los derechos patrimoniales: derechos reales, derechos personales y derechos especiales. Esta última categoría englobaría derechos subjetivos de contenido patrimonial no encajables dentro de las dos anteriores, tales como los derechos de autor, la propiedad industrial, el derecho de herencia, el *good will* de las empresas, etc. El añoso debate sobre el carácter *sui generis* de los derechos de autor es abordado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 10 de febrero de 1960, que declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 39 de la ley 86 de 1946 (régimen entonces vigente de la propiedad intelectual) por establecer de forma ilegítima una restricción al derecho de los autores a percibir la remuneración por sus creaciones. Hace referencia a la referida concepción tripartita de los derechos patrimoniales y analiza las particularidades de la propiedad intelectual GÓMEZ, J. J. *Bienes... Passim*, pp. 51 y ss.

²⁰⁸ A pesar de las múltiples visiones que ha conocido la historia de la propiedad, no puede desconocerse que ha sido una en particular, la liberal-individualista, la que ha prevalecido y se ha impuesto en la conciencia jurídica de occidente. Gracias a este predominio tiene lugar una simplificación por virtud de la cual la abigarrada historia y los numerosos significados de esta institución son reconducidos sintéticamente al esquema dominical articulado por el liberalismo burgués. De esta forma, *una particular visión del dominio acaba convertida, en la práctica, en parámetro y criterio de valoración del concepto abstracto de propiedad*. Sobre la concepción liberal individualista y sus fundamentos filosóficos, véase REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, pp. 16 y ss. Sobre la pluralidad de significados que ha conocido el derecho de propiedad a lo largo de la historia, Cfr. GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Civitas, 1992.

²⁰⁹ LEISNER, W. "Eigentum" ... *Loc. Cit.*, p. 1025.

privado exclusivo y excluyente: una garantía de las posiciones jurídico-patrimoniales individuales activas.

78. La consideración más detenida de este último punto ofrece una segunda razón para argumentar la necesidad de apartarse del significado que se da a la propiedad en el Derecho Civil: el contenido específico que se le atribuye (al margen ya de si recae específicamente sobre un derecho o una cosa). De acuerdo con lo previsto por el artículo 669 CCC las facultades de goce y disposición integran y definen el contenido del derecho de propiedad. Este contenido sirve de base a la formulación por la doctrina civilista de una propiedad “en general” o “común”, que prescinde de las especificidades de la relación titular-cosa del derecho real para centrarse en las facultades que se reconocen a quien ostenta su titularidad, en el marco de las limitaciones que admite el derecho. Según este enfoque, es propiedad “el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa no siendo contra la ley”²¹⁰, entendiéndose que su objeto puede recaer tanto sobre cosas corporales como incorporeales²¹¹. Esta definición general, si bien es consciente de las limitaciones prácticas y jurídicas de la idea de derecho real, al igual que de la inviabilidad del pretendido carácter absoluto e ilimitado del derecho –razones por las cuales se margina con buen sentido de estos aspectos-, se queda corta ante la resuelta amplitud y riqueza conceptual de la garantía constitucional del derecho.

Al tomar como base de la construcción las facultades de goce y disposición, esta idea de “propiedad común” ensancha el ámbito de cobertura de la propiedad de la codificación respecto del alcance que se le otorga en el artículo 669 CCC. Sin embargo, tal ampliación no resulta suficiente para colmar los requerimientos de la Constitución en este punto. *La garantía constitucional de la propiedad constituye el eje central de la garantía patrimonial de los ciudadanos*²¹². A la par, y justamente por

²¹⁰ GÓMEZ, J. J. *Bienes... Passim*, p. 54. En las pp. 55-56 desarrolla la idea de “propiedad en general”.

²¹¹ *Idem*, p. 55.

²¹² La garantía del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado sirve de complemento a la garantía de la propiedad en este frente. Ellas constituyen, junto con el instituto expropiatorio, la base de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos en el Estado constitucional de Derecho. Aunque la Constitución no establece reglas explícitas de precedencia ni de preferencia de alguno de estos componentes sobre el otro, contiene criterios indicativos de cómo debe ser la conformación del sistema que instrumentalice dicha garantía constitucional. En lo que concierne a la relación entre propiedad y responsabilidad, debe tenerse en cuenta que, de un lado, el carácter *ius fundamental* del derecho de propiedad, su objeto ensanchado a la totalidad de las posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales y los numerosos insumos que contiene su régimen tanto para permitir la intervención estatal en esta órbita, como para racionalizarla, aportan argumentos a favor de un sistema que otorgue un peso prevalente a la garantía de la propiedad. De otro, el carácter típicamente residual de la protección ofrecida por el instituto de la responsabilidad a los distintos bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento (incluida la propiedad), imponen, a mi juicio, la opción por la construcción de un sistema que refleje dicho balance: la cobertura primaria debe correr por cuenta del derecho de propiedad y su garantía constitucional. En tanto que mecanismo de cobertura residual, la garantía de la responsabilidad deberá activarse sólo en supuestos donde el instrumento de cobertura primaria no puede cumplir su papel. Sobre el carácter residual de la protección que ofrece el instituto de la responsabilidad frente a la

lo anterior, representa uno de los aspectos más determinantes para la materialización del Estado social de Derecho. Debe entonces ofrecer cobertura a toda la realidad jurídico-patrimonial de la comunidad, de suerte que permita el despliegue eficaz de los módulos subjetivo y colectivo que integran este derecho. Ello supone articular un concepto más amplio, en concordancia con las exigencias de la Constitución. En consecuencia, *al hablar de la garantía constitucional del derecho es preciso desprenderse del contenido concreto que le otorga a éste la referida visión "general" o "común" del derecho forjada por el Derecho Civil, aún a pesar de haber sido recogida por la jurisprudencia constitucional*²¹³. Tal como ha sido corroborado por esta última en la sentencia C-189 de 2006, donde a propósito de un auténtico problema de delimitación legal de la propiedad atinente al contenido esencial de este derecho se pasó revista a la multiplicidad de posiciones jurídico-patrimoniales amparadas por la garantía constitucional del derecho desarrolladas por la legislación ordinaria²¹⁴, su heterogeneidad impide cifrar en dicho contenido (facultades de goce y disposición) el denominado "núcleo esencial" de la propiedad constitucional (*i. e.* propiedad *lato sensu*).

5.2. La amplitud e indeterminación de las fórmulas impuestas por la noción constitucional de propiedad.

79. En vista de la extensión de su cobertura y de la pluralidad de formas amparadas²¹⁵, resulta imperativo acuñar un concepto más amplio y abstracto; una noción formulada –si se quiere– desde una mayor altura o elevación conceptual, que ofrezca una perspectiva más ancha y se acople, de este modo, a la dilatada y heterogénea órbita de protección de la garantía constitucional del derecho. En últimas, de lo que se trata, es de articular una fórmula que permita englobar bajo una misma noción realidades que son diferentes, pero similares²¹⁶. Esto

propiedad, véase MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, p. 126.

²¹³ Ciertamente, el contenido atribuido por la dogmática *ius privatista* a la denominada propiedad "en general" o "común" coincide con la línea jurisprudencial en materia de núcleo o contenido esencial del derecho de propiedad trazada por la Corte Constitucional desde la sentencia C-006 de 1993, FJ 14, reiterada en otros pronunciamientos (aunque no como *ratio iuris*) como las sentencias T-427 de 1998, FJ C3; C-595 de 1999, FJ C; C-366 de 2000, FJ 4.4; C-204 de 2001, FJ 21 y C-544 de 2007, FJ 15.

²¹⁴ Como se ha señalado ya, en este pronunciamiento el juez constitucional debía determinar si la prohibición de "venta de tierras" de los predios particulares integrados al denominado Sistema de Parques Naturales establecida por el artículo 13 de la ley 2ª de 1959 infringe o no el contenido esencial del derecho a la propiedad privada que garantiza el artículo 58 CC; cuestión que exige, forzosamente, un pronunciamiento de fondo sobre el núcleo esencial de la propiedad constitucional. *Cfr.* Sentencia C-189 de 2006, FJ 2.

²¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 9.

²¹⁶ La comparación del derecho de propiedad con el caso de la libertad de asociación (artículo 38 CC) resulta, a estos efectos, ilustrativa: a pesar de traducirse en realidades jurídicas disímiles en el plano de la legalidad, sociedades, asociaciones, cooperativas o corporaciones, comparten un mismo fundamento constitucional y constituyen manifestaciones concretas de una misma libertad ejercida en distintos ámbitos. El artículo 38 CC garantiza "el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad". Por ende, como ha

implica, como se verá en detalle más adelante²¹⁷, que sea preciso, para realizar esta tarea, emplear *distintos instrumentos metodológicos*: de una parte, *un concepto general*²¹⁸, que obre como *criterio ordenador*; y de otra, la construcción de *tipos*²¹⁹ que, a partir de la fijación de los rasgos particulares de cada uno de ellos, hagan posible establecer las notas distintivas de esas realidades, identificar sus contenidos y perfilar sus contornos de forma más precisa, enmarcándolos siempre dentro del ámbito definido por el criterio ordenador²²⁰.

80. De esta forma, en armonía con lo que se ha comentado ya acerca de la imposibilidad de efectuar dicha construcción a partir de un contenido específico o tomarlo por referencia del Derecho Civil, es preciso intentar una fórmula que se acomode a las exigencias de la Constitución. Por esto, y a pesar de hacer mención expresa el juez constitucional en su sentencia C-189 de 2006 a los atributos de uso, goce y explotación como nucleares dentro del derecho de propiedad constitucional²²¹, debe entenderse que el referido concepto pivota sobre la garantía de una posible *utilidad económica* para el propietario, que viabilice la preservación de un *interés privado* en el objeto del derecho, a concretar mediante el reconocimiento de *una genérica facultad de aprovechamiento o explotación*. En vista de la significativa amplitud de la cobertura de la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, de la notable variedad de fenómenos abarcados y de la visible necesidad de reconocer al legislador un margen de apreciación considerable en punto a las facultades dominicales reconocidas a cada régimen dominical que tipifique, el concepto articulado debe resultar lo suficientemente amplio y abstracto para cumplir la misión que le es señalada.

81. Con base en estos elementos se podría definir la propiedad constitucional como **un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, sujeto a una función social, cuyo contenido radica, justamente, en una utilidad privada**. Por medio de qué facultades concretas puede llevarse a cabo la explotación de dicho ámbito y bajo qué condiciones podría obtenerse dicha utilidad privada será un asunto a decidir por el legislador en cada caso respecto del singular derecho de que se

sido recordado por la jurisprudencia constitucional, este derecho consagra una libertad de asociación genérica, que cubre las distintas modalidades asociativas que pueden presentarse para emprender propósitos comunes. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004, FJ 13. Con independencia de su denominación o régimen jurídico serán, en esencia, manifestaciones concretas de la libertad del artículo 38 CC. Algo semejante ocurre, pues, con el derecho de propiedad y sus diferentes *tipos* y *sub-tipos*.

²¹⁷ *Vid. infra* el apartado D del Capítulo Segundo de este trabajo.

²¹⁸ Como se verá en detalle más adelante (*vid.* el apartado D del Capítulo Segundo de este trabajo), este concepto general debe ser construido siguiendo dos caminos complementarios: de una parte, deductivamente, mediante la definición de sus rasgos característicos según el sistema constitucional en que se encuentra insertado; y de otra, inductivamente, mediante la abstracción de notas distintivas que son comunes a la pluralidad de formas concretas que se encuentran bajo su tutela y que en muchos casos preceden a la Constitución.

²¹⁹ Sobre el tipo como forma de pensamiento y su importancia para la ciencia del Derecho, *vid.* LARENZ, K. *Metodología de la... Loc. Cit.*, pp. 451 y ss.

²²⁰ Sobre esta tipología, *cfr. infra* el apartado D-2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

²²¹ *Cfr.* FFJJ 10 y 18.

trate, previa valoración de la función social que le corresponde cumplir. Esto, por cuanto la garantía constitucional del derecho asegura un aprovechamiento privado *genérico*, no una forma concreta de explotación (agrícola, urbanística, comercial, etc.)²²². Lo esencial, a estos efectos, desde la óptica específica de cómo se configura el contenido del derecho, será preservar una esfera de actuación donde el particular pueda perseguir libremente sus intereses (ámbito de aprovechamiento particular) y se le garantice tanto la posibilidad de obtener un beneficio personal (utilidad privada), como el respeto de los aprovechamientos adquiridos o consolidados (garantía del contenido adquirido). Como puede apreciarse, la idea constitucional de propiedad encierra una noción que resulta más amplia, abierta e indeterminada, pero a la vez más compleja, que la del Derecho común.

6. Implicaciones para la regulación del derecho.

82. Finalmente, la articulación de un concepto constitucional de propiedad supone asimismo un cambio notable tanto en la forma como el legislador cumple la función de establecer su régimen legal, como en el contenido y enfoque de la regulación misma. La instauración de una nueva concepción del derecho, la previsión de unas más amplias e intensas facultades legales de configuración del contenido del derecho, subordinadas y teleológicamente orientadas por la función social, y limitadas por la realización del modelo dual de propiedad definido por la Constitución y por la garantía del derecho constitucionalmente establecida, son las líneas fundamentales que enmarcan actualmente la definición del régimen legal de este derecho.

6.1. Las mayores posibilidades de injerencia en el ámbito de protección del derecho.

83. Así las cosas, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el ya referido cambio en la concepción del derecho que palpita en la idea constitucional de propiedad. Al proclamar una propiedad afectada al cumplimiento de una función social, de una parte, y confiarse a los poderes públicos la definición del contenido y, específicamente, la concreción en cada caso del sentido último del aprovechamiento o utilidad que se reconoce al sujeto del derecho, por otra, se excluye la concepción liberal y su principio de libertad en el ejercicio del derecho. Por ende, la definición de qué se hace o se deja de hacer con la cosa cesa de ser visto como un asunto del resorte exclusivo del propietario. Atrás queda entonces la versión clásica de la propiedad, según la cual ésta representa el más amplio dominio que se tiene sobre las cosas, concretado en un haz indeterminado de facultades, difícilmente precisable a causa de una indeterminación que envuelve *todas las posibles utilidades que puedan obtenerse* de la cosa²²³. Un poder tan amplio,

²²² BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* Loc. Cit., p. 323.

²²³ MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* Ob. Cit., p. 60.

que se define acaso por su propia indefinición y cuya limitación se produce apenas de manera excepcional desde el exterior, para sustraer comportamientos puntuales del universo de libertad que –se supone– atribuye a su titular²²⁴. Bajo la perspectiva constitucional, en cambio, “*el modo de utilización es definido o conformado estatutariamente, desde su propio interior*”²²⁵ (cursivas del texto) por la función social y la lectura que de ella efectúan los poderes públicos. De esta forma, se habilita a estos últimos para, con arreglo a las exigencias de aquella, señalar el destino de una propiedad ya no ilimitada ni incondicionada y, en concordancia con esta determinación, definir la medida de las facultades dominicales.

84. Cuantitativa y cualitativamente hablando, lo anterior supone una transformación notoria del esquema hasta entonces imperante en materia de intervenciones legislativas en el contenido de la propiedad. Desde un punto de vista cuantitativo, la situación es otra puesto que, concebido como un derecho tendencialmente absoluto, ejercido de la manera *plus absolue* –tal como lo pregonaba el artículo 544 del *Code Civil*–, las inmisiones del legislador en este ámbito resultaban procedentes únicamente en supuestos excepcionales y taxativos²²⁶. En consecuencia, las intervenciones legales se limitaban, en la regla, a supuestos puntuales, de procedencia exterior a su estructura interna, derivados de la presencia de derechos de terceros con los cuales tenía que ser coordinado el derecho (caso de las relaciones de vecindad, p. ej.) y para garantizar que su ejercicio fuera compatible con el orden público o con el desarrollo de las grandes obras públicas emprendidas²²⁷. Al ofrecer un título que legitima y reclama la permanente intervención del legislador en el contenido del derecho –la función social–, la visión y estructura constitucional de la propiedad permiten *normalizar* esta clase de actuaciones legislativas²²⁸. *Éstas dejan de ser así una excepción, para convertirse en un aspecto básico del cuadro normativo de la propiedad.*

Desde un ángulo cualitativo, por otro lado, la proclamación formal del carácter limitado de la propiedad y del papel constitutivo que en su interior desempeña la función social permite poner fin a la idea de la propiedad como señorío absoluto e incondicionado y, de paso, romper con la visión meramente negativa de las inmisiones legislativas en el contenido del derecho²²⁹. De ordinario entendidas como mera fijación de límites al ámbito *prima facie* ilimitado de posibilidades de aprovechamiento conferidas por el derecho, las intervenciones legales en el contenido de la propiedad poseían un alcance exclusivamente limitativo²³⁰: excluían o restringían concretas facultades del *dominus* de cara a su armonización con derechos de terceros o, de manera excepcional, con cuestiones

²²⁴ COLINA GAREA, R. *La función social de la... Loc. Cit.*, pp. 83-86.

²²⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, p. 127, nota a pie de página No. 111. En sentido análogo, véase REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 360.

²²⁶ COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 60.

²²⁷ CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Loc. Cit.*, p. 32.

²²⁸ COLINA GAREA, R. *La función social de la... Op. Cit.*, pp. 60-61.

²²⁹ RODOTÀ, S. *El terrible... Ob. Cit.*, p. 80.

²³⁰ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la ... Loc. Cit.*, p. 293.

suprapropietario. El reconocimiento de la función social de la propiedad y del correlativo carácter limitado de este derecho no sólo hacen de las intervenciones legales en su contenido algo normal; también dotan al legislador de un espectro más amplio y significativo de posibilidades de intervención en la conformación de dicho contenido²³¹. Gracias a esta circunstancia, sus intervenciones dejan de registrar un carácter meramente limitativo, esto es, negativo o de detracción de facultades (no hacer); para pasar a ostentar igualmente un carácter conformador, esto es, positivo o modulador de las facultades dominicales de conformidad con el fin social al cual se vincula una concreta forma propietaria y para cuya realización se establece una determinada regulación del derecho (deber de hacer o de no hacer, según el caso)²³². El ordenamiento urbanístico, en donde es preciso ajustar los intereses personales del propietario en el ejercicio de las posibilidades de urbanización de su predio con las necesidades de ordenación de la ciudad, ofrece un clarísimo ejemplo de ello.

6.2. El nuevo enfoque de la regulación del derecho.

85. Un segundo aspecto a considerar al evaluar la incidencia de la noción constitucional de la propiedad sobre la regulación de este derecho, es el relativo al punto escogido por el legislador como foco de su actividad. Entender el contenido de este derecho como un *agere licere* tendencialmente ilimitado, regido por el principio de libertad de ejercicio, supone que la definición del régimen dominical formalizado en los textos de la codificación se centraba fundamentalmente en cuestiones de *la propiedad en cuanto pertenencia o titularidad*. “El problema que se plantea el Código Civil es la atribución de la titularidad de los derechos de propiedad, no el control o valoración de su ejercicio, que sólo preocupa al legislador cuando éste sea llevado a cabo de manera que pueda lesionar los derechos ajenos de los restantes titulares dominicales. La normativa codificada recoge preceptos que se dirigen a determinar quién es propietario y de qué manera se accede a ese *status*”²³³. La óptica subjetiva era, pues, prevalente en la configuración de su régimen jurídico. La definición o conformación de un contenido específico era, así, una tarea ajena a una legislación, que partía de la premisa de la subordinación total de este ámbito a la soberana y omnimoda voluntad del titular²³⁴. En términos generales la propiedad se garantizaba remitiendo al propietario la decisión final sobre el destino de la cosa. Sin embargo, la estructura dual de la propiedad constitucional hace forzoso un replanteamiento de esta visión.

²³¹ CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* Loc. Cit., p. 52.

²³² ESCRIBANO COLLADO, Pedro. “Función social y propiedad privada urbana: estudio de jurisprudencia”, en REDA, No. 6, julio-septiembre, 1975, pp. 450 y 451. En este mismo sentido, REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la ...* Loc. Cit., p. 293.

²³³ COLINA GAREA, R. *La función social de la...* Ob. Cit., p. 144.

²³⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* Loc. Cit., p. 60.

El énfasis puesto por la Constitución en la función social atribuida al derecho impone un cambio de perspectiva, que haga de *su ejercicio* el foco o eje central de la regulación legal de esta materia. La actividad del propietario pasa entonces a ocupar un lugar central dentro de la conformación del régimen dominical²³⁵. La superación del esquema de libertad en el ejercicio del derecho da paso a un modelo en el que las condiciones bajo las cuales éste debe ser ejercido son integralmente determinadas por la función económico-social que incumbe al objeto del derecho. Numerosos textos legislativos reflejan esta preocupación y se ocupan de fijar las condiciones de ejercicio de las distintas formas de propiedad articuladas por el ordenamiento a partir de la identificación de su particular función social, guía fundamental de la actividad legislativa en este campo. Se trata de leyes que al tiempo que definen una función social específica, moldean el correspondiente haz de facultades, deberes, cargas y sujeciones del propietario con arreglo a las exigencias del modelo dual de propiedad constitucionalmente establecido. Como es lógico, esto implica la reformulación de la garantía del derecho. La concepción propietaria subjetivista del Código Civil, centrada en la titularidad y la atribución del derecho, es desplazada así por una visión objetiva, que atiende más al momento dinámico del derecho, a su ejercicio y a la satisfacción de las exigencias propias de la función social que le es inherente. Como tal presupone una intervención activa de las autoridades en el ámbito protegido por el derecho y el abandono de la idea rígida o estática de la propiedad, para en su lugar instaurar una visión dinámica, fuertemente permeada por la posición que el individuo ocupa al interior del orden jurídico-social²³⁶. *La identificación de los límites y los presupuestos de actuación que la Constitución fija a los poderes públicos en este campo deviene, así, en un asunto capital.*

6.3. La pluralidad de formas de propiedad y de regímenes dominicales.

86. El tránsito a una visión dinámica del derecho da lugar al tercer aspecto a considerar en este apartado: la ruptura de la tradicional unidad del régimen dominical de la codificación. En tanto conlleva desplazar la atención del factor de cohesión tradicional de la categoría, el *dominus*, a un nuevo vector, más complejo y susceptible de presentar múltiples formas, la función social, el paso de una regulación construida desde una óptica subjetiva a una cimentada en una visión objetiva impide una construcción unitaria semejante a la plasmada en aquél estatuto. *El régimen de la propiedad se fracciona irremediablemente.* En armonía con la pluralidad de fines económicos y sociales identificados por la Constitución como frentes de actuación de la función social, ésta presenta un carácter abierto, relativo y flexible, difícilmente compatible con el anterior carácter unitario del régimen de la propiedad²³⁷. Las múltiples posibilidades de concreción que ofrece la función social a las autoridades se traducen en la ausencia de un contenido

²³⁵ MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Op. Cit.*, p. 82.

²³⁶ COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, pp. 147-148.

²³⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina de la... Loc. Cit.*, p. 65.

uniforme. El resultado: una pluralidad de formas de propiedad disciplinadas por diversos regímenes dominicales contenidos en distintas leyes sectoriales en las cuales se especifica el sentido particular de cada manifestación concreta del derecho que tipifique el legislador²³⁸. En consecuencia, la adopción de este enfoque implica asumir que *no existirá un único régimen de ejercicio del derecho de propiedad; existirán tantos regímenes cuantos resulten de las exigencias de la función social del derecho*.

F. El significado de la propiedad privada a la luz del sistema constitucional en que se encuentra insertada.

87. Tal como se ha mencionado ya, la ausencia de una definición expresa de lo que debe entenderse por propiedad privada en la Constitución no impide la identificación de sus rasgos más característicos, como paso previo a la formulación de la noción de este derecho implícita en su garantía. A estos efectos, un análisis del conjunto de las disposiciones constitucionales que interactúan más directamente con él y conforman lo que podría llamarse el *sistema constitucional de la propiedad* puede resultar de gran utilidad. A pesar de poseer un mayor grado de elaboración dogmática, las ya referidas diferencias de concepción, estructura, enfoque, alcance, contenido, sentido y finalidad entre la idea de propiedad del texto constitucional y del Código Civil desaconsejan hacer de la visión del derecho plasmada en este último el parámetro a seguir en la búsqueda de tales rasgos. De ahí que lo más recomendable resulte aproximarse a ellos, en un primer momento, a partir de los distintos elementos con los cuales se interrelaciona al interior del sistema normativo previsto en la Constitución.

1. La propiedad privada en el Estado social de Derecho.

1. 1. Cuestiones generales.

88. Dentro del cuadro normativo que conforma el llamado sistema constitucional de la propiedad, la proclamación del carácter social y de Derecho del Estado que efectúa el artículo 1 del texto constitucional resulta capital. El marcado compromiso estatal con la promoción de condiciones materiales aptas para la realización del principio de dignidad humana y del conjunto de los derechos fundamentales que acompaña a esta fórmula así permite inferirlo. Su empeño en la instauración de un orden económico y social justo, vertebrado en valores supremos como la convivencia, la libertad, la justicia, la igualdad, el conocimiento y la paz (Preámbulo CC), y principios como la dignidad, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1 CC), la democracia (artículo 3 *idem*), la supremacía normativa de la Constitución (artículo 4 *ibidem*) y la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 *idem*), que procure y asegure a todos condiciones de vida digna en forma de acceso efectivo

²³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14 *in fine*.

a los bienes y servicios básicos (artículo 334 párr. 2 CC), representa algo más que una simple declaración provista de un fuerte sentido retórico, pero carente de efectos jurídicos prácticos²³⁹. Constituye el camino definido para realización plena de su finalidad, cuyo centro es la persona humana, no en abstracto, sino propendiendo por su integración y participación en la sociedad de la cual hace parte. De ahí que los derechos fundamentales consagrados se erijan en guías, a la vez que en límites, de la acción del Estado y de los gobernantes²⁴⁰.

89. En tanto que parte integrante de este sistema, la configuración positiva del derecho de propiedad resulta igualmente limitada y permeada tanto por el Estado social, como por el conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que le rodean y que encuentran cabida dentro del orden axiológico definido por la Constitución. Producto de esta interacción, la propiedad reafirma y potencia el papel de instrumento al servicio del Estado social y la realización de sus cometidos que le es atribuido por su módulo colectivo o social. Gracias a esta circunstancia, este derecho opera de tal forma que ofrece la posibilidad de hacer efectivos principios como la dignidad humana, la libertad y la solidaridad, así como de realizar derechos tales como la igualdad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la vivienda digna, el medio ambiente sano, el acceso a la cultura y al conocimiento y la libre competencia económica. Todo ello mediante la recepción y ejecución de directrices institucionales que, emanadas de éstos últimos, tienen por objetivo hacer que los derechos patrimoniales satisfagan en mayor grado y en mayor número las necesidades de los asociados²⁴¹. De ahí que, como se verá en detalle más adelante, Estado social y función social no sólo se complementen, sino que se impliquen y necesiten recíprocamente. Aunque sin confundirse, discurren por sendas paralelas y comparten un mismo fin.

90. Como es comprensible, esta interacción conlleva el necesario replanteamiento de tesis imperantes en el orden burgués que, como el individualismo exacerbado y la separación tajante entre Estado y sociedad²⁴², informaban el ordenamiento jurídico en general, tanto como la idea de propiedad en particular²⁴³. Ello, sobre la evidencia práctica que “la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”²⁴⁴. Por esta razón el Estado asume el papel de principal factor de ordenación y conformación del sistema social y busca, por medio de diversos tipos de intervención, estructurar la sociedad conforme a valores de justicia social y equidad que hagan

²³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, FJ I A; también T-505 de 1992, FJ 5.

²⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2001, FJ 3.5.

²⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.1.2.

²⁴² Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995, FJ 2.

²⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ B 2.

²⁴⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 22.

posible superar la profunda crisis social padecida por causa de la férrea aplicación de los postulados del liberalismo económico. Se convierte en agente económico y regulador del proceso de producción y distribución de bienes y servicios, y se torna en protagonista esencial del sistema económico. “El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas”²⁴⁵. En últimas, de lo que se trata, es de articular una fórmula que permita afirmar que Estado y sociedad no son ya compartimentos estancos, sistemas autónomos, autorregulados, excluyentes entre sí o acaso apenas ligados por los escasos puntos de contacto que puedan existir entre dos elementos casi contrapuestos; sino dos sistemas estrechamente vinculados, en permanente interrelación, que se implican y necesitan mutuamente, e inciden de manera recíproca el uno en el otro habida cuenta de la imperativa necesidad de coexistir en un mismo ámbito y de encaminar sus actuaciones hacia los objetivos que la Constitución les señala²⁴⁶.

1.2. Incidencia global de la cláusula de Estado social sobre el ordenamiento jurídico.

91. El referido cambio de percepción aporta las bases axiológicas sobre las que se edifica el Estado social como nueva forma de concepción estatal. Su irrupción en el contexto constitucional supone no pocas transformaciones. Tal como señala ABENDROTH, a pesar de su amplitud e indeterminación, típico de una norma de su naturaleza, este principio está llamado a desplegar sus efectos, fundamentalmente, en dos direcciones. De un lado, como regla de interpretación de las distintas disposiciones que conforman el ordenamiento; y de otro, como principio que orienta la actuación de los distintos poderes públicos y el ulterior desarrollo del ordenamiento jurídico²⁴⁷. En lo concerniente al primer aspecto, deben destacarse algunas particularidades acerca del valor hermenéutico de este principio. De una parte, es procedente subrayar que implica una nueva *axiología no ideologizada*²⁴⁸, enderezada a conciliar valores clásicos del Estado liberal (libertad, propiedad, igualdad ante la ley, seguridad jurídica y derecho a la

²⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1992, FJ 4.

²⁴⁶ Esto, por cuanto, como afirma la Corte Constitucional “[e]l sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social”. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, FJ 4.

²⁴⁷ ABENDROTH, Wolfgang. “Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland”, en *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (Hrsg. Ernst Forsthoff), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 116-117.

²⁴⁸ La ausencia de una línea ideológica exclusiva y excluyente, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, da lugar a que se pregone la “neutralidad ideológica” del Estado social de Derecho en la Constitución colombiana. Vid. UPEGUI MEJIA, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al Estado social de Derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 33 y ss.

representación por medio del voto) con principios sustantivos que apuntan a la vigencia de unas condiciones materiales mínimas de existencia que hagan posible el ejercicio pleno y efectivo de los derechos individuales²⁴⁹. Ello hace posible tanto la tutela constitucional de formas concretas de organización mercantil como la sociedad anónima, crucial para el ejercicio de la libertad económica y el desarrollo del modelo económico constitucionalmente esbozado²⁵⁰, como la formulación jurisprudencial de derechos fundamentales como el mínimo vital, esencial para la materialización del compromiso que asiste al Estado social con la procura existencial de los individuos²⁵¹.

De otra parte, aporta un *marco conceptual* lo suficientemente amplio y flexible para posibilitar la ordenación, interpretación y realización de esta abigarrada constelación de derechos y principios de variado signo entretejida en torno suyo. La complejidad de este mosaico de instituciones y tendencias resulta incompatible con la interpretación aislada de cada una de ellas. Ésta debe efectuarse a la luz del **efecto de influencia recíproca** que se establece entre el contenido y el marco. Por virtud de esta relación, cada uno de estos elementos incide positiva y sustantivamente en el otro. De este modo, las diferentes normas que integran la referida constelación de principios y derechos cobran un sentido específico y adquieren un significado especial en el marco del Estado social; el cual, a su vez, encuentra en dicho conjunto de disposiciones el contenido necesario para adquirir, *en un plano propiamente constitucional*, mayor entidad, dimensión y sentido. De esta forma, a pesar de la notable amplitud de la libertad de apreciación del legislador en lo concerniente a la definición concreta de los fines sociales del Estado, es claro que la presencia del referido conjunto de disposiciones contribuye a estrechar tales márgenes. Esto mismo ocurre,

²⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1992, FFJJ 4 y 5.

²⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004. En esta sentencia la Corte Constitucional colombiana debió examinar la constitucionalidad las disposiciones del Código de Comercio que definen el régimen de responsabilidad (limitada) de las sociedades anónimas. Según los cargos presentados por el impugnante, en ellas se infringe la Constitución al no haberse establecido una norma especial que permita salvaguardar los derechos *irrenunciables* de los trabajadores y pensionados cuando quiera que la sociedad no haya cumplido con sus obligaciones laborales y frente a la seguridad social surgidas de los contratos de trabajo, y los activos de la persona jurídica no resulten suficientes para asegurar su pago. Más cuando el propio ordenamiento prevé la responsabilidad *solidaria* de los socios en supuestos de esta índole en el caso de las sociedades de personas.

²⁵¹ El reconocimiento de este derecho fue efectuado por la Corte Constitucional por vez primera en su sentencia T-426 de 1992. Se estudió en este caso la solicitud de amparo de un anciano que ante la falta de resolución por parte de su entidad de seguridad social a la solicitud de reconocimiento de su pensión de sobrevivientes presentada, interpuso una acción de tutela para exigir el amparo de sus derechos a la subsistencia y a la respuesta oportuna de su petición. A pesar de considerar que el derecho a la seguridad social en el caso de personas de la tercera edad no constituye, en principio, un derecho fundamental susceptible de la protección especial que ofrece la acción de tutela, si puede llegar a serlo al entrar en conexidad con otros que si lo son, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la dignidad. Por esta razón, analizadas las circunstancias del caso, el juez constitucional decidió conceder el amparo al derecho al “mínimo vital” en el contexto de la seguridad social.

lógicamente, a la inversa, en consideración a la influencia que ejerce el principio de Estado social en la concretización de aquellas normas.

Por último, y en armonía con lo anterior, el principio de Estado social impacta de manera directa y produce un significativo giro en la forma como se entiende *el valor y el sentido de los derechos individuales*. Así, por ejemplo, se hace a un lado la visión del individuo como medida exclusiva y centro absoluto de todas las cosas; y la libertad, fundamento del orden político y fin último de la existencia del hombre a los ojos del liberalismo clásico, de ser la más acabada expresión de la dignidad humana²⁵², pasa a ocupar el lugar de una mera concesión aparente, desprovista de todo significado y sentido, de no venir acompañada su proclamación formal de las condiciones materiales que aseguren su goce y ejercicio efectivo. La promoción y procura de condiciones materiales acordes con las exigencias de la dignidad humana son, entonces, bajo el prisma del Estado social de Derecho, presupuestos indispensables para el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y libertades individuales²⁵³. Disponer todo lo necesario para impulsar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, garantizar la efectividad de los derechos y principios consagrados por la Constitución y facilitar la participación de todos en la vida social, política y económica, constituye, pues, el marco fundamental de los cometidos sociales del Estado²⁵⁴. No en vano se destaca cómo “[e]l Estado social supone una respuesta histórica a la denominada «cuestión social» y representó la asunción por el Estado de reivindicaciones del «movimiento social»”²⁵⁵.

92. Por otra parte, en lo concerniente al segundo efecto desplegado por este principio, la función directiva de la acción pública que se predica igualmente del Estado social de Derecho, hay que manifestar que supone constatar que su introducción en el texto constitucional representa una notable alteración de la relación tradicional imperante entre Estado y sociedad. Esto, por cuanto la esencia misma del Estado social consiste, precisamente, en dejar de ver el orden social como algo que le es dado y le resulta ajeno, algo con lo que debe conformarse en orden a mantenerse fiel a los principios que le inspiran, para pasar a verlo como objeto de su configuración permanente de cara a la realización de los fines específicos que le son trazados. La pérdida de la fe en la justicia inmanente al orden social y económico, sumado al componente democrático presente en la fórmula, hacen posible el sometimiento de ese orden social y económico a la configuración de los órganos del Estado democráticamente legitimados y comportan un incremento significativo de la intervención estatal en la esfera privada²⁵⁶. Por virtud del *efecto de influencia recíproca* antes comentado, el nutrido catálogo de principios y derechos

²⁵² BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 23.

²⁵³ GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del...*, *Loc. Cit.*, p. 26. En sentido análogo, *cfr.* la sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 1998, FJ 3.

²⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1994, FJ 2.2.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del ... Ob. Cit.*, p. 22.

²⁵⁶ ABENDROTH, W. “Zum Begriff des... *Loc. Cit.*”, p. 119.

contenidos en la denominada parte dogmática de la Constitución se insertan en este marco y contribuyen a fijar el sentido de las actuaciones públicas a desarrollar a estos efectos. La acción estatal deberá entonces enderezarse a la realización de las directrices que resultan de esta interrelación.

1.3. Incidencia concreta de la cláusula de Estado social sobre el derecho de propiedad.

93. Como es lógico, esto conlleva un hondo cuestionamiento a la concepción clásica del derecho de propiedad. Al margen de la proclamación formal de la función social como inherente a este derecho y de su erección en aspecto central de su estructura y régimen de ejercicio, cuestión que se abordará en concreto más adelante²⁵⁷, no hay duda que el nuevo orden instaurado lleva aparejado un conjunto de elementos que chocan frontalmente con aquella noción. Su diferente visión de la relación entre el Estado y la sociedad y, por ende, el nuevo modelo de interacción entre lo público y lo privado, el énfasis puesto en la integración del individuo a la comunidad de que forma parte, la disolución del valor sacramental de la ley, la preocupación por la realización efectiva de los derechos fundamentales y la justicia material²⁵⁸, son algunas de las razones que exigen este replanteamiento. La positivación del Estado social en el texto constitucional determina que la propiedad deje de ser el ámbito intangible de señorío del dueño, concebido para el despliegue pleno de su libertad y la realización cabal de su voluntad e individualidad, para imprimirle un sentido más social, conforme con el nuevo cuadro axiológico sobre el que se levanta la renovada idea de Estado.

De este modo, sin suponer su absoluto desmonte ni la negación tajante de la legitimidad de los intereses personales del *dominus*, su inserción dentro de este conjunto modula (¿excluye?) la nota individualista que le caracterizaba, al tiempo que hace a la propiedad privada permeable a intereses *extrapropietario*, tanto de terceros, como del conjunto de la sociedad. *Esta circunstancia pone de relieve la (antes subestimada) relación existente entre propietario, objeto y colectividad, de una parte, y entre el derecho de propiedad y el conjunto de principios y derechos fundamentales sobre los que se sustenta la idea de Estado social, de otra*²⁵⁹. En

²⁵⁷ Vid. *infra* el Capítulo Cuarto de este trabajo.

²⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, FFJJ 1-6. También en este sentido ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y... Ob. Cit.*, p. 68.

²⁵⁹ Que la expresa consagración del Estado social constituye un punto de inflexión en la forma como se concibe la propiedad puede evidenciarse claramente en la evolución histórica que ésta ha registrado en el ordenamiento jurídico colombiano. Las tres fases del constitucionalismo nacional en punto al derecho de propiedad a que alude la Corte Constitucional en su sentencia C-595 de 1999, FJ B-2, reflejan claramente esta situación: un primer momento, en vigencia de lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución de 1886, de predominio de la idea clásica de este derecho expresada en el Código Civil. Ciertamente, a pesar de la contemplar expresamente el referido artículo 31 la prevalencia del interés público “[c]uando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma”, con lo cual parecía posible un apartamiento del ideal absolutista de la

consecuencia, sus proverbiales rasgos de derecho abstracto y elástico, exclusivo y excluyente, unívoco y perpetuo, que lo configuran como el más amplio dominio que se pueda tener sobre las cosas, propios de la doctrina *ius civilista* tradicional, se modelan (cuando no son enteramente puestos en entredicho) en el contexto del Estado social. Así, *la visión liberal individualista del dominio, asentada sobre la satisfacción plena del interés personal del propietario, es desplazada por una nueva comprensión de la institución, conforme a la cual los intereses de la colectividad ganan presencia en el instituto dominical, provisto ahora de un sentido y un significado diferentes*. Lo anterior, a causa tanto del contexto axiológico que de manera general le circunda, como por obra específica de la función social, instalada en el seno mismo del derecho por expresa disposición del constituyente. En líneas generales, podría afirmarse que tal es la idea que subyace a la interpretación que, siempre en el marco del Estado social de Derecho, ha efectuado la Corte Constitucional de este derecho²⁶⁰.

94. En suma, la proclamación constitucional del Estado social de Derecho y de los valores -convivencia, trabajo, justicia, igualdad, libertad, conocimiento y paz (Preámbulo CC)-, principios -dignidad humana, solidaridad, prevalencia del interés general, democracia, supremacía normativa de la Constitución y primacía de los derechos inalienables (artículos 1, 3, 4 y 5 CC)- y del conjunto de figuras e

propiedad liberal individualista, la lógica imperante en el pensamiento jurídico y político de la época y las propias limitaciones del texto y de su contexto (una Constitución liberal concebida en términos de orden-marco y una norma constitucional que remitía la definición del derecho al legislador), le impedían fijar fronteras firmes a este modelo, ulteriormente recogido en sus aspectos básicos por el Código Civil en su artículo 669. Un segundo momento, vivido tras la reforma constitucional de 1936 y la proclamación en su artículo 10 de la función social de la propiedad, que marca la ruptura con la tradición individualista y hace posible una mayor injerencia estatal en el ámbito dominical. No obstante, la falta de un entorno normativo adecuado (la reforma constitucional efectuada careció de la enjundia suficiente para hacer del modelo de Constitución como orden-marco imperante en la Carta de 1886 un esquema de Constitución como orden-fundamental) recortó el alcance de esta transformación. Y por último, un tercer momento, posterior a la expedición de la Carta constitucional de 1991 y a su proclamación del Estado social de Derecho como principio rector de nuestro ordenamiento. La importancia conferida por la jurisprudencia constitucional a este reconocimiento y a la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política constituyen no sólo una reiteración de la exclusión del esquema individualista antes imperante. Posee una significación propia, por cuanto representa la instrumentalización de la propiedad al servicio de los principios y derechos fundamentales sobre los que se sustenta el Estado social y de los objetivos sociales y económicos que le son propios. La idea de Estado social emerge así como un factor ordenador y una fuerza motora del sistema constitucional de la propiedad, que al tiempo que dota de contenido y señala finalidades, potencia las posibilidades envueltas en el reconocimiento de la función social de la propiedad. Todo esto, en el marco de una garantía constitucional del derecho que impide el vaciamiento o el total desconocimiento del contenido jurídico subjetivo inherente a esta figura. De ahí que aun cuando el reconocimiento de la función social de la propiedad proceda de 1936, la ausencia de esta constelación se haya traducido en unos resultados más tímidos. El mayor impulso dado por la legislación y la jurisprudencia constitucional a la función social a partir de 1991 son una evidencia de ello.

²⁶⁰ Véase Corte Constitucional, sentencias C-006 de 1993, FFJJ 10 y ss.; C-595 de 1999, FFJJ B y C, C-488 de 2002, FJ 3.1.2; C-474 de 2005, FJ 5; C-189 de 2006, FJ 5; C-544 de 2007, FJ 14.

instituciones que lleva aparejado -v. gr. la función social como elemento inescindible del contenido de la propiedad privada, la cláusula de accesibilidad a la propiedad de los artículos 60 y 64 CC, la proclamación de derechos sociales como el derecho a la vivienda digna (artículo 51 CC) o a disfrutar de un medio ambiente sano (artículo 79 CC) o del patrimonio cultural (artículo 72 CC), lo mismo que los deberes ciudadanos (artículos 8 y 95 CC)-, imprimen modificaciones sustanciales a los rasgos definitorios y a la fisonomía del dominio, fundamentales para asegurar su engaste dentro del marco general del Estado social. Por esta razón este derecho no puede seguir siendo visto como un poder de disposición cuyo ejercicio se da, por regla, en condiciones de completa libertad por su titular con el único fin de satisfacer sus intereses personales. Por obra de estas variaciones, enderezadas a armonizar su estructura y contenido con los fines sociales de aquél, *la propiedad entra a jugar un papel determinante en la realización del programa material previsto en la Constitución.*

No obstante, el momento individual presente en el derecho, garantizado constitucionalmente y estrechamente relacionado con la efectividad de derechos fundamentales igualmente reconocidos por el texto constitucional como la intimidad familiar y personal (artículo 15), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), el derecho a informar (artículo 20), el derecho al trabajo (artículo 25), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26), la libertad de asociación (artículo 38) y la libertad de empresa (artículo 333), introduce un factor diferencial a este recurso, que busca racionalizar la instrumentalización de la propiedad a la prosecución de estos objetivos. Su vinculación social no puede así efectuarse nunca fuera de los límites que la propia Constitución ha señalado al legislador.

2. La propiedad privada en el contexto de la Constitución económica.

2.1. Aspectos generales.

95. Otro referente cardinal para precisar el concepto constitucional de dominio viene dado por la denominada constitución económica. Esta noción, generalizada en el Derecho Público alemán luego de que la WRV incluyera en su texto un bloque de artículos (del 151 al 165) dedicados a regular la «vida económica» (*Wirtschaftsleben*), se emplea en un sentido genérico que permite englobar al conjunto de disposiciones constitucionales que de una u otra manera regulan e inciden sobre la estructura, organización y funcionamiento del sistema económico²⁶¹. Surge así el Derecho Económico (*Wirtschaftsrecht*) como

²⁶¹ En el Derecho alemán, autores como HUBER distinguen entre un concepto amplio y un concepto estricto de constitución económica (*Wirtschaftsverfassung*) según su contenido abarque únicamente las normas de la Constitución que envuelven determinaciones sobre la actividad económica, o se extienda igualmente al conjunto de disposiciones que regulan los fundamentos de la organización y el curso del proceso económico, con independencia del rango normativo de tales disposiciones. Vid. HUBER, Peter M. "Öffentliches Wirtschaftsrecht", en *Besonderes*

constelación normativa que engloba los preceptos jurídicos por medio de los cuales el Estado ordena, influye y dirige la forma como se organiza y funciona la economía²⁶². La decantación de este sector del Derecho y su obligada referencia a la norma constitucional posibilitó la articulación y consolidación de la fórmula “Constitución económica”²⁶³; posteriormente exportada con fortuna a otros ordenamientos²⁶⁴, al punto de haber adquirido ya la condición de rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo²⁶⁵.

96. La dinámica de las relaciones económicas y la lógica del Estado de Derecho imponen la necesidad de delimitar normativamente la órbita de influencia de los poderes públicos y el marco jurídico que ha de servir de escenario al desenvolvimiento de las relaciones negociales. Esto, con el fin de establecer condiciones y reglas que hagan posible el libre despliegue de las distintas fuerzas que interactúan en desarrollo del tráfico económico. Todo ello en un contexto de seguridad jurídica que, de optar por la alternativa del mercado, propicie condiciones favorables para la inversión, el crecimiento, la estabilidad económica, la redistribución de la riqueza y, en últimas, se muestre apto para brindar mejores condiciones de desarrollo económico y bienestar a la población en general. Con todo, la influencia que sobre este ámbito ejerce el principio de Estado social, su ambicioso programa material y su demanda por permanentes intervenciones públicas sobre la esfera privada impiden confinar la acción estatal en moldes rígidos y estáticos.

97. La dilatada extensión de su objeto y la extrema amplitud del concepto impiden circunscribir su ámbito a una sección concreta del texto constitucional²⁶⁶. Por esto, pese a que el Título XII de la CC se encuentra específicamente consagrado al régimen económico y a la hacienda pública, la idea material de constitución económica desborda este particular conjunto de normas. Una comprensión sustancial de esta noción conlleva integrar en ella disposiciones dispersas, ubicadas en distintos apartes del texto constitucional, con

Verwaltungsrecht (Hrsg. E. Schmidt-Assmann y F. Schoch), 14 Edición, Berlin, De Gruyter Recht, 2008, pp. 319-320.

²⁶² BADURA, Peter. *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3 Auf., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 6.

²⁶³ *Idem*.

²⁶⁴ Sobre este concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *cfr.* Sentencias C-265 de 1994, FJ 4; C-624 de 1998, FJ 9; C-865 de 2004, FJ 19. En la doctrina española, véase DE LOJENDIO, Ignacio. “Derecho constitucional económico”, en A.A.V.V., *Constitución y economía*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 82; DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 13; BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema... Loc. Cit.*, pp. 92-93; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, Madrid, La Ley, 1988, pp. 27 y ss; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 123 y ss.

²⁶⁵ BREWER CARIAS, Allan. “Reflexiones sobre la Constitución económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V, Madrid, Civitas, 1991, p. 3840.

²⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992, FJ 7.

independencia de sus aparentes caracteres formales. Supone enmarcar en un mismo cuadro un abigarrado juego de disposiciones constitucionales de diferente clase²⁶⁷. Habrá que conjugar entonces los preceptos del aquel Título de la Constitución, entre otros, con los valores superiores del ordenamiento enunciados en el Preámbulo (la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, el conocimiento y la paz), lo mismo que con principios como el Estado social, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1), la participación en la vida política, económica, administrativa y cultural (artículo 2), el principio democrático (artículo 3), la supremacía normativa de la Constitución (artículo 4) y la primacía de los derechos inalienables (artículo 5); lo mismo que con derechos fundamentales como la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), el derecho al trabajo -consagrado además como obligación social- (artículo 25), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26), el debido proceso judicial y administrativo (artículo 29), el derecho de asociación (artículo 38), la libertad sindical y de asociación empresarial (artículo 39), el derecho a la negociación colectiva (artículo 55), el derecho de huelga (artículo 56), el derecho de propiedad (artículo 58), la libertad de empresa (artículo 333); la prohibición de confiscación (artículo 34); la participación de los trabajadores en las empresas (artículo 57); el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, así como el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (artículo 95.1 y 95.9). Por último, también deben integrarse en ella las normas de carácter programático sobre el funcionamiento de la economía previstas en los artículos 60 a 66, al igual que -y de forma muy especial- los diversos preceptos que integran la llamada constitución ecológica²⁶⁸.

98. La amplitud de este concepto y la heterogeneidad de las disposiciones que lo conforman impiden postular la adhesión total y absoluta del ordenamiento constitucional a un modelo económico específico o puro (ya sea una economía de mercado o un esquema centralmente dirigido)²⁶⁹. En consecuencia, y de acuerdo con las directrices del principio democrático y del pluralismo político, se aprecia la apertura de un marco general apto para el cabal funcionamiento de distintos esquemas, de un signo ideológico o de otro, salvo la definición concreta de algunas figuras y parámetros de inexcusable observancia. La referida holgura de los márgenes fijados, al igual que la exigencia de apertura constante a la

²⁶⁷ Un recuento no taxativo de las distintas normas que integran la Constitución económica, *cfr.* la sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 1998, FJ 5.

²⁶⁸ Sobre el conjunto de disposiciones que integra la denominada constitución ecológica en el texto constitucional de 1991 puede consultarse el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia T-411 de 1992, FJ 2.2. Su integración al bloque de normas que integra la Constitución económica resulta fundamental. En ellas no sólo se establece un importante cúmulo de responsabilidades y se fija un rumbo a las actuaciones del Estado en materia de protección y conservación del medio ambiente; además se definen obligaciones y principios que, como el desarrollo sostenible, vinculan a los particulares en desarrollo de sus actividades, a la par que se consagran derechos de la comunidad que pueden incidir tanto en la órbita de actuación de las autoridades, como en la esfera de libertad (especialmente económica) de los individuos.

²⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 1998, FJ 5. En sentido análogo, véase las sentencias C-398 de 1995, SNFJ y C-043 de 1998, FJ 3.

actualización del Derecho impuesta por los principios democrático y pluralista, se traduce en la atribución al legislador de notables poderes de configuración del modelo económico²⁷⁰. Con todo, la expresa o tácita exclusión por la Constitución de concretos sistemas o determinaciones en consideración a su posible incompatibilidad con los postulados que ella recoge fija una frontera importante a dicha potestad²⁷¹. Por amplio y flexible que sea, el marco constitucionalmente impuesto ha de ser respetado. La fuerza normativa de la Constitución así lo demanda. Si bien ofrece un amplio margen de apreciación en términos de la dirección y el sentido que puede imprimirse a las políticas económicas, exige el respeto de aquello que ha sido constitucionalmente definido como fundamental dentro de la configuración del sistema económico perfilado.

99. En este sentido, la garantía constitucional de la propiedad privada del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, conjuntamente con otros derechos de corte liberal como el de escoger profesión u oficio (artículo 26 CC) y la libertad de empresa (artículo 333 CC), permitiría inferir la intención del constituyente de asegurar la presencia de las bases estructurales de una economía de mercado. Ellas interactúan y se encuentran relacionadas instrumentalmente para dar vida a un orden económico esencialmente libre que, cimentado en la libre iniciativa privada, la libre e igual competencia y el juego de la oferta y la demanda, tiene al mercado como escenario principal de las transacciones económicas y mayor proveedor de bienes y servicios del individuo y de la comunidad. No obstante, como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, su inserción en un Estado social de Derecho, al tiempo con la incorporación de cláusulas constitucionales específicamente destinadas a hacer contrapeso a tales libertades (*v. gr.* función social de la propiedad y de la empresa, dirección general de la economía por el Estado, libre competencia como derecho colectivo, etc.) se traducen en una significativa modulación de este esquema. El resultado: la formulación de una “economía social de mercado”²⁷²; libre, pero avenida tanto con el reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, como con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar a todas las personas, en especial las de menores recursos, un mínimo de acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo de una vida digna²⁷³. En suma, una economía de mercado “acomodada a las exigencias del Estado social”²⁷⁴. Siendo ello así, y teniendo en cuenta las garantías con que la Constitución ha revestido a estos derechos (señaladamente la reserva de ley y un repertorio de límites a su regulación como los principio de razonabilidad, proporcionalidad y el contenido

²⁷⁰ Corte Constitucional, sentencias C-074 de 1993, FFJJ 1.1 y 2.3; C-265 de 1994, FJ 5; también la sentencia C-478 de 1998, FJ 7.

²⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992, FJ 6 *in fine* de la primera parte de la sentencia; también las sentencias C-074 de 1993, FJ 1.1 y C-713 de 1998, FJ 5.

²⁷² Corte Constitucional, sentencias C-865 de 2004, FJ 19, C-616 de 2001, FJ 4.2 y C-265 de 1994, FJ 4.

²⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004, FJ 19.

²⁷⁴ ARAGÓN REYES, Manuel. “El contenido esencial del derecho constitucional fundamental a la libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (Coord. Francisco Pérez de los Cobos), Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 35.

esencial²⁷⁵), no hay duda que *la propiedad privada se halla dentro del elenco de figuras centrales de la constitución económica*. Ella podrá ser regulada, delimitada o modalizada por el legislador; mas no podrá desaparecer del orden constitucional ni de la vida diaria. La garantía constitucional del derecho asegura tanto su contenido jurídico subjetivo, como su figuración jurídico-objetiva como institución clave dentro del orden económico instaurado por la Constitución.

2.2. Centralidad de la propiedad dentro de la Constitución económica.

100. Su condición de derecho subjetivo y principio fundamental del orden jurídico, derivada de las dimensiones subjetiva y objetiva comunes a todo derecho fundamental²⁷⁶, es apenas un argumento en este sentido. De un lado, en cuanto derecho subjetivo, goza del amparo de la Constitución en tanto que instrumento para asegurar la autonomía personal y libertad individual; esto es, la realización de un orden en el cual los individuos se autodeterminen y dispongan de los medios jurídicos para configurar de manera independiente su vida²⁷⁷. De otro, en tanto que norma objetiva que resguarda una institución y un principio del orden jurídico abstracto, y ya en un plano supra-individual, su tutela constitucional busca asegurar el funcionamiento del modelo de economía social de mercado establecido; a saber: un orden económico descentralizado, en el que no todas las decisiones son jerárquicamente adoptadas por las autoridades, sino donde también corresponde a los sujetos particulares adoptar decisiones sobre la producción, uso y tráfico de los distintos bienes y servicios disponibles en el mercado²⁷⁸. Cuestión, esta última, que resulta igualmente determinante en el proceso de formación y consolidación de una sociedad libre²⁷⁹.

101. Ahora bien, el carácter primordial de este derecho puede desprenderse asimismo de diversas líneas de argumentación. La acuciante necesidad de la

²⁷⁵ Subrayan la importancia de los límites que para la actividad estatal en la esfera económica representa el reconocimiento de derechos como la libertad de empresa PAZ-ARES, Cándido y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL. "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Coord. José Luis Monero Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida), Granada, Comares, 2002, p. 358.

²⁷⁶ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Op. Cit.*, pp. 321 y ss.

²⁷⁷ Para este objetivo resulta igualmente determinante el reconocimiento de otros derechos individuales como la libertad de empresa, la libertad de escoger profesión u oficio y el derecho al trabajo. *Vid.* PAZ-ARES, C. y J. ALFARO ÁGUILA-REAL. "El derecho a la libertad de... *Loc. Cit.*", p. 359. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la necesaria acción distributiva del Estado; que provea los bienes públicos necesarios para que exista una verdadera igualdad de oportunidades que aseguren que estas libertades no acaben convertidas en el privilegio de solo un puñado de afortunados a expensas de la opresión de un gran número de personas. La importancia de la "igualdad de libertad" dentro de la ética liberal es destacada por BERLIN, Isaiah. "Dos conceptos de libertad", en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 51 y ss.

²⁷⁸ Sobre los diversos componentes que presupone el funcionamiento de un mercado, *vid.* PAZ-ARES, C. y J. ALFARO ÁGUILA-REAL. "El derecho a la libertad de... *Loc. Cit.*", p. 378.

²⁷⁹ En este sentido, *vid.* p. ej., HAYEK, Friedrich. *Los fundamentos de la libertad* (Trad. José Vicente Torrente), 7ª Edición, Madrid, 2006, pp. 186-187.

sociedad y del modelo económico mismo de definir reglas que disciplinen la asignación, acceso, disfrute y gestión de los diferentes recursos y bienes –escasos como son por definición- es la primera de ellas²⁸⁰. Un segundo argumento viene dado por el carácter instrumental de la propiedad privada como medio para la efectiva participación de todos los ciudadanos en la vida económica conforme a las exigencias del artículo 2 CC, de un lado, y la autosatisfacción de las propias necesidades, por otro²⁸¹. No obstante, la paulatina pérdida de protagonismo de este último atributo lleva a reforzar su figuración a partir de su nexo con otros derechos como el derecho al trabajo (artículo 25 CC) y las libertades de asociación (artículo 38 CC), de empresa (artículo 333 CE) y de escoger profesión u oficio (artículo 26 CC), lo mismo que con garantías como la prohibición de la confiscación, el respeto al destino de las donaciones para fines de interés social (artículo 62 CC) y la libre competencia (artículo 333 CC). Tan estrecha es su relación con estas garantías, que de no haber propiedad privada éstas devendrían prácticamente inexistentes o superfluas. De igual forma, en cuarto lugar, resulta incuestionable que aunque en otra dimensión, la propiedad privada guarda todavía un claro nexo con la garantía de libertades individuales que (por fortuna) aún en la actualidad sirven de fundamento ético-político al Estado. También hoy conserva la propiedad su cariz de instrumento esencial de realización personal y desarrollo del orden social por parte de los individuos. En especial si, como ocurre en el texto constitucional colombiano, se enfatiza su nexo con el derecho al trabajo –catalogado por el artículo 25 CC como “un derecho y una obligación social”, en el entendido que éste “garantiza al individuo la posibilidad de ejercer libremente una actividad económica con miras a asegurar su existencia

²⁸⁰ A tal punto es este un requerimiento evidente que la propiedad constituye, para HART, uno de los cinco puntos o “*verdades obvias*” que encarnan las más conspicuas características de la naturaleza humana sobre las que debe recaer el mínimo a atender por cualquier orden jurídico. Esta tesis, postulada por el jurista inglés para contestar a la tesis positivista según la cual “el Derecho puede tener cualquier contenido”, contempla como mínimos los siguientes aspectos: (i) la vulnerabilidad humana (referente a la necesidad de restringir el uso de la violencia que puede ser causa de muertes o daños en otros); (ii) la igualdad aproximada (relativa a la necesidad de establecer un mínimo de igualdad como requisito para la convivencia, a pesar de las diferencias naturales que existen entre los hombres); (iii) el altruismo ilimitado (habida cuenta que si bien se trata de un Derecho que no regula una comunidad de ángeles, tampoco pretende instaurarse en una sociedad de demonios, por lo que resulta conveniente fijar controles y reglas); (iv) los recursos ilimitados (en consideración al carácter escaso de los recursos, es preciso establecer formas de asignación y acceso a ellos, lo mismo que prever mecanismos de traspaso de estos derechos para facilitar la colaboración y el intercambio de bienes); y (v) la comprensión y fuerza de voluntad limitadas (debido a que no todos los hombres entienden los beneficios que comporta someterse voluntariamente a las reglas previstas y no comparte, por ende, tal obediencia). Cfr. HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, 2ª Edición, (Trad. Genaro Carrión) México, Editorial Nacional, 1980, pp. 238 y ss.

²⁸¹ Más aún cuando se tiene en cuenta que la tipificación del Estado como social no comporta la anulación de la responsabilidad del individuo sobre la atención de sus propias necesidades por suponer precisamente lo contrario, esto es, como afirma RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, que “sobre el *individuo* recae la responsabilidad de sostenerse y satisfacer sus necesidades con su *trabajo*. Este es el sentido más elemental del «deber de trabajar» que establece el artículo 35.1 CE” (cursivas del texto). Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del ... Op. Cit.*, p. 33.

material”²⁸²- y con la empresa –calificada por el artículo 333 CC como “base del desarrollo”²⁸³.

102. Frente a esta constelación, la propiedad privada garantiza la potenciación del modelo establecido y la conformación de un orden social dinámico y autónomo, no reducido a la simple condición de simple objeto de conformación de las autoridades. Más aún, en el marco de un Estado social de Derecho, el reconocimiento formal de la función social de la propiedad antes que excluir la validez del binomio propiedad-libertad, exige que éste se conserve, aunque plantea la exigencia de introducir un fundamento complementario a él. Un fundamento que al tiempo que emerja como fuente determinante de su renovada legitimidad, explique la capital importancia del replanteamiento de la institución dominical al interior de la constitución económica y del entero sistema constitucional. Como se ha mencionado ya, este fundamento no es otro que la vinculación social del derecho; que además de alterar la forma como se comprende la propiedad privada, condiciona su protección al cumplimiento de la función social inherente a todo derecho amparado por su garantía y hace visible el nexo que le liga con los principios de solidaridad y prevalencia del interés general. Por obra de este nexo, al tiempo que se mantiene la faceta individual inmanente a este derecho, se confirma su condición de instrumento de promoción y realización del bien común y se le otorga su pregonado carácter de instrumento de transformación económico-social²⁸⁴.

103. Ahora bien, que se mantenga la faceta individual de este derecho quiere decir que a pesar de las marcadas transformaciones experimentadas por el derecho propiedad en el marco del Estado social de Derecho, éste sigue amparando *intereses individuales de signo patrimonial*. Así, pese a no haber dudas sobre la trascendencia de la función social al interior de la institución dominical y de su correlativa apertura y compatibilización con el interés general, resulta indiscutible que dicho lazo no puede conllevar la completa superposición de éste sobre el interés particular del propietario. Interés que envuelve, naturalmente, una legítima expectativa de **utilidad privada** en cabeza de su portador. En este sentido, y como se precisará más adelante, si bien puede resultar acertado afirmar que en la generalidad de los casos la utilidad individual será determinada por las limitaciones impuestas en virtud de la función social de la

²⁸² Corte Constitucional, sentencia T-475 de 1992, FJ 3.

²⁸³ No de otra forma se puede explicar que en el párrafo segundo del artículo 34 se establezca, a pesar de la prohibición de la pena de confiscación prevista por el primer párrafo de esta disposición, que “se declarará extinguido el dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. Además de poner de relieve el ya comentado vínculo instrumental entre propiedad y libertades económicas (mientras que aquella garantiza *lo adquirido*, éstas garantizan *el derecho a adquirir*), la previsión del artículo 34 busca, entre otras cosas, reforzar el mandato de la primera frase del primer párrafo del artículo 58 CC: “Se garantizan la propiedad y los demás derechos *adquiridos con arreglo a las leyes civiles*” (cursivas fuera de texto). Aquellos derechos adquiridos en contravía de lo que dispone este marco, podrán ser entonces objeto de esta medida, por virtud de la cual sus titulares podrán ser despojados de ellos sin indemnización.

²⁸⁴ BARNÉS VAZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional ... Ob. Cit.*, pp. 141-142.

propiedad, ello no da lugar a admitir que la primera se encuentre enteramente subordinada a la segunda²⁸⁵. *Ambas constituyen elementos estructurales del contenido interno del derecho y deben, por ende, armonizarse y ponderarse, sin imposiciones ni sometimientos absolutos de parte de uno al otro*²⁸⁶.

El análisis sistemático de esta parte de la Constitución permite arribar a esta conclusión. De lo contrario, *un completo sojuzgamiento de la utilidad individual por el interés general terminaría por hacer de la propiedad privada una extensión más de la propiedad del Estado –esta sí llamada, por definición, a servir única y exclusivamente al bien común–, tornando en superflua tanto la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, como la caracterización de los bienes públicos efectuada por el constituyente en los artículos 63, 102 y 332. Igualmente inútil resultaría la previsión constitucional de instituciones como la expropiación (artículo 58.4 CC), la regulación del suelo (artículos 82.2 y 313.7 CC), la plusvalía por las actuaciones urbanísticas (artículo 82.2 CC), la libre competencia económica (artículo 333 CC) y la garantía que el artículo 362 CC otorga a los bienes y rentas de las entidades territoriales, a las que reconoce su “propiedad exclusiva” y les asegura “las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares”.* Lo anterior, sin contar con que adicionalmente se reñiría con derechos constitucionales como el derecho al trabajo y con las libertades de escoger profesión u oficio, de asociación y de empresa, a la vez que se desvirtuaría un pilar central del sistema económico plasmado en las disposiciones de la Carta. Por esto, con los matices ya apuntados, derivados tanto del carácter social y democrático del Estado, como de la incorporación de la función social en su ámbito interno, la propiedad privada, en cuanto *garantía de la utilidad individual emanada del uso y aprovechamiento particular del objeto del derecho*, constituye uno de los cimientos fundamentales de la constitución económica en el ordenamiento jurídico colombiano, que no puede ser ignorado, desvirtuado ni minusvalorado.

3. La propiedad privada en el Estado democrático.

3.1. Planteamiento general.

104. Además de atribuir al Estado colombiano la condición de social, el artículo 1 CC le otorga asimismo la calidad de democrático. Dado su carácter poliédrico y la multitud de direcciones hacia las cuales irradia sus directrices, este principio resulta igualmente relevante para aproximarse al estudio de la garantía constitucional de la propiedad y de la noción que de este derecho adopta la Constitución. A pesar del lugar estructural que le corresponde dentro del entero orden constitucional (y del orden jurídico en general) existen múltiples visiones sobre lo que representa la proclamación de este principio²⁸⁷. Como afirma HESSE

²⁸⁵ Se trata, si se quiere, de una subordinación *prima facie*, esto es, que demanda ponderación, atribución de peso en cada caso concreto o, en otras palabras, que no obedece a un mandato definitivo y absoluto.

²⁸⁶ DE MARCOS, A. *El sistema de garantías...* Op. Cit., pp. 136-137.

²⁸⁷ La falta de claridad sobre el concepto y el contenido específico de la democracia es uno de los reclamos más recurrentes tanto de la doctrina política como jurídica, dados los riesgos que

a propósito del debate surgido en Alemania tras su consagración en la GG, pocos principios han sido interpretados de formas tan diversas como el principio democrático²⁸⁸. La ausencia de una caracterización concreta de lo que significa remite, para su concreción, a las distintas normas constitucionales por medio de las cuales se establecen principios, instituciones y estructuras organizativas y procedimentales que buscan asegurar la realización en diversos ámbitos del orden democrático instaurado.

105. A estos efectos, lo dispuesto en el mismo artículo 1 CC acerca del carácter participativo y pluralista de la democracia, en conjunto con lo previsto por el artículo 3 CC y su proclamación del pueblo como titular exclusivo de la soberanía –ejercida “en forma directa o por medio de sus representantes”²⁸⁹–, ofrecen un marco adecuado para una primera aproximación. De acuerdo con este sentido primario, democracia equivale al autogobierno del pueblo. La imposibilidad material para llevar este postulado hasta sus últimas consecuencias –a saber: la instauración de una democracia enteramente directa–, impone la necesidad de definir instancias que obren como intermediarias en el proceso de formación de la voluntad popular. En estas condiciones, la opción por el Estado democrático representa la introducción de un principio que debe guiar el proceso de acción política en el que se articula y hace operativo el poder del Estado, entendido como encarnación y materialización permanente de la voluntad popular²⁹⁰. Al margen de la encendida polémica sobre el contenido sustancial de la democracia (libertad, igualdad, separación de poderes, etc.)²⁹¹, puede afirmarse que dentro de esta comprensión, el principio democrático emerge como “una suerte de *mandato de legitimación eficaz*”²⁹², que se traduce, primero, en que toda decisión debe ser susceptible de ser reconducida, en sus orígenes, al pueblo –titular exclusivo de la soberanía–; y segundo, en que toda decisión debe gozar asimismo de un *minimum* de calidad democrática. Lo primero se reflejará en una cuestión de forma, en tanto que el sujeto productor de la decisión deberá estar integrado, de algún

entraña para su propia supervivencia y operatividad. Así, por ejemplo, DE TOCQUEVILLE, subraya la urgencia de precisar el significado de las expresiones *democracia, instituciones democráticas, gobierno democrático*. En su parecer, “[m]ientras no se las defina claramente y no se llegue a un entendimiento sobre su definición, se vivirá en una confusión de ideas inextricables, con gran ventaja para los demagogos y los déspotas”. Vid. DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la revolución*, Tomo 2, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 100. También Kelsen denunció los peligros envueltos en la maleable polisemia del concepto de democracia. Convertida en un tópico que se emplea en toda ocasión y con cualquier finalidad, ésta acaba por presentar tantos y tan diferentes significados que termina por perder todo sentido firme y ser degradada a una simple “frase convencional”. Cfr. Kelsen, H. *Von Wesen und Wert der Demokratie*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1981, p. 1.

²⁸⁸ HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 58.

²⁸⁹ **Artículo 3.-** La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

²⁹⁰ HESSE, K. *Grundzüge des... Op. Cit.*, pp. 59-60.

²⁹¹ Sobre el concepto y el objeto de la democracia moderna, cfr. MAIHOFER, Werner. “Principios de una democracia en libertad”, en *Manual de Derecho Constitucional* (Hrsg. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 218 y ss.

²⁹² SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre... *Loc. Cit.*”, p. 57.

modo, en la denominada “cadena de transmisión” de la legitimación²⁹³; lo segundo, en cambio, impone una exigencia de fondo, consistente en que más que de intereses sectoriales específicos, las decisiones adoptadas sean una manifestación del interés general²⁹⁴.

106. Ahora bien, el principio democrático no agota su virtualidad en la fundación de un orden político y un poder estatal comprometidos con la efectiva materialización de la soberanía popular. Si bien ello encierra un aspecto central de su función de principio rector del ordenamiento, su conexión con el principio de Estado social -origen de la conocida fórmula del Estado social y democrático de Derecho- le dota de una dimensión adicional, que le permite trascender la esfera de lo meramente estatal y de lo estrictamente político. El resultado de la conjugación de estos dos extremos es algo más que la mera adición aritmética de lo que cada uno de ellos representa. “El principio es más que la suma de sus partes”²⁹⁵. Por lo tanto, el alcance del Estado social y democrático de Derecho no puede ser reducido a la simple formalización de la normalización de las intervenciones de un poder estatal democráticamente configurado en un ámbito que, como el de la economía, era antes visto como ajeno a él, con el fin de asegurar su marcha normal. Su significado va más allá. Representa la puesta a disposición del sistema democrático y de la voluntad popular del entero orden económico y social, para su conformación dentro de los límites establecidos por la Constitución²⁹⁶, con el fin de asegurar el bienestar de la población²⁹⁷. Producto de la superación de la separación tajante entre Estado y sociedad, resulta forzoso dejar de ver al primero como un tercero neutral en las distintas cuestiones que atañen a la segunda²⁹⁸. Por obra del referido entrecruzamiento entre el componente democrático y el componente social y de las numerosas

²⁹³ Tradicionalmente se alude con esta expresión a la exigencia de que todas las potestades de carácter decisorio se encuentren siempre legitimadas por la “cadena ininterrumpida de legitimación” que ilustra las relaciones de carácter personal y organizativo sobre cuya base opera habitualmente el Estado. Esta “cadena” parte del pueblo, pasa por la persona escogida popularmente como su representante y se trasmite hasta el órgano que ejerce el poder público y los administradores por medio de los cuales éste cumple sus funciones. Con todo, la heterogeneidad y complejidad de los desafíos que debe afrontar hoy el Estado en los distintos ámbitos de su actuación (riesgo tecnológico, regulación económica, atención de las necesidades sociales de la población, etc.) conllevan el replanteamiento de esta forma tradicional de entender la idea de legitimidad democrática y la admisión de una pluralidad de nuevas formas de legitimación (p. ej. a través de estructuras procedimentales y organizativas adecuadas). Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre ... *Ob. Cit.*, pp. 59-61.

²⁹⁴ *Idem*, p. 58.

²⁹⁵ Dada la pluralidad de subprincipios sobre los que se apoya, tal es una de las notas con que se alude al Estado de Derecho en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 55.

²⁹⁶ La importancia de estos límites, concretados fundamentalmente en los derechos fundamentales y en las garantías que les son inherentes, es puesta de relieve por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 1998, FJ 3.

²⁹⁷ FORSTHOFF, Ernst. “Verfassungsprobleme des Sozialstaats”, en *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (Hrsg. Ernst Forsthoff), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 148.

²⁹⁸ ABENDROTH, W. “Zum Begriff des... *Loc. Cit.*, p. 127.

responsabilidades asumidas por el Estado, la política económica pasa a ser también, en cierta medida, política social²⁹⁹. En estas circunstancias, a la postre, *la democratización del orden económico acaba por traducirse en una correlativa democratización del orden social*³⁰⁰. En el sentido que adquiere tras su imbricación con el Estado social, la democracia no sólo hace referencia al ámbito de la organización y el ejercicio del poder; *irradia también sus efectos al conjunto de relaciones vitales que tienen lugar al interior de la comunidad*³⁰¹. Como recuerda ABENDROTH, sólo cuando esto sucede la Constitución cesa de ser sólo una Constitución política y comienza a ser la Constitución de toda la sociedad³⁰².

Numerosas disposiciones de la Constitución corroboran esta exigencia. En el ámbito social, por ejemplo, el texto constitucional impone a los colegios de profesionales (artículo 26), lo mismo que a los sindicatos y gremios (artículo 39), adoptar una estructura interna y unas reglas de funcionamiento acordes con el principio democrático. De igual forma prescribe la sujeción a este principio de la estructura y reglas de propiedad de las organizaciones deportivas y recreativas (artículo 52). A su vez, exige a las organizaciones de consumidores y usuarios que deseen hacer uso del derecho a participar en el estudio de las normas jurídicas que les puedan concernir la condición de ser representativas y observar procedimientos democráticos internos (artículo 78). Asimismo establece como deber del Estado contribuir a la constitución de mecanismos democráticos de representación que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, de manera que se asegure una mayor participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública en las instancias que se creen con este fin (artículo 103).

107. La pulsión democrática presente en la Constitución ha significado igualmente la articulación de espacios y mecanismos de democratización en la esfera económica. Su incidencia no se ha centrado únicamente en la apertura a la participación ciudadana en ámbitos jurídico-públicos como el de la planificación del desarrollo, en donde desempeña un papel capital³⁰³. Ésta se ha trasplantado

²⁹⁹ FORSTHOFF, E. "Verfassungsprobleme des... *Ob. Cit.*, p. 148. Esto, como fruto de la constante imbricación de la política económica en el terreno de lo social que resulta de la responsabilidad estatal por la configuración de un orden social y económico que asegure condiciones de existencia dignas a sus ciudadanos. Así, por ejemplo, asumir esta responsabilidad supone adoptar, entre otras medidas posibles, una relación adecuada entre precios y salarios, una reglamentación de la remuneración por el trabajo que permita a las personas asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas, una regulación del precio de las tarifas que asegure el acceso universal de todos a los servicios esenciales, la previsión de mecanismos de solidaridad que permitan a las personas enfrentar de manera adecuada coyunturas vitales desfavorables, etc. *Vid.* FORSTHOFF, E. "Verfassungsprobleme... *Op. Cit.*, p. 148

³⁰⁰ ABENDROTH, W. "Zum Begriff des... *Loc. Cit.*, p. 128.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 138.

³⁰² *Idem*, p. 139.

³⁰³ La Constitución ha querido hacer de la planificación del desarrollo un ámbito especialmente permeado por el principio democrático y de participación. Así, por un lado, ha remitido al legislador la definición de los procedimientos conforme a los cuales deberá hacerse efectiva la

también al mundo de la producción. En últimas, como ha recordado la Corte Constitucional, “[e]l principio democrático supone, sobre todo, una garantía en virtud de la cual se busca que los ciudadanos dispongan de mecanismos concretos que les permiten tomar parte en la adopción de las decisiones que los puedan afectar”³⁰⁴. El deber estatal de promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas (artículo 51); la posibilidad de establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (artículo 57), o de definir un régimen especial para el crédito agropecuario, que tenga en cuenta las particularidades de esta actividad (artículo 66); el compromiso estatal con la democratización de la propiedad de las acciones de las empresas estatales sometidas a procesos de privatización mediante la oferta preferente a sus trabajadores o a organizaciones solidarias y de trabajadores (artículo 60); la proclamación del deber del Estado facilitar e impulsar el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra (artículo 64), así como de garantizar la igualdad de oportunidades en el uso del espectro electromagnético (artículo 75) y la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernan, siempre que sean representativas y observen procedimientos democráticos internos (artículo 78), son evidencia de la penetración de este criterio en el ámbito de la economía. El mandato al legislador previsto por el artículo 369 párr. 1 CC en materia de servicios públicos domiciliarios para que éste determine “los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de *participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio*” (cursivas fuera de texto) resulta igualmente revelador de esta situación.

108. Esta realidad normativa ha ofrecido al juez constitucional el sustento necesario para afirmar que, conforme a su configuración positiva en el texto de 1991, el principio democrático es a la vez *universal* y *expansivo*. Lo primero, puesto que “compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social”³⁰⁵. Lo segundo, habida cuenta que “su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales

participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo (artículo 342). Por otro, ha previsto directamente el concurso de diversos sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales para la integración, junto con representantes de las entidades territoriales, del Consejo Nacional de Planeación, organismo de carácter consultivo y foro para la discusión del plan nacional de desarrollo (artículo 340). Sobre la importancia de la participación ciudadana en la planeación del desarrollo, *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1996, FFJJ 5-7.

³⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, FJ 4.4.2.1.

³⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, FJ 1.4.

actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”³⁰⁶. Una caracterización que, lógicamente, impacta sobre la concepción, finalidad y fisiología del derecho de propiedad privada en la Constitución.

3.2. La influencia del principio democrático en la propiedad.

109. La incidencia del principio democrático sobre el régimen constitucional del la propiedad privada imprime especial relieve a la presencia de elementos como la función social y, especialmente, la cláusula de accesibilidad a la propiedad (artículos 60 párr. 1º y 64 CC). A la par que obran como receptáculo para los impulsos procedentes de aquél, éstos se impregnan de ellos y modelan su significado de acuerdo con sus requerimientos. De este modo, en lo que concierne a su proyección sobre la función social, aquella remarcará la obligación que asiste al propietario de ejercer su derecho de un modo socialmente útil³⁰⁷; lo cual, en ciertos casos, puede concretarse en el requerimiento de un ejercicio acorde con el derecho que asiste a la comunidad de disfrutar (*de manera difusa*) del objeto de la propiedad (*v. gr.* bienes de valor histórico-cultural o ambiental, o las redes de servicios públicos de propiedad privada³⁰⁸)³⁰⁹. Entonces, la eventual confluencia en el objeto del derecho de intereses colectivos tales como el patrimonio histórico cultural, el medio ambiente o la eficiente prestación de servicios públicos se traducirá, por obra de esta interacción, en la *exigencia al legislador* de una configuración del contenido dominical *que acentúe y potencie la vinculación social del derecho* y haga posible la *democratización de las consecuencias positivas de su disfrute*.

110. De otra parte, la influencia del principio democrático dota a la cláusula de accesibilidad a la propiedad prevista en los artículos 60 párr. 1 y 64 CC de mayor

³⁰⁶ *Idem.* En sentido análogo, véase, entre otras, las sentencias C-179 de 2002, FJ 5 y C-644 de 2004, FJ 28

³⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-431 de 1994, SNFJ; un pronunciamiento análogo en la sentencia C-595 de 1995, FJ h. También, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, p. 75.

³⁰⁸ En este último supuesto, el disfrute difuso de la comunidad se concretará en los beneficios percibidos por la existencia de varios competidores que podrán disputarse así el mercado en condiciones de libertad e igualdad. Ello supondrá, entonces, el reconocimiento de la posibilidad que terceros empresarios puedan acceder y hacer uso de redes de propiedad privada en condiciones razonables y no discriminatorias, con el fin de facilitar la conformación de un mercado competitivo. Tal es la importancia de esta cuestión, que constituye una de los compromisos asumidos por el Estado colombiano en el marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) a suscribirse con los EEUU; avalado por el juez constitucional en la sentencia C-750 de 2008, FJ 4.7.2.13, en concreto respecto del sector de las telecomunicaciones.

³⁰⁹ En un sentido análogo, aunque en un contexto discursivo diferente -dado que el autor distingue entre un derecho de propiedad «primario» (que pertenece originariamente a la colectividad) de otro «derivado» (que pertenece a titulares concretos)-, BARNÉS VÁZQUEZ hace referencia al denominado “*aprovechamiento patrimonial difuso*”. Véase, de este autor *La propiedad constitucional... Loc. Cit.*, p. 69.

sentido y trascendencia al interior del cuadro general de la propiedad plasmado en la Constitución. Pone de relieve la singular relación existente entre propiedad y democracia, destacada, entre otros, por DE TOCQUEVILLE³¹⁰, según la cual la propagación de la propiedad entre la población constituye uno de los medios más efectivos para asegurar la consolidación y el funcionamiento adecuado de la democracia³¹¹. *Más propietarios para una mejor democracia*³¹². Lógicamente no se trata de retomar al planteamiento fisiócrata según el cual el gobierno del Estado corresponde a los terratenientes, únicos verdaderos poseedores de una “patria” – la identificación de patria (*patrie*) y patrimonio (*patrimoine*) se hallaba en la base de este postulado³¹³-, y de reducir la participación política a este segmento de la

³¹⁰ De acuerdo con el sugestivo análisis que realiza este autor de las condiciones previas a la revolución francesa, existe una estrecha relación entre el sistema de tenencia de la propiedad y las reformas políticas. Así, explica, en las postrimerías del antiguo régimen, de forma paralela al lento ascenso de la clase media, que la acercó de manera progresiva e imperceptible a una clase alta en decadencia, tuvo lugar un cambio gradual en la distribución de la propiedad territorial que, afirma, “facilitaba singularmente la implantación y el reinado de la democracia”. Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la revolución*, Tomo 1 (Primera reimpresión), Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 25. Para este autor “[l]a desigualdad mobiliaria crea individuos ricos. La desigualdad inmobiliaria, familias opulentas; vincula a los ricos unos con otros; une entre sí a las generaciones; y crea en el Estado un pequeño pueblo aparte que siempre llega a obtener cierto poder sobre la gran nación en la cual se halla enclavado. Son precisamente estas cosas las que más perjudican al gobierno democrático. // Por el contrario, nada favorece tanto el reinado de la democracia como la división de la tierra en pequeñas propiedades”. *Ibidem*, pp. 27-28.

³¹¹ En el plano de la historiografía, esta línea de pensamiento ha sido enérgicamente defendida, p. ej., por PIPES. Este historiador americano otorga un lugar primordial a la conexión entre propiedad y democracia, al punto de enfatizar el anclaje que pretendidamente tuvo la democracia ateniense en “la amplia distribución de la propiedad, especialmente sobre la tierra”. Cfr. PIPES, R. *Propiedad y... Ob. Cit.*, pp. 139 y ss. De igual forma, en su estudio *Russia under the Old Regime*, este autor defiende la tesis según la cual el totalitarismo afincado durante largo tiempo en la Unión Soviética procede, precisamente, del desconocimiento del nexo entre propiedad y libertad; circunstancia que resulta determinante en materia política, por cuanto la ausencia de libertad resulta propicia para la proliferación de autoridades arbitrarias. Así, para este autor, el fenómeno totalitario ruso hunde sus raíces en el sistema “patrimonial” de gobierno practicado durante casi toda la historia de Rusia, en el cual no se reconocía la diferencia entre soberanía y propiedad, y permitía al Zar actuar como gobernante y propietario de sus dominios. *Vid.* PIPES, Richard. *Russia Under the Old Regime*, New York, Scribner, 1974.

³¹² Las ventajas inherentes a la realización de este esquema van más allá de la simple multiplicación del número de propietarios inmobiliarios. Como es subrayado por la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1996, la trascendencia de la dupla democratización del orden económico/cláusula de accesibilidad de la propiedad resulta determinante en ámbitos tan relevantes para el buen funcionamiento de la democracia y la consolidación de un orden social democrático y participativo como el de la propiedad de medios masivos de comunicaciones como la televisión. Ello sirve de respaldo a la constitucionalidad de los artículos 35 y 56 de la ley 182 de 1995, impugnados, el primero, por limitar la condición de operador de TV a las personas jurídicas –y privar así a las personas naturales de esta posibilidad-, y, el segundo, por imponer al operador la condición de ser sociedad anónima cuyas acciones se hallen inscritas en una bolsa de valores. Este argumento fue también empleado por la Corte Constitucional para desestimar los cargos de inconstitucionalidad elevados contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996, que estableció el carácter improrrogable de los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997, SNFJ.

³¹³ PIPES, R. *Propiedad y... Loc. Cit.*, p. 69.

población exclusivamente³¹⁴. Por el contrario, el objetivo es apostar por el ensanchamiento y consolidación del principio democrático *en todos los órdenes*.

111. Para este fin la propiedad puede cumplir un papel fundamental, en especial habida consideración de sus nexos con el principio de dignidad humana, el Estado social de Derecho y las directrices que manan de la Constitución económica: *entendida como acicate y forma de realización de la autonomía personal, como ámbito para el ejercicio de la libertad vinculado al cumplimiento de unos fines de interés general, como medio para asegurar la participación del individuo en la vida económica y social, y como garantía de la conformación de un orden social dinámico y autónomo, resulta lógico que haya de propenderse por el acceso de todos a este derecho*. Sin duda, una mejor distribución de la titularidad de los bienes lleva aparejada una auténtica mejora de la calidad de vida y de las posibilidades reales de acceder a la vida económica y social y de tomar parte activa en ella; condiciones (materiales) indispensables para participar igualmente en la vida política de la comunidad.

Lo anterior, primero, en cuanto forma de asegurar a todos mayores posibilidades de participación en los beneficios derivados de la conformación de una sociedad democrática; lo cual ofrece una importante fuente de legitimación material al sistema³¹⁵. Y segundo, porque en la medida en que se democratice la riqueza *ningún ciudadano será tan rico para comprar a otro, ni tan pobre como para tener que venderse*³¹⁶; premisa fundamental para el buen funcionamiento de una verdadera democracia³¹⁷. Nada más contrario a la democracia, las libertades y el pluralismo

³¹⁴ Históricamente no es éste un planteamiento ajeno al ordenamiento jurídico colombiano. Estuvo presente en sus orígenes, como se aprecia en el texto de las Constituciones de 1821 (artículo 15), 1830 (artículo 14) y 1843 (artículo 9).

³¹⁵ MAIHOFER, W. "Principios de una... *Passim*, pp. 227 y ss.

³¹⁶ ROSSEAU, J. J. *El contrato social... Op. Cit.*, p. 51

³¹⁷ De lo contrario, la ausencia de una cobertura adecuada de las necesidades materiales básicas de la población, además de acabar por reducir la democracia a nada más que una bonita quimera, constituye el medio ideal para que las admoniciones de FORSTHOFF sobre los peligros envueltos en el Estado social se hagan realidad. Para este autor resulta preocupante pensar en las graves consecuencias que pueden desprenderse de una utilización política de la pobreza y de la dependencia que ello genera de las prestaciones estatales en que se identifica la esencia de este modelo. Expresa así su temor acerca de lo que podría suceder si el gobierno llegara a valerse de esta dependencia como un instrumento de dominación, empleado para favorecer a aquellos que se muestran partidarios de sus políticas y castigar a quienes discrepan de ellas, forzando de esta forma a un respaldo incondicionado de sus proyectos e iniciativas. De ahí que vea en el Estado social un claro y significativo riesgo del incremento del poder de dominación del Estado sobre la sociedad y los individuos. Por esto, advierte, un Estado que convierte sus funciones sociales en medio de dominación de la población deja de ser un Estado social. Las funciones sociales del Estado, dice, están concebidas únicamente para servir a la ciudadanía y hacer posible la satisfacción de sus necesidades existenciales básicas. Su puesta al servicio de intereses políticos ajenos a su esencia no puede verse como nada distinto a su perversión y su subsecuente desnaturalización. Frente a una instrumentalización de esta clase, ni el Estado ni las funciones que desempeña en el plano de las necesidades de la colectividad pueden seguir recibiendo el calificativo de sociales; ya que aquél que se vale de las más sentidas carencias de sus ciudadanos para incrementar su poder y para hacer de su política social un instrumento de dominación **no es**

político que la concentración del poder político y económico en pocas manos³¹⁸. En tanto que favorable a una mayor independencia de las personas, *la democratización de la propiedad aspira a contrarrestar este factor regresivo*.

112. La opción por un sistema democrático y participativo remite entonces, como se ha visto ya, a una propiedad que al tiempo que brinde al individuo la posibilidad de autosatisfacer sus necesidades y de configurar libremente su existencia, le permita participar activa y responsablemente en el orden político, económico y social. Esta visión, genéricamente perfilada por el texto constitucional, deberá ser concretada en cada caso por el legislador. Así configurada, el ensanchamiento de la cobertura objetiva de la garantía constitucional de la propiedad a todas las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial representa, igualmente, un ensanchamiento del ámbito de penetración del principio democrático, al tiempo que la apertura de mayores espacios para la consolidación del Estado social y democrático de Derecho. En últimas, no debe olvidarse que dentro del marco que éste impone, la legitimidad de la democracia, entendida como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, deriva en buena parte de la construcción y preservación de condiciones de libertad y bienestar para todos los miembros de la sociedad; un fin difícilmente realizable al margen de la garantía constitucional de la propiedad, en el sentido que aquí se ha descrito.

4. Propiedad privada y libertad.

4.1. La ruptura del lazo congénito con la libertad como rasgo de la propiedad constitucional.

113. La libertad constituye otro de los puntos de referencia a considerar en la aproximación propuesta al sistema constitucional de la propiedad privada. En tanto que valor fundamental del ordenamiento (Preámbulo), elemento estructural del Estado social y democrático de derecho -en consideración a su clarísimo nexo con el principio de dignidad humana- (artículo 1 CC) y derecho fundamental proclamado por el artículo 16 CC, su incidencia sobre la noción constitucional de propiedad es indiscutible. A pesar de parecer evidente su conexión, no lo es. La extraordinaria importancia otorgada en la actualidad a la función social, asumida como momento central de la disciplina constitucional y legal de este derecho y como determinante de los cambios responsables de la "*transformación*" del concepto de propiedad, se ha traducido en el progresivo

más que un Estado totalitario. Cfr. FORSTHOFF, E. "Verfassungsprobleme des... *Passim*, pp. 150-151.

³¹⁸ HAYEK, F. *Los fundamentos de la...* *Loc. Cit.*, p. 148.

abandono –e incluso, en ciertos casos, en la propia puesta en cuestión³¹⁹- de la otrora célebre pareja propiedad-libertad³²⁰.

114. La evidencia empírica de que nunca pudo asegurar la igualdad de las personas, ni contribuir de manera efectiva al bienestar de la colectividad ni, por contera, a la construcción de un orden social, económico y político adecuado para un mejor y más amplio ejercicio de la libertad misma, dio lugar a severas críticas³²¹. Los desmanes ocasionados por la concepción absoluta de este derecho, llevaron a que autores como DUGUIT reclamaran el paso de una propiedad-derecho (o propiedad-especulación, como también la denomina³²²) a una propiedad-función, edificada sobre el hecho de la interdependencia social y la división del trabajo: “[t]odo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función social en razón directa del lugar que en ella ocupa”³²³.

Ya con anterioridad GIERKE había llamado la atención sobre la necesidad de dejar de ver los derechos como figuras unidireccionales (*einseitig*), poseedoras un contenido cargado exclusivamente de facultades. La irreductible y permanente interrelación de voluntades presente en las sociedades modernas resulta incompatible con esta visión. De ahí que en su concepto el Derecho de los bienes debiera dejar de ser visto como la simple interacción de la voluntad de un sujeto con un objeto carente de ella (*willenlose Objekt*)³²⁴. “Allí donde un hombre se halle enfrente de otro, para nuestra concepción actual el dominio sin obligaciones (*pflichtenlose Herrschaft*) se encuentra excluido”³²⁵. Desde su perspectiva, no puede haber derecho sin obligación (“*kein Recht ohne Pflicht*”)³²⁶. De igual forma, la cada vez más frecuente intervención de la legislación de policía en el ámbito dominical

³¹⁹ Vid., por ejemplo, MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* Loc. Cit., pp. 91 y ss.

³²⁰ Alude al valor simbólico del binomio “libertad y propiedad” para las sociedades tradicionales occidentales cimentadas en la edificación de un sistema capitalista RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la ...” *Ob. Cit.*, pp. 165-166.

³²¹ Así, por ejemplo, para DUGUIT, “el propietario, al tener el derecho de usar, tiene por eso mismo el derecho de no usar, de no gozar, de no disponer, y por consiguiente de dejar sus tierras sin cultivar, sus solares urbanos sin construcciones, sus casas sin alquilar y sin conservar, sus capitales mobiliarios improductivos”. *Cfr.* DUGUIT, L. *Las transformaciones generales...* *Ob. Cit.*, p. 173. Se trata, dice, de una situación insostenible, que contradice flagrantemente los principios y las necesidades del momento; pues, según comenta, “hoy en día tenemos la clara conciencia de que el individuo no es un fin, sino un medio, que el individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realice en la obra social”. *Vid. Ibidem*, p. 177.

³²² *Idem*, p. 170.

³²³ Para el autor, esto significa que “el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida en que la cumple. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza”. *Cfr.* DUGUIT, L. *Las transformaciones generales...* *Passim*, p. 178.

³²⁴ GIERKE, O. v. *Die soziale Aufgabe...* *Loc. Cit.*, p. 17.

³²⁵ *Idem*.

³²⁶ *Ibidem*.

llevó a que otros como MENGER, en su crítica a la redacción del §848 del proyecto de Código Civil alemán (a la postre adoptado en el §903 BGB³²⁷), propusiera una redacción conforme a la cual “el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de la misma, *dentro de los límites de la ley*, excluyendo a terceros, salvo cuando derechos de terceros justifiquen ciertas restricciones”³²⁸ (cursivas del texto).

115. De estar originariamente ligada de manera inescindible a ella³²⁹, la superación del liberalismo individualista comportó la práctica disociación entre propiedad y libertad., el decaimiento del modelo liberal de propiedad llevó aparejada la disociación de la llave propiedad-libertad. La propiedad dejó de ser vista como ejercicio concreto de la libertad personal de cada individuo, para poner el acento en la faceta social del derecho. Su nexos con los principios de solidaridad, prevalencia del interés general e igualdad, concretado en el elemento función social, emergió entonces como el centro de gravedad de la “nueva concepción” del derecho.

4.2. La libertad en la propiedad.

116. Con todo, si bien es cierto que la certera crítica de finales del siglo XIX y comienzos del XX al pensamiento individualista permitió realizar reformas claves dentro de la estructura y el régimen global del derecho de propiedad, también lo es que la concepción resultante de este movimiento, a la postre recogida en los textos constitucionales que siguieron a la segunda guerra mundial, no resulta incompatible con el referido dúo. Por el contrario, la proliferación del Estado social y democrático de Derecho como fórmula para asegurar el respeto por los derechos fundamentales, la consolidación de la democracia y la prosperidad y concordia entre los pueblos, aunque con un sentido diferente, **lo implica**. Más aún cuando la experiencia de los países del bloque comunista confirma rotundamente la importancia de la conexión íntima entre propiedad y libertad, y entre ésta última y la democracia. A la luz de la realidad vivida en estos países resultaría necio desconocer que, como sostiene PIPER, “mientras que la propiedad en ciertas formas es posible sin libertad, lo

³²⁷ De acuerdo con el §903 BGB: “El propietario de una cosa puede, *en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan*, proceder con ella según su criterio y excluir a otros de toda intromisión” (Cursivas fuera de texto).

³²⁸ MENGER, A. *El Derecho Civil y los ... Op. Cit.*, p. 269. De esta manera, afirma el autor, “y de acuerdo con la moderna condición jurídica, se estatuiría desde luego, mediante la definición del concepto de la propiedad, que el propietario puede disponer libremente de la cosa, sólo dentro de los límites restrictivos, cada vez más restrictivos, de la ley, al modo como un funcionario administrativo, que puede cumplir su función según lo entienda, pero dentro de los límites legales”. *Cfr. Idem.*

³²⁹ Como destaca ARIÑO ORTIZ, la estrechez de este lazo en el pensamiento liberal ha llevado a muchos a sostener que la revolución francesa, más que en los proverbiales postulados de *liberté, égalité et fraternité* se fundó en los de “*liberté, égalité et propriété*”. *Cfr. ARIÑO ORTIZ, G. Principios de... Loc. Cit.*, p. 169.

contrario es inconcebible”³³⁰. Apreciado desde un prisma estrictamente jurídico, la correlación entre estos dos elementos puede verificarse tanto en un nivel global, que examine el tejido axiológico general sobre el que se apuntala el orden constitucional; como en un nivel concreto, que centre su indagación sobre la disciplina prevista por la Constitución para el derecho de propiedad.

a) La esencial compatibilidad del binomio propiedad-libertad con los principios y valores que sustentan el orden constitucional.

117. Antes que un prejuicio historicista o ideológico, el lazo que asocia a la propiedad con la libertad no es más que una evidente constatación de la realidad: “[l]a libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos, y para colaborar responsablemente en la de la sociedad públicamente constituida como comunidad”³³¹. Al excluir la dependencia de terceros, la propiedad procura a los individuos los medios materiales para hacer efectiva su autonomía personal y asegura su activa participación en el orden económico y social; el cual, por expresa exigencia constitucional, ha de ser un orden social justo, con las implicaciones que de ello se desprenden para el ejercicio de este derecho. El reconocimiento de este lazo emerge, pues, como un requisito del propio texto constitucional, en tanto que exigencia para la realización del modelo de Estado social y democrático de Derecho instaurado y de valores y principios fundamentales tan relevantes como la libertad, la solidaridad y la dignidad humana.

118. Con todo, no sólo sus fundamentales proyecciones en el plano de lo individual justifican y aquilatan la relación de complementariedad entre la propiedad y la libertad. Su trascendencia resulta también capital en la esfera de lo social: su reconocimiento es un presupuesto determinante para la articulación de un orden social dinámico y autónomo. En lugar de uno enteramente conformado por las autoridades y completamente sojuzgado por los intereses públicos, el lazo propiedad-libertad hace posible la existencia de una sociedad libre: acentúa la frontera que separa lo privado de lo público y permite salvar de la asfixia intervencionista a los intereses privados. En un Estado social y democrático de Derecho la salvaguardia de estos últimos resulta crucial. Su reconocimiento y defensa no sólo impide la homogeneización del orden social a manos de las autoridades, sino que además, al reivindicar la existencia de espacios de libertad de actuación y de decisión a favor de los particulares, frena el riesgo que las frecuentes e intensas intervenciones estatales en el ámbito privado acaben por convertir a la sociedad en una simple ejecutora de planes verticalmente

³³⁰ PIPER, R. *Propiedad y... Ob. Cit.*, p. 15. El nexo entre la propiedad y la libertad es también enérgicamente defendido por HAYEK, F. *Los fundamentos de la... Ob. Cit.*, p. 186.

³³¹ HESSE, K. “Significado de los... *Loc. Cit.*”, p. 90.

impuestos por el Estado³³². De este modo, se aseguran las bases tanto para el funcionamiento del modelo económico constitucionalmente delineado, como para la conformación de un tipo de sociedad adecuada para la realización y el disfrute de los derechos fundamentales y del sistema democrático establecido por la Constitución.

119. Aunque la lectura que ha efectuado el juez constitucional de la cláusula general de libertad contenida en el artículo 16 CC³³³ entronca con la tradición ilustrada propia de este derecho, ello no significa que el reconocimiento de este vínculo deba darse en los mismos términos del pasado. Ciertamente, que la jurisprudencia constitucional vea en esta disposición el reconocimiento de la persona como autónoma *en tanto que digna* (artículo 1 CC), esto es, “como un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino”³³⁴, por una parte; y considere asimismo que con su proclamación se busca “garantizar la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente”³³⁵, por otra, *no tiene porque significar que su conexión con el derecho de propiedad represente un retorno a la concepción absoluta del dominio*. Ello es descartado tanto por el propio texto del artículo 58 CC, que dados los perfiles definidos al consagrar este derecho excluye *in limine* una interpretación de esta clase, como por el mismo sistema constitucional de la propiedad al que se ha venido haciendo alusión (Estado social y democrático de Derecho, constitución económica, etc.). La referida estructura dual del derecho de propiedad constitucional, que engloba en un mismo contenido dos elementos antes contrapuestos (utilidad privada y función social) para armonizarlos y sintetizarlos en su interior y dar al derecho un nuevo significado, admite plenamente este reconocimiento. Más aún, su referido carácter bifronte así lo demanda.

b) La esencial compatibilidad del binomio propiedad-libertad con el régimen constitucional del derecho.

120. Toda vez que este lazo justifica y dota de contenido tanto el ya apuntado doble fundamento de este derecho, como su doble finalidad y doble función, debe ser admitido sin cortapisas. Negar este extremo sería, por un lado, desconocer la realidad dual de la propiedad constitucional y con ello, el ponderado equilibrio buscado por la Constitución en punto a la conciliación de intereses personales del propietario e intereses generales de la colectividad en

³³² PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie und... *Loc. Cit.*”, pp. 25-26.

³³³ **Artículo 16 CC.**- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Para la Corte Constitucional, esta norma “consagra la libertad *«in nuce»*, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”. *Vid.* Sentencia C-221 de 1994, FJ 6.2.4. También las sentencias T-090 de 1996, FJ 4 o T-067 de 1998, FJ 6.

³³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, FJ 6.2.4.

³³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-222 de 1992, FJ E; en sentido análogo las sentencias T-493 de 1993, FJ 5.1; T-067 de 1998, FJ 6.

sede de este derecho. Por otro, y ya en un plano macro y puramente patrimonialista, equivaldría también a ignorar el destacado papel que dentro del orden constitucional económico ha sido atribuido a la libertad, condición indispensable para el desarrollo de la libre iniciativa privada (artículo 333 CC) y de parte importante del modelo económico constitucionalmente esbozado. Motivo suficiente para reconocer que su influjo abarca (conjuntamente con otros principios como la solidaridad y la prevalencia del interés general, por supuesto) la totalidad del espectro económico y las distintas instituciones que lo componen.

121. Así, pues, nada obsta para que se admita que la propiedad, como ha sido puesto de relieve por el BVerfG en relación a la conexión existente entre ella y libertad -a propósito de la garantía constitucional del derecho del artículo 14.1.1 GG-, persigue brindar a los individuos *un espacio de libertad en el ámbito jurídico patrimonial* y, por esta vía, posibilitar *una configuración libre y responsable de su propia existencia*³³⁶. Espacio de libertad que, obviamente, por su sentido patrimonial, deberá entenderse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto a las denominadas "*libertades preferentes y no preferentes*"³³⁷. Así las cosas, dada su pertenencia a este último grupo, será claro que la misma, más que un ámbito intangible y absoluto de soberanía individual refractario a cualquier tipo de restricción o interferencia, confiere una esfera para el despliegue de la autonomía personal reconocida a todo individuo, necesariamente limitada y enmarcada por las exigencias sociales. Un ámbito que, en suma, habida cuenta de la imperiosa necesidad de armonización de los

³³⁶ BVerfGE 24, p. 367 (389). Aunque nunca formulado en términos tan rotundos, la jurisprudencia constitucional colombiana no ha sido del todo ajena al nexo entre propiedad y libertad, especialmente en el ámbito patrimonial. *Vid.* las decisiones C-119 de 2006, FJ 3; o T-468 de 2003, FJ 13.

³³⁷ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "las libertades económicas y el resto de libertades civiles y políticas no están sometidas a una misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribiera todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas". *Cfr.* Sentencia C-265 de 1994, FJ 5. En sentido análogo, las sentencias T-639 de 1997, FJ 3; T-067 de 1998, FJ 6; T-190 de 1999, SNFJ; T-626 de 2000, FJ 2. Se trata de una línea jurisprudencial que busca poner de presente la diferente "*estatura*" que existe entre los distintos derechos que consagra la Constitución e impide, de alguna manera, igualar derechos inalienables de la persona (vida, integridad personal, intimidad, integridad moral, las distintas libertades personales, etc.), que le han sido reconocidos en cuanto ser humano, con otros que buscan asegurar su participación en la vida económica (propiedad, libertad de empresa, libre competencia, etc.). En últimas, como afirma HINESTROSA, esta diferenciación no tiene otro objetivo que "reafirmar que el individuo puede ser antes que tener. Y que su ser es más importante que el tener. Esto, al margen de en qué título o capítulo de la Constitución se encuentre consagrado el derecho a la propiedad, o a la empresa o a la iniciativa económica. Por mero sentido lógico, político y ético. Por lo mismo, en caso de conflicto entre la propiedad y la dignidad de la persona, no habrá lugar a vacilaciones: hay una jerarquía de valores". *Vid.* HINESTROSA, F. "El derecho de... *Ob. Cit.*, p. 163.

intereses individuales con los requerimientos de la colectividad, no resulta incompatible con la definición por parte del Estado de directrices y limitaciones enderezadas a hacer efectivos los principios de solidaridad, igualdad y prevalencia del interés general, como presupuesto para la construcción de un orden económico y social justo.

122. El riesgo de retorno a la concepción absoluta de la propiedad por virtud del reconocimiento del lazo que une a este derecho con la libertad es, pues, en las actuales condiciones, nulo. Mal podría su admisión tomarse como la atribución de un ámbito de *soberanía* al propietario, al margen de los requerimientos de la colectividad y de la autoridad rectora que en lo económico se reconoce al Estado³³⁸. En contraste, su consideración resulta capital: al despejar toda duda sobre la pertenencia de la propiedad privada a la órbita de las libertades y derechos *se disipan buena parte de los riesgos derivados de una indebida comprensión de la cláusula de la función social*. Así, por ejemplo, se sepulta para siempre la peligrosa tentación de asimilar la condición de propietario a la de un *funcionario público o del interés social*³³⁹, sin más derecho que cumplir con el deber que es inherente a su función social³⁴⁰; se reafirman los linderos que demarcan el ámbito privado y lo separan del público³⁴¹, y se refuerza, por último, la frontera material trazada por el contenido esencial y el principio de proporcionalidad a la denominada funcionalización de la propiedad.

123. De este modo, con ser cierto que a fin de precaver supuestos en los que ésta pueda frenar u obstaculizar el desarrollo social y económico de la comunidad es preciso llevar a cabo una reformulación tanto del concepto de este derecho, como de su conexión con principios fundamentales del ordenamiento -como la

³³⁸ Como afirma CHRISTMAN, “[p]rivacy and liberty are certainly values, but demanding their protection simply does not necessitate or entail the sovereignty model of ownership”. Cfr. CHRISTMAN, John. *The Myth of Property. Toward an Egalitarian Theory of Ownership*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 7.

³³⁹ Así, MENGER, A. *El Derecho Civil y los ... Op. Cit.*, p. 269. También, todavía en nuestro tiempo, TERNERA BARRIOS, Francisco y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. “Propiedad ¿un derecho inviolable?”, en *Fascículo Interactivo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario*, No. 10, p. 3. Esta fuente se puede consultar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo4/fasciculo10/funcion1.htm>. Igualmente, de forma insólita, aunque constituye un pronunciamiento aislado de la jurisprudencia constitucional y un mero *obiter dictum*, la sentencia C-204 de 2001, FJ 17.

³⁴⁰ DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del... Loc. Cit.*, pp. 45 y ss.

³⁴¹ Si bien la instauración del Estado social de Derecho ha supuesto la flexibilización de la separación tajante entre Estado y sociedad imperante en el constitucionalismo liberal clásico, se trata de dos esferas cuyos ámbitos deben conservarse diferenciados y apartados el uno del otro, so pena de poner la libertad en situación de grave riesgo. Como sostiene BÖCKENFÖRDE, la identidad entre Estado y sociedad, típica de los sistemas totalitarios, supone la disolución de las fronteras a la intervención del primero en la órbita de la segunda y de los individuos y representa, por contera, el fin de la libertad individual. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, en *Staat und Gesellschaft*, (Hrsg. Ernst-Wolfgang Böckenförde), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 407 y ss. En sentido análogo, HAYEK, F. *Los fundamentos de la... Ob. Cit.*, p. 287.

solidaridad, la igualdad y la prevalencia del interés general- y con la comunidad misma³⁴²; no lo es menos que ello *no puede significar la eliminación total y de raíz de la libertad de que goza el propietario en ejercicio de su derecho*. Más que al abandono y a la ruptura definitiva del tradicional lazo que une a la propiedad con la libertad, la inserción de aquella en el sistema normativo impuesto por el Estado social y democrático de Derecho plasmado en la Constitución debe conducir, mejor, a *su reelaboración a la luz de las directrices que irradia este conjunto de normas*³⁴³. Debe suponer el paso, en este concreto ámbito, de una libertad para lo que se quiera (*libertad negativa*), a una libertad para algo (*libertad positiva*)³⁴⁴. La consideración de la propiedad como uno de los instrumentos principales para hacer posible la participación de los individuos en la conformación del orden social (artículo 2 CC) -participación que, por supuesto, ha de darse en condiciones mínimas de libertad- confirma esta afirmación y pone de relieve la necesidad de respetar siempre un margen de **libertad en la propiedad**.

5. Propiedad privada e igualdad.

5.1. ¿Propiedad para la igualdad?

124. Ahora bien, las implicaciones que se desprenden tanto del carácter dual de la propiedad constitucional como de su sistema normativo obligan a ir más allá de la confirmación del nexo que une a la propiedad con la libertad. El conocido

³⁴² Sin duda, mal podría retornarse a la época en que el pensamiento liberal reivindicaba la necesidad de articular un poder absoluto, la propiedad, capaz de limitar el poder absoluto que detentaba el soberano. Cfr. RODOTÀ, S. *El terrible...* Op. Cit., p. 101. También COLINA GAREA, R. *La función social de la...* Passim, p. 83. Esta idea encuentra su germen en BODINO, quien en 1575, en su obra *Seis libros sobre la República*, trayendo a colación la idea de Séneca según la cual “a los reyes pertenece el poder sobre todos, pero la propiedad pertenece a los individuos”, preconizaba la distinción entre *imperium* o *potestas* y *dominium* o *proprietas* y afirmaba que autoridad del soberano debía detenerse en el umbral del hogar. Vid. PIPES, R. *Propiedad y ... Ob. Cit.*, p. 51. Ciertamente, para este autor resultaba imperativo, a efectos de sentar las bases de la República, reconocer primero, y separar después, lo público de lo privado; “[p]orque no se puede ymaginar (sic) que aya (sic) cosa de común, si no ay (sic) algo de particular”. BODINO, Juan. *Los seis libros de la República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 160. En su concepto, “las Repúblicas son ordenadas de Dios para dar a la República lo que es público y a cada uno lo que le es propio y particular. Demás que la comunidad de todas las cosas es imposible e incompatible con el derecho particular de las familias, porque, si la familia y la ciudad, lo propio y lo común, lo público y lo particular son confusos, no habrá República ni familia”. (p. 161)

³⁴³ En últimas, como afirma la Corte Constitucional en su sentencia T-505 de 1992, FJ 5, “[e]l Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, *guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación - propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público*”.

³⁴⁴ Sobre los conceptos de libertad positiva y libertad negativa, Vid. BOROWSKI, M. *La estructura de los...* Passim, pp. 131-133. También, desde una perspectiva política, el célebre ensayo de Isaiah Berlin “Dos conceptos de libertad”, en *Dos conceptos de libertad y...* Loc. Cit., pp. 47 y ss.

descrédito de este par -propiciado por los excesos de la concepción liberal absoluta de aquella-, la indiscutible relevancia otorgada a la función social por la regulación constitucional de este derecho y la necesidad de impedir que la propiedad se convierta en un filtro avieso para el disfrute de los derechos y las opciones de participación en la vida económica, social y política de la comunidad³⁴⁵, dirigen las miradas hacia la llave propiedad-igualdad³⁴⁶. Los impulsos de los artículos 2³⁴⁷ y 13 CC³⁴⁸ llevan a considerar que en tanto que uno de los principales mecanismo que brinda a los individuos las posibilidades materiales para el ejercicio efectivo de las libertades personales, lo mismo que para asegurar su activa participación en el orden económico, político y social, la propiedad no puede ser privilegio de tan sólo un puñado de ciudadanos³⁴⁹. Lo contrario sería ignorar que, llevada hasta sus últimas consecuencias, la garantía de la propiedad conlleva un reforzamiento de la desigualdad social³⁵⁰. El imperativo constitucional de asegurar condiciones adecuadas para que la igualdad sea real y efectiva demanda entonces una *acción positiva por parte del Estado* enderezada hacia la garantía de **un mínimo de igualdad en la propiedad**. ¿Supone esto un mínimo de propiedad para la igualdad?

125. Superada la concepción meramente formal de la igualdad propia del Estado liberal de Derecho, que agota su virtualidad en la exigencia al legislador de igual trato para todos los ciudadanos y hace de la ley el instrumento por antonomasia

³⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre... Ob. Cit.*, p. 86.

³⁴⁶ Tal es la importancia de esta cuestión, que a juicio de autores como REY MARTÍNEZ, “[e]n el Estado social el binomio propiedad-libertad sólo puede aceptarse como válido y no como una simple mentira convencional a cambio de leerse en clave del binomio propiedad-igualdad. Esto significa que la ordenación de la propiedad privada sólo es constitucionalmente legítima cuando asegura a todos la libertad que la situación dominical implica”. *Vid.* REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, p. 165.

³⁴⁷ **Artículo 2.-** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

³⁴⁸ **Artículo 13.-** Todas las personas nacen libres e iguales ante a la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionarán los abusos o maltratos que contra ellos se cometan.

³⁴⁹ ROLLA, Giancarlo. “La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 5, 2001, p. 548.

³⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre... Ob. Cit.*, p. 86.

para su defensa y realización³⁵¹, ésta adquiere un nuevo sentido en el Estado social de Derecho. La constatación de que el disfrute de las libertades formalmente proclamadas exige disponer de unas condiciones materiales mínimas de existencia, cuyo acceso no depende únicamente del mérito personal de cada individuo, hizo evidente la necesidad de ir más allá de la eliminación formal de los privilegios de unos y de las consignas legales a favor de la igualdad de todos. La notoria influencia ejercida por las condiciones materiales del entorno de una persona sobre su desarrollo personal y su desenvolvimiento en la sociedad exige del Estado emprender acciones encaminadas a “corregir la fortuna”³⁵² y a asegurar que la igualdad formalmente proclamada en los textos adquiera una dimensión práctica concreta (*igualdad material*). Este deber se erige en presupuesto para la materialización del Estado social y democrático de Derecho y le obliga a realizar programas sociales mínimos (educación, salud, vivienda, etc.) y a garantizar bienes públicos básicos (parques, bibliotecas, infraestructuras, etc.). En abstracto, ello se traduce en un mandato de *igualación mediante la diferenciación*, a saber: legitima la introducción de tratos diferenciados a favor de ciertos grupos, siempre que dicho trato desigual cuente con unas bases objetivas y razonables³⁵³. La finalidad es asegurar *la igualdad de oportunidades*. En el plano material, y de conformidad con lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 13 CC, esto se traduce, por un lado, en el compromiso del Estado con la promoción de condiciones fácticas aptas para que la igualdad sea real y efectiva; y por otro, en el deber estatal de adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, y de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta³⁵⁴.

126. Ahora bien, todo análisis enfocado desde la igualdad conlleva una comparación del trato que se dispensa a diferentes personas o estados de cosas³⁵⁵. Para el caso de la relación entre propiedad e igualdad, ello supondría examinar comparativamente las diferencias y desigualdades que la propiedad origina al interior de la colectividad entre los individuos. El intrincado debate acerca de la justicia en la distribución de los bienes al interior de la sociedad emerge de inmediato de esta aproximación. Sin duda una de las cuestiones centrales y más controvertidas de todo orden social, presupone encontrar una medida que permita evaluar que tan justo es el reparto de la riqueza en una determinada comunidad. Por ser esta una cuestión que desborda por mucho las pretensiones de este trabajo, su estudio debe ser aquí abordado desde una óptica estrictamente jurídica. Esto implica asumir que la colisión entre propiedad e igualdad no puede resolverse de manera definitiva, como si de un conflicto entre *reglas* se tratara;

³⁵¹ MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de su exclusión*, Granada, Universidad de Granada, 2004, pp. 91 y ss.

³⁵² ZIPPELIUS, Reinhold. “Der Gleichheitsatz”, en *VVDStRL*, No. 47, 1988, p. 14.

³⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, FJ 8. *Vid.* también, entre otras, las sentencias T-187 de 1993, FJ 2.2 y C-242 de 2006, FJ 4.4.

³⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992, FJ 3.1.

³⁵⁵ BOROWSKI, M. *La estructura de los... Ob. Cit.*, p. 187.

esto es, mediante la invalidación o la excepción de alguno de sus dos extremos³⁵⁶. Su condición de *normas de principios de derechos fundamentales* impone proceder de otra manera³⁵⁷. Más aún cuando la misma Constitución, además de imponer la igualdad de oportunidades, perfila un modelo de economía social de mercado, instauro un sistema político fundado en la democracia y propugna por la realización de un orden social edificado sobre la idea de dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de la persona.

La proclamación de libertades individuales (libre iniciativa privada, derecho al trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, etc.), así como de principios como el democrático, la participación y el pluralismo –al igual que de la correlativa obligación de respetar a las fuerzas políticas el necesario margen de maniobra para la realización de proyectos políticos de diverso signo ideológico, según las convicciones y requerimientos de cada momento histórico- y el reconocimiento de la autonomía personal como corolario del principio de dignidad humana, impiden entender que el artículo 13 CC comporta la igualación matemática de los miembros de la comunidad en todos los aspectos. “El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal del valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo”³⁵⁸ dentro de la sociedad³⁵⁹. Por esto, a pesar de las desigualdades que resultan de la garantía de la propiedad privada, el reconocimiento de la

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 96 y ss.

³⁵⁷ *Idem*, pp. 97 y ss.

³⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-422 de 1992, FJ 18.

³⁵⁹ Más que el igualitarismo en sí, pienso que lo que resulta incompatible con la Constitución es la pretensión homogeneizante presente en algunas de estas tendencias. No todas las corrientes del pensamiento que propugnan por la igualdad como valor fundamental representan una amenaza para las libertades individuales, la autonomía personal o la propiedad privada. Por el contrario, bajo la idea de justicia como equidad, teorías como la de J. RAWLS buscan armonizar los principios de libertad e igualdad mediante el aseguramiento al conjunto de la población un mínimo de condiciones que permitan hacer efectivo el goce de los derechos individuales que les son reconocidos. Cfr. RAWLS, John. *Justicia como equidad* (Trad. Miguel Angel Rodilla), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 19 y ss. En contra HAYEK, F. *Los fundamentos de la... Passim*, p. 316. En su concepto “[l]a justicia distributiva exige que la totalidad de los recursos queden sometidos a una autoridad central; requiere que se ordene a las gentes lo que han de hacer y se les señalen metas a alcanzar”. Esto no significa que desde su particular perspectiva la distribución de la riqueza constituya una cuestión completamente irrelevante. Por el contrario, desde su óptica eminentemente liberal, este autor destaca igualmente la importancia de que “la propiedad esté lo suficientemente repartida para que el individuo no dependa de personas determinadas y evitar así que únicamente tales personas le proporcionen lo que necesita o que sólo ellas le puedan dar ocupación”. Vid. *Ibidem*, pp. 186-187. La adecuada difusión de la propiedad entre la población constituye así un presupuesto de la libertad individual, en tanto que mecanismo para promover la competencia que, dice, “priva de todos los poderes coactivos a los propietarios individuales de cosas determinadas”. Cfr. *Idem*, p. 187. De cualquier forma, la teoría de la propiedad esbozada por J. CHRISTMAN y su empeño por insertar este derecho en un contexto regido por preocupaciones de justicia distributiva es una evidencia concreta de cómo una teoría igualitaria de la propiedad puede partir del reconocimiento de la autonomía moral de los sujetos y de la desigualdad de condiciones que ello origina. Vid. CHRISTMAN, J. *The Myth of property... Ob. Cit.*, pp. 166 y ss.

igualdad material no puede significar su supresión ni su desconocimiento³⁶⁰. Tampoco puede dar lugar a que se atribuya a todos el derecho a la propiedad –en lugar del acostumbrado derecho *de propiedad de los propietarios*-. Si bien en su vertiente material la igualdad impone al Estado la obligación de crear condiciones favorables para que todos puedan disfrutar de las mismas oportunidades, no constituye un título suficiente para que los ciudadanos deriven directamente de ella pretensiones judicialmente exigibles de derechos, bienes y servicios esenciales para la cristalización de este objetivo³⁶¹. En el caso concreto de la propiedad, ello quiere decir que *de la cláusula de igualdad material no se puede deducir la pretensión para exigir del Estado el derecho a la propiedad de determinados bienes*.

5.2. La igualdad en la propiedad.

127. Más que en crear derechos a exigir propiedades del Estado, *la influencia de la igualdad sobre la propiedad se proyecta en la forma como se concibe y se estructuran tanto el derecho como su régimen de acceso y ejercicio*. Irradia directrices y acuña medidas que deben informar la actividad de los órganos políticos responsables de definir la distribución de los recursos. Así, su importancia es crucial, por ejemplo, en materias como la tributaria y la presupuestaria. En el ámbito concreto del régimen dominical, su virtualidad enlaza, fundamentalmente, con la cláusula de accesibilidad (artículo 60 CC³⁶²) y con la función social de la propiedad (artículo 58 párr. 2)³⁶³.

³⁶⁰ En últimas, como afirma BÖCKENFÖRDE, “[d]el mismo modo que no se puede suprimir por entero la desigualdad social y la desigualdad de poder por ella causada, tampoco se debe suprimir la libertad; tampoco puede ser dejada a un desarrollo desenfrenado, aun cuando resulta de una igualdad en el punto de partida (tampoco existente en la mayoría de los casos). Libertad e igualdad se colocan en una relación en parte de condicionamiento mutuo, en parte de exclusión. Necesitan de la constante *puesta en equilibrio* para mantener la libertad real para todos” (cursivas del texto). Vid. BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre...* *Loc. Cit.*, p. 89.

³⁶¹ ZIPPELIUS, R. “Gleichheitsatz... *Passim*, p. 15.

³⁶² **Artículo 60.-** El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. // Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

³⁶³ Si bien en el Derecho español la falta de una disposición constitucional que consagre de manera expresa la denominada cláusula de accesibilidad a la propiedad ha llevado a que autores como PÉREZ LUÑO y BARNÉS VÁZQUEZ la desprendan tanto de la formulación del artículo 33.1 CE (“Se reconoce el derecho a la propiedad...”), como de la cláusula de la función social del derecho, a pesar de seguir su modelo, la Constitución colombiana separa ambas instituciones y le brinda cobertura normativa específica a cada una de ellas. De ahí que no haya lugar a confusiones sobre la finalidad y el sentido de estas dos figuras. Sobre este debate en el ordenamiento español, véase PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos...* *Ob. Cit.*, pp. 422 y ss. También BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Op. Cit.*, pp. 69 y ss. Crítico con este planteamiento, por entender que el referido principio de accesibilidad a la propiedad carece de asidero en el ordenamiento español, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* *Loc. Cit.*, pp. 49 y ss. REY MARTÍNEZ, por su parte, a pesar de compartir la visión de BARNÉS VÁZQUEZ acerca de las implicaciones de la función social sobre la noción, el fundamento y la finalidad de la propiedad,

a) La igualdad y la cláusula de acceso a la propiedad.

128. En lo que respecta a lo primero, esto es, a la relación entre la cláusula de accesibilidad a la propiedad y la igualdad material, no hay duda que, en tanto que formalización del compromiso que asiste al Estado con la promoción del acceso de todas las personas a la propiedad, aquella constituye la especificación normativa de los imperativos que en este concreto ámbito se desprenden de este último principio. Si de los párrafos 2 y 3 del artículo 13 CC se deriva la genérica obligación estatal de crear condiciones propicias para que la igualdad sea real y efectiva, así como de adoptar medidas encaminadas a materializar la igualdad de oportunidades que allí se sanciona, el artículo 60 CC concreta esta amplísima tarea en la responsabilidad específica que incumbe al Estado de hacer propietarios al mayor número de individuos posible³⁶⁴. Ello, con el fin de contribuir tanto al mejoramiento de sus condiciones económicas y, por ende, de su nivel de vida, en particular; como, en general, de atender el mandato de la igualdad material y de favorecer y fortalecer la activa participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social de la colectividad.

La adjudicación de predios baldíos a los no propietarios, la previsión de reglas tendientes a evitar la conformación de minifundios o latifundios –por tratarse de sistemas de explotación de tierras que conducen a la conformación de una inadecuada estructura de la propiedad agraria³⁶⁵-, la realización de programas redistribución de tierras, el fomento de las actividades agrícolas, comerciales o microempresariales (subsidios, incentivos tributarios, auxilios técnicos y organizativos, etc.), la apertura de líneas de créditos a largo plazo y con facilidades de pago para la realización de actividades productivas en pequeña o mediana escala, tanto como para la materialización del derecho a la vivienda digna (ya sea en propiedad, *leasing*, alquiler o cualquier otra modalidad negocial), lo mismo que la oferta preferente y bajo condiciones especiales a sus trabajadores o a organizaciones solidarias y de trabajadores de las acciones de las

entiende, a diferencia de este último, que función social y accesibilidad a la propiedad designan realidades jurídicas completamente diferentes. *Cfr.* REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, p. 177.

³⁶⁴ Aun cuando esta disposición sigue en parte la idea de la accesibilidad a la propiedad plasmada en el párrafo 2 *in fine* del artículo 42 de la Constitución italiana, a diferencia de lo que ocurre con esta última norma, el enunciado previsto en la Constitución colombiana no parece compatible con una interpretación que conecte la referida cláusula con el principio de igualdad formal. Así, mientras que en Italia, además sus claros lazos con la igualdad material, también se ha resaltado el vínculo con la igualdad formal –por virtud de lo cual el referido principio de accesibilidad se traduce, además, en la proscripción de la exclusión de categorías particulares de sujetos del acceso a la propiedad-, en Colombia ello será un resultado de la garantía de la igualdad ante la ley, y no de la aplicación del artículo 60 CC. Sobre esta interpretación en el Derecho italiano, *Vid.* ROLLA, G. “La regulación constitucional de ... *Ob. Cit.*, pp. 547-548.

³⁶⁵ Algunas de estas medidas, como la restricción al comercio de los inmuebles adjudicados como baldíos, en el sentido de que su titular no puede transferir determinadas extensiones de tierra, son enjuiciadas y valoradas positivamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 1997.

empresas públicas sometidas a procesos de privatización, de conformidad con lo expresamente previsto en el párrafo 2 del artículo 60 CC³⁶⁶, son mecanismos que buscan esa finalidad. La articulación de programas o instrumentos especiales para favorecer el acceso a la propiedad por parte de grupos sociales débiles o marginados cuando quiera que el Estado desee vender algunos de sus activos distintos a acciones y bonos de empresas estatales se inscribe también en esta misma línea³⁶⁷.

129. De lo que se trata, en últimas, es de impedir la concentración de la riqueza y de posibilitar el acceso de todas las personas a los bienes necesarios para contribuir, en parte, a asegurar las bases materiales de su libertad, tanto como para garantizar sus posibilidades de una mayor participación en la vida económica, política y social de la comunidad. Por esto, como afirma la Corte Constitucional, “la promoción del acceso a la propiedad es un principio general del Estado social de derecho que no puede dejarse de actuar cuando se presentan las condiciones propicias para hacerlo”³⁶⁸. Más aún si se tiene en cuenta que constituye una forma adecuada para garantizar la redistribución del ingreso y de la riqueza³⁶⁹, objetivo fundamental de un Estado social de Derecho. De ahí su pregonado carácter de norma programática o de realización progresiva; en virtud del cual, antes que un precepto de exigibilidad inmediata, el deber contenido en el artículo 60 párr. 1 CC constituye un mandato a realizar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas³⁷⁰. Con todo, el referido valor de principio de esta disposición hace posible que *vía cláusula de accesibilidad la igualdad de oportunidades informe y permee el régimen constitucional de la propiedad*

³⁶⁶ Las “condiciones especiales” a que alude el artículo 60 párr. 2 CC respecto de la venta por parte del Estado a los trabajadores o a organizaciones solidarias o de trabajadores de su participación en una empresa en trance de privatización, pueden concretarse en un sinnúmero de posibilidades que corresponde al legislador definir. Tal como ha sido señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1994, FJ 3, éstas “pueden consistir en la creación y otorgamiento de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisición de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especiales), o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del Constituyente de incorporar a los trabajadores en el dominio y manejo de la respectiva empresa”.

³⁶⁷ En este caso, por tratarse de venta de activos distintos a acciones y bonos, el mandato contenido en el artículo 60 párr. 2 CC no tendría aplicación. Ésta se restringe, tal como ha sido subrayado por la Corte Constitucional, a la *propiedad accionaria* implicada en los procesos de *privatización* de empresas públicas. *Vid.* la sentencia C-392 de 1996, FFJJ 4, 5 y 6. Sin embargo, como afirma el juez constitucional en este mismo pronunciamiento, ello no obsta para que el legislador implemente este tipo de planes, instrumentos o programas para la venta de bienes públicos de todo tipo, con base en la cobertura que para ello le brindan tanto el artículo 13 párr. 2 CC y su mandato para que la igualdad sea real y efectiva, como el artículo 60 párr. 1 CC y el compromiso estatal allí sancionado con la promoción general del acceso a la propiedad. *Cfr. Idem*, FJ 7.

³⁶⁸ Sentencia C-093 de 1996, SNFJ. En sentido análogo, y reiterando además el compromiso que constitucionalmente asiste al Estado con la protección y la promoción de la propiedad asociativa y solidaria también proclamadas por el artículo 58 CC, *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-074 de 1993, FJ 2.2.

³⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1994, FJ 4.

³⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-392 de 1996, FJ 3. *Vid.* también la sentencia C-157 de 1997, FJ 2 A.

(específicamente en lo que concierne a su acceso), a la vez que confirma tanto su condición de finalidad prevalente dentro del Estado social y democrático de Derecho, como el carácter instrumental de la propiedad privada respecto de la realización de los fines sociales y económicos de este último.

b) La igualdad y la función social del derecho.

130. Por otra parte, en lo que respecta a la relación que se trenza entre igualdad material y la cláusula de función social de la propiedad, su influencia se proyecta tanto sobre la forma como se concibe el derecho de propiedad, como sobre el régimen de ejercicio del mismo. Si, tal como afirma CHRISTMAN, “[l]a justicia distributiva debe interesarse no sólo por «quién tiene qué», sino también por la naturaleza misma del «tener»”³⁷¹, su efectiva materialización no sólo demanda un reparto justo de la riqueza, sino además una configuración de la estructura del derecho adecuada para la realización de este fin³⁷². En este orden de ideas, la forma como se concibe y ejercita el derecho de propiedad de que es titular una persona emerge como una cuestión central dentro del debate sobre las formas de interrelación entre la igualdad material y la garantía de la propiedad privada. La idea de función social responde perfectamente a las exigencias derivadas de esta situación. Como ha sido ya expuesto, su reconocimiento conlleva el replanteamiento del fundamento, la estructura, el sentido, la finalidad, el objeto, el significado y el régimen de ejercicio y regulación del derecho de propiedad en la Constitución. Constitucionalmente acuñada como elemento estructural del derecho de propiedad, ella recibe y alberga los impulsos procedentes, entre otros, del artículo 13 párr. 2 y 3 CC, tanto como de los principios de Estado social y democrático de Derecho, solidaridad y prevalencia del interés general (artículo 1º CC). Residenciados en el interior del derecho, éstos contribuyen a dar contenido y sentido al módulo colectivo de la propiedad y acaban, por contera, permeando al entero régimen constitucional del derecho.

131. El reconocimiento de la función social de la propiedad supone, tal como ha sido analizado líneas atrás, que ésta no sea ya reconocida a su titular solamente en tanto que proyección jurídico-patrimonial de las libertades de que es portador. Significa tomar como punto de partida el que este derecho es *también* atribuido al individuo con base en su condición de miembro de una comunidad, ante la cual debe responder por el compromiso de ejercitar su derecho siempre de conformidad con la función social que le es inherente. Esto, como forma de garantizar la realización del interés general eventualmente confluyente en el objeto del derecho. Que el artículo 58 párr. 2 afirme que la propiedad “es una función social que implica obligaciones” trae como principal consecuencia la habilitación y el deber del legislador de precisar el sentido y alcance concreto de tales obligaciones. Éste debe entonces identificar los posibles intereses generales presentes en ámbitos susceptibles de apropiación y aprovechamiento particular

³⁷¹ CHRISTMAN, J. *The Myth of... Passim*, p. 4.

³⁷² *Idem*.

y, previa ponderación y armonización con los intereses personales del propietario, proceder a definir las reglas específicas para el ejercicio del derecho de propiedad sobre tales bienes o derechos. Su objetivo: efectuar una conformación del contenido dominical que asegure *un ejercicio socialmente útil del derecho*³⁷³. Ello implica efectuar una configuración de las facultades propietarias inherentes al derecho que haga posible que el titular del bien, a la vez que obtenga de su ejercicio las ventajas personales que debe representar el uso o la explotación de *su* patrimonio, atienda y satisfaga los requerimientos de la colectividad respecto de ese bien o derecho en concreto³⁷⁴. Tal conformidad con los intereses comunes representará un beneficio difuso, que favorecerá por igual a los distintos miembros de la colectividad, bien de manera directa (como ocurre con el deber de conservación o de rehabilitación de los bienes inmuebles declarados de interés histórico-cultural), bien de forma indirecta (como es el caso de las redes de servicios públicos de propiedad privada, abiertas a la conexión de otros operadores para garantizar la libre competencia económica y, por contera, una más eficiente prestación de estos servicios). De esta forma se matizan los efectos negativos sobre la igualdad que resultan tanto de la carencia de recursos estatales suficientes para garantizar a todos su acceso directo a la propiedad (en concreto, es decir, en cuanto titularidad de bienes o derechos); como de la imposibilidad del legislador para desconocer el carácter esencialmente exclusivo y excluyente del derecho de propiedad.

132. Por esta causa, en tanto que opción para la materialización del bien común, *el adecuado ejercicio de la potestad de delimitación del contenido del derecho emerge como una expresión concreta de la responsabilidad que el artículo 13 párr. 2 CC impone al Estado en relación con la promoción de condiciones aptas para que la igualdad sea real y efectiva*. En consecuencia, **allí donde se produzca la confluencia en la propiedad de un interés general con los intereses personales del dominus, el legislador tendrá la obligación de efectuar una configuración tal del derecho que no sólo excluya un hipotético ejercicio antisocial del mismo, sino que se garantice la cabal realización de aquél**. Además de traducirse en un *aprovechamiento difuso* de la propiedad por la comunidad –derivado de su nexo instrumental con el interés general–, de conformidad con las exigencias de la igualdad material, ello contribuirá a promover la prosperidad general, la efectividad de los derechos y libertades consagrados en la Constitución (artículo 2 CC) y a la realización de un orden jurídico, económico y social justo (Preámbulo).

133. Con todo, cuando quiera que en vista de la naturaleza o de la particular función económico-social que cumple un determinado bien o derecho al interior de la colectividad no resulte viable o recomendable la funcionalización de su ejercicio vía delimitación de su contenido, la consideración de la igualdad material servirá de fundamento para su sustracción de la órbita de apropiación

³⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FJ h. También, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, p. 75.

³⁷⁴ ESCRIBANO COLLADO, P. "Función social y ... Op. Cit.", p. 451.

privada y su paso a manos del Estado³⁷⁵. La *publicatio* de las costas y las aguas en España es un ejemplo de cómo, para evitar situaciones de privilegio y en aras de preservar intereses superiores, el Estado puede hacerse a la propiedad de determinados bienes antes susceptibles de apropiación privada³⁷⁶. El propósito de evitar la conformación de monopolios y de garantizar la libre competencia puede asimismo servir de base a este tipo de determinaciones. La declaración del espectro electromagnético como un bien público inenajenable e insuprimible sujeto a la gestión del Estado que directamente efectúa el artículo 75 CC tiene este fin. Naturalmente, la necesidad de observar tanto el principio de proporcionalidad como las exigencias de la dimensión objetiva del derecho imponen que esta decisión resulte procedente únicamente en aquellos casos en los cuales no resulte constitucionalmente posible una configuración del contenido del derecho acorde con las exigencias de garantizar un aprovechamiento difuso conforme con la notoria trascendencia del interés general en presencia.

³⁷⁵ ROLLA, G. "La regulación constitucional de... *Ob. Cit.*, p. 548. Con ello se dota de sentido a la habilitación que en este sentido prevén los artículos 15 GG, 128.2 CE y 365 CC.

³⁷⁶ *Vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional SSTC 227/1988 y 149/1991.

Capítulo Segundo:

La configuración de la propiedad como derecho en la Constitución

“De cualquier manera que se diuidan (*sic*) las tierras, no se puede hazer (*sic*) que todos los bienes sean comunes, como Platón quería en su primera República que lo fuesen hasta las mugeres (*sic*) e hijos, con intento de desterrar de su ciudad estas dos palabras, TUYO Y MIO, que eran a su parecer causa de todos los daños que venían a las Repúblicas. No miró que, si esto ubiera (*sic*) lugar, se perdía la verdadera señal de la República. Porque no se puede ymaginar (*sic*) que aya (*sic*) cosa de común, si no ay (*sic*) algo de particular. Ni más ni menos que si todos los ciudadanos fuesen reyes, no habría rey, ni armonía alguna, si los diuersos (*sic*) sonos, que mezclados la hazen (*sic*) más apacible, fuesen reducidos a un mesmo (*sic*) son”.

J. BODINO³⁷⁷.

134. La Constitución garantiza en su artículo 58 CC el derecho de propiedad (*lato sensu*). Aún cuando esta proclama encuentra sus raíces históricas en el moderno constitucionalismo liberal procedente de las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII, como ha sido expuesto de manera precedente, el largo camino andado desde entonces hasta nuestros días ha introducido no pocas variantes a la forma como jurídica y socialmente se concibe y gestiona este derecho en la actualidad. Sea como sea, y al margen de la concepción (formal, material o procedimental) que se asuma para la definición de lo que se entiende por derecho fundamental³⁷⁸ y del intenso espectro que esta determinación abre al debate sobre su contenido y alcance, *su incorporación al Texto Fundamental representa la sustracción de la vigencia de la propiedad privada del ámbito de discusión y decisión de los poderes políticos*³⁷⁹. A pesar del capital papel otorgado por la Constitución al legislador en la configuración del régimen de la propiedad, éste no puede abolir este derecho ni desconocer los aspectos fundamentales que – dentro de su natural apertura normativa, propia de los textos constitucionales – han sido definidos por aquella, ni desfigurarle o desnaturalizarle.

³⁷⁷ BODINO, J. *Los seis libros de la... Loc. Cit.*, p. 160.

³⁷⁸ Sobre estas concepciones, *cfr.* ALEXY, R. *Tres escritos sobre los... Op. Cit.*, pp. 21 y ss.

³⁷⁹ La previsión por el artículo 5 CC de la prevalencia de los derechos fundamentales posibilita acoger la postura según la cual ellos representan lo “*indecidible por cualquier mayoría, sea porque no puede ser decidido, sea porque no puede dejar de ser decidido*”; consecuencia de lo cual se entiende excluido del debate democrático lo relativo a su reconocimiento y garantía. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 167.

135. Su importancia para garantizar tanto la libertad individual y la dignidad humana, como para la articulación de una sociedad libre³⁸⁰; lo mismo que el reconocimiento de un contenido esencial y de su tutela judicial³⁸¹, permiten afirmar el carácter *ius fundamental de la propiedad*. Poco importa a este propósito que su consagración constitucional no haya tenido lugar en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, “De los derechos fundamentales”, sino en el Capítulo 2, “De los derechos sociales, económicos y culturales”. Como ha sido afirmado por la jurisprudencia constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende de su ubicación sistemática³⁸², ni de la manera como se garantiza su efectividad³⁸³. En últimas, “[l]os derechos [incorporados en el texto constitucional] **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”³⁸⁴ (negrillas del texto).

136. La consideración de la propiedad como derecho fundamental da lugar a múltiples implicaciones. De momento, a lo largo de este capítulo se examinarán las consecuencias más destacadas para la dogmática del derecho de propiedad de esta determinación constitucional fundamental. Esto supone el análisis de temas como su doble carácter de derecho subjetivo y de principio básico del ordenamiento, su contenido esencial, la vigencia de una reserva de ley para su

³⁸⁰ Tal como afirma HESSE, “[l]os derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones para asegurar una vida en libertad y dignidad humana. Ello sólo se consigue cuando la libertad de la vida social resulta garantizada en igual medida que la libertad individual. Ambas se encuentran inseparablemente relacionadas. Cfr. HESSE, K. “Significado de los... *Loc. Cit.*, pp. 89-90.

³⁸¹ Estos constituyen, para CRUZ VILLALÓN, los elementos o datos que hacen reconocibles a los derechos fundamentales como categoría. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de... *Ob. Cit.*, pp. 39-40. En sentido análogo, JIMENEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24 y ss.

³⁸² Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, FJ III C.

³⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, FJ 10.

³⁸⁴ *Idem.* En este mismo sentido, las sentencias T-585 de 2008, FJ 2.1 y T-168 de 2009, FJ 8. Esta línea jurisprudencial despeja cualquier duda que se pudiera tener sobre el carácter *ius fundamental* del derecho de propiedad, por mucho tiempo puesto en duda por la propia jurisprudencia constitucional. Aunque se tratara, en últimas, de un problema relativo a la procedencia del especial mecanismo de protección de los derechos fundamentales (acción de tutela) –cuya procedencia buscaba restringir el alto Tribunal–, desde sus primeras sentencias, su condición de derecho fundamental fue remitido a un análisis de las circunstancias del caso. De acuerdo con lo establecido por esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, “[s]ólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-506 de 1992, FJ A. En sentido análogo, *Vid.* las sentencias T-284 de 1994, FJ 2; T-259 de 1996, SNFJ; T-245 de 1997, SNFJ; T-413 de 1997, FJ 2; T-1000 de 2001, FJ 2.4.10; T-831 de 2004, SNFJ; T-1321 de 2005, FJ 3. En adelante, y al margen de las restricciones jurisprudenciales en punto a la procedencia del instrumento procesal previsto para el amparo de ciertos derechos individuales fundamentales, se asume el carácter *ius fundamental* del derecho de propiedad derivado de la más reciente comprensión dada a esta categoría por la Corte Constitucional.

regulación, lo mismo que el especial compromiso estatal con su protección. La comprensión de estos extremos de su régimen constitucional constituye un presupuesto básico para la correcta operatividad de la garantía constitucional del derecho. Como se tendrá ocasión de observar en la segunda parte de este escrito, es al aproximarse a la regulación constitucional de las distintas formas de intervención estatal previstas en el ámbito del derecho, especialmente en lo relacionado con sus presupuestos y límites, cuando la referida garantía cobra todo su sentido. De cómo se estructure ella en concreto depende, en definitiva, que el contenido de **utilidad económica privada** que el constituyente ha reservado a este derecho se conserve siempre y que con independencia del sector (jurídico-público o jurídico-privado) en el que se circunscriba y de la función social que le corresponda, la propiedad privada envuelva siempre **un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente**. La no intangibilidad del propiedad privada hoy impone determinar, entonces, a qué tiene derecho quién ostenta su titularidad y cuáles son (algunas) las condiciones que debe atender el Estado para intervenir legítimamente en dicho ámbito.

A. La dimensión subjetiva del derecho de propiedad.

137. El análisis de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad resulta procedente ante la evidencia que la efectiva protección de las libertades y derechos conferidos a los individuos requiere algo más que la sola configuración de unos ámbitos objetivos de actuación de los poderes públicos, establecidos de acuerdo con los principios de Estado democrático y de Estado de Derecho. Ello exige también la garantía de estos derechos en tanto que *posiciones subjetivas jurídicamente amparadas*, susceptibles de ser exigibles ante los Tribunales³⁸⁵. Reconocer un derecho subjetivo conlleva conceder a los individuos un poder de acción jurídicamente reforzado, al cual son inherentes ciertas facultades o atribuciones que determinan enteramente el modo de estar de un sujeto dentro del tráfico jurídico. *Al igual que la función social del derecho excluye una concepción*

³⁸⁵ La diferencia entre una y otra situación es total e inexcusable. Desde una perspectiva formal, la configuración de un derecho subjetivo da lugar al surgimiento de una relación triádica donde, como apunta ALEXY, pueden identificarse un portador o titular del derecho, un destinatario del derecho y un objeto del derecho. Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, pp. 163 y ss. La no configuración de una posición jurídica subjetiva, en cambio, da lugar a una relación binaria, caracterizada por la sola existencia de un destinatario del deber y un objeto del deber, que no será exigible por nadie al estar ausente el tercer elemento: un sujeto autorizado por el ordenamiento para exigir el cumplimiento del deber impuesto. Desde una perspectiva material la configuración de un derecho produce también notables consecuencias; la principal: que conlleva siempre el otorgamiento de un permiso jurídico de actuación. Vid. IPSEN, J. *Staatsrecht... Ob. Cit.*, p. 20. Así, como observa MAURER, al permitir al individuo concurrir de manera independiente frente al Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones que le afectan, la figura del derecho subjetivo imprime efectividad al principio de dignidad humana y resulta decisiva para la consolidación de un orden jurídico público libre, democrático, social y fundado en el Estado de Derecho. "Sin sus propios derechos el individuo no sería más que súbdito y objeto de la actuación del Estado". Cfr. MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, p. 165. En sentido análogo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Sobre los derechos públicos subjetivos", en REDA, No. 89, 1996, p. 427.

absoluta de la propiedad privada, el reconocimiento de su contenido subjetivo permite excluir una noción absoluta de los poderes de configuración reconocidos al Estado por la Constitución. De este modo, al margen del debate acerca de su pretendido carácter pre-estatal y de su discutible condición de derecho humano³⁸⁶, el reconocimiento de su virtualidad jurídica-subjetiva busca asegurar que el derecho de propiedad, a pesar de su irreductible vinculación social, mantenga su carácter de *derecho individual* y que no se pierda de vista la obligación que asiste al Estado de protegerlo.

138. De acuerdo con su evolución histórica, el objetivo tradicional de los derechos fundamentales es prevenir la intromisión por parte del Estado en esferas concretas de la existencia individual³⁸⁷. En ello consiste su habitual función de defensa. Más que excluir toda clase de intervención estatal en este ámbito, ello se traduce en el rechazo de las intromisiones *ilegítimas o injustificadas* por parte de las autoridades. En el caso concreto de la propiedad configurada por el artículo 58 CC, la tipificación de la función social como uno de sus elementos estructurales (artículo 58 párr. 2 frase 1 CC), lo mismo que la explícita proclamación del principio de prevalencia del interés público o social sobre el interés particular (artículos 1 y 58 párr. 1 frase 2 CC), conllevan una mengua significativa del poder defensivo del derecho. La primera representa, sin más, una habilitación para la intervención -en principio no indemnizable- de las autoridades en el ámbito de la propiedad cuando quiera que así lo exijan razones de interés general. El segundo implica que “[c]uando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social” (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC). Aquella brinda cobertura, básicamente, al legislador; éste, esencialmente a las actuaciones de la Administración y de los jueces. No obstante, como se ha comentado ya, que la Constitución afirme que la “[p]ropiedad es una función social que implica obligaciones” (artículo 58 párr. 2 frase 1 CC), no puede significar que sea *sólo* eso. En un contexto presidido por la garantía constitucional del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC), que se reconozcan la función social de la propiedad y la prevalencia de los intereses públicos o sociales no puede comportar la completa desnaturalización ni la desaparición de esta figura.

139. Para merecer este nombre y dar cumplimiento a la garantía que de ella sanciona la Constitución, no cabe duda que la propiedad debe ser vista, en primer lugar, como *un derecho*. Esto significa que, aunque limitada o relativizada, debe conservar su condición de *derecho subjetivo*³⁸⁸ y, desde luego, su carácter de

³⁸⁶ Así lo considera, por ejemplo, LEISNER, W. “Eigentum... *Passim*, p. 1032.

³⁸⁷ HESSE, K. “Significado de los... *Op. Cit.*, p. 90.

³⁸⁸ A pesar de que el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC establece que “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”, se entiende que, tal como ha sido señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-474 de 2005, FJ 4, esta proposición no puede ser interpretada en un sentido tan literal -como radical- que conlleve la abolición o la negación del carácter subjetivo de la propiedad. La razón es sencilla: ello supondría el desconocimiento de la garantía del derecho proclamada en la frase 1 del párr. 1. Por esta causa, y al margen de los muchos matices

derecho de defensa. Con todo, la sola abstención de las autoridades no garantiza enteramente la efectividad del derecho de propiedad. Éste presenta, además, una faceta *prestacional*, que impone al Estado tanto el deber de protección frente a terceros, como el deber de definir estructuras procedimentales y organizativas adecuadas para su garantizar su efectividad. A continuación se examinará cada una de estas facetas.

1. La propiedad privada como derecho de defensa.

140. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC *in fine*, la garantía constitucional de la propiedad se traduce en que los derechos que ésta ampara “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Tomado en su sentido literal, ello quiere decir que, en general, ni el legislador ni la Administración³⁸⁹ pueden desentenderse de su existencia³⁹⁰, ni tampoco quebrantarles³⁹¹, ni perjudicarles³⁹². Ello pone de manifiesto el carácter *ab initio* defensivo de este derecho. Que la propiedad privada sea un derecho de defensa significa que todas las posiciones jurídico-patrimoniales cobijadas por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC se encuentran protegidos contra las intervenciones *ilegítimas o injustificadas* que efectúen los poderes públicos. Esto no quiere decir que la protección ofrecida se reduzca únicamente a resguardar el derecho contra las actuaciones *ilegales*. So pena de desconocer la fuerza vinculante de la garantía constitucional de la propiedad, su alcance debe ser mucho mayor. Mal podría reducirse a la simple exigencia de acatar el principio de legalidad. Debe permitir indagar y poner en cuestión el fundamento constitucional mismo de las habilitaciones que el legislador confiere para intervenir en la esfera del derecho³⁹³. Busca entonces asegurar que el ámbito de

que puede admitir este concepto en el Estado social de Derecho, y con independencia del debate ocurrido tras la introducción de la función social dentro del régimen constitucional de la propiedad en la reforma constitucional de 1936, en este trabajo se asume que la propiedad, en tanto que derecho subjetivo, confiere un poder de acción respaldado por el ordenamiento jurídico. Un poder de acción que, aunque vinculado al cumplimiento de una función social, supone la facultad de actuar libremente y de configurar positivamente el ámbito vital del individuo. En este sentido, *Vid. GALLEGO ANABITARTE, A. Derechos fundamentales y... Ob. Cit., p. 75.*

³⁸⁹ Asumo, pues, que la referencia a “las leyes posteriores”, más que una referencia a la ley en sentido formal, encierra una remisión al concepto material de ley.

³⁹⁰ Según la versión electrónica del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en adelante RAE), el verbo desconocer, en su cuarta acepción, que estimo procedente en este caso, significa: “[d]arse por desentendido de algo, o afectar que se ignora”. *Cfr. www.rae.es*

³⁹¹ La primera acepción del verbo vulnerar, según el Diccionario de la RAE, es esta: “[t]ransgredir, quebrantar, violar una ley o precepto”. *Cfr. www.rae.es*

³⁹² A ello se contrae el significado del verbo vulnerar en su segunda acepción: “[d]añar, perjudicar”. *Cfr. www.rae.es*

³⁹³ Como afirma JIMENEZ CAMPO, lo típico del derecho fundamental no es sólo la potestad de ser alegado ante los tribunales de acuerdo con lo que disponen las leyes que lo desarrollan; es también –y más bien–, la posibilidad de ir “en contra” de esa legalidad e incluso en ocasiones, de ser invocado en ausencia de legislación que dé pleno desarrollo a los preceptos de la Constitución. *Cfr. JIMENEZ CAMPO, J. Derechos fundamentales... Loc. Cit., p. 25.*

aprovechamiento privado que confiere este derecho a sus titulares no les será negado *infundadamente* por las autoridades. Tal es, justamente, la esencia de esta clase de derechos: evitar los riesgos del abuso de poder, presentes también en un Estado democrático de Derecho³⁹⁴. La conformación democrática del ordenamiento jurídico no resulta incompatible con la previsión de garantías adicionales.

141. Así las cosas, puede decirse que la propiedad se traduce, en primer término, en un derecho a una *acción negativa* por parte del Estado. La efectiva defensa de esta particular relación entre titular del derecho y Estado conlleva el reconocimiento de un haz de pretensiones que, ordenadas en una relación escalonada de subsidiariedad, habilitan al primero para exigir del segundo: la eliminación o anulación jurídica, mediante la expedición de un acto en sentido contrario, de la causa de la afectación del desarrollo de una acción para la cual se encuentra autorizado el titular (*Beseitigungsanspruch*); la supresión de las consecuencias fácticas de un acto contrario al derecho, acompañada del restablecimiento de la situación anterior a su ocurrencia (*Folgenbeseitigungsanspruch*); la indemnización o compensación de las pérdidas padecidas por causa de la intervención (*Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch*)³⁹⁵. De este modo, la actuación estatal contraria al derecho debe dar lugar a que estas pretensiones fundamenten una acción de reparación de los perjuicios producidos que presenta un doble objeto: por un lado, la anulación de la intervención contraria al derecho (*actio negatoria*); y por otro, la corrección de los efectos derivados de dicha actuación a fin de restablecer el *statu quo ante* (*actio restitutoria*)³⁹⁶.

142. Como ha sido señalado por ALEXY, al interior de esta categoría pueden identificarse tres subespecies diferentes: (i) los derechos a que el Estado *no impida u obstaculice* determinadas *acciones* del titular del derecho; (ii) los derechos a que el Estado *no afecte* determinadas *propiedades o situaciones* del titular del derecho; y, por último, (iii) el derecho a que el Estado *no elimine* determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho³⁹⁷. La vertiente defensiva de la propiedad opera en los tres supuestos: primariamente el derecho de propiedad funda una pretensión para que las autoridades no impidan ni obstaculicen el disfrute que legítimamente corresponde al propietario sobre el bien objeto de su derecho. No otra conclusión puede extraerse de lo dispuesto *in fine* por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, que impone a las autoridades la obligación de no desconocer el derecho de propiedad. Por ende, éstas no pueden desentenderse de, ni pretender ignorar su existencia.

³⁹⁴ HESSE, K. *Grundzüge des... Loc. Cit.*, p. 131.

³⁹⁵ MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 648.

³⁹⁶ OSSENBÜHL, Fritz. "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, p. 947.

³⁹⁷ ALEXY, R. *Teoría de los... Passim*, pp. 165 y ss.

Se *impide* una acción cuando el Estado obra de tal forma que hace fácticamente imposible la realización de una acción legitimada por el derecho³⁹⁸. Ello ocurre, por ejemplo, en supuestos de retención irregular de bienes³⁹⁹ o de indebida ocupación temporal de predios particulares por parte de las autoridades; también es el caso de las órdenes de suspensión de obras indebidamente impartidas al propietario por autoridades administrativas⁴⁰⁰ o de actuaciones estatales arbitrarias que se traducen en la negación del ejercicio del derecho⁴⁰¹. La *obstaculización*, en cambio, alude a supuestos en que la actuación estatal no representa un impedimento actual para la realización de la acción, pero puede desembocar en ello⁴⁰². Una reglamentación urbanística en extremo puntillosa, que dificulte injustificadamente las condiciones para la obtención de una licencia de construcción o eleve de manera irrazonable los costes de su obtención, puede obstaculizar el *ius aedificandi* y, por ende, imposibilitar la ejecución de una acción para la cual, en abstracto y dado el caso, el propietario puede llegar a encontrarse habilitado. El sometimiento de una solicitud de licencia a un procedimiento defectuoso, en el que no se respeten las garantías ni los plazos legalmente establecidos, resulta igualmente representativo de esta situación⁴⁰³.

La *afectación* de propiedades o situaciones del titular del derecho, por otra parte, apunta a descartar acciones estatales que perturben o influyan desfavorablemente en la situación activa del propietario. También aquí existe una cobertura clara del enunciado del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC: las autoridades

³⁹⁸ *Idem*, p. 166.

³⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1000 de 2001. En este pronunciamiento, el juez constitucional ampara el derecho del propietario de un taxi ilegalmente retenido por el estacionamiento en el cual había sido depositado por las autoridades judiciales, tras ser inmovilizado por una temporada con ocasión de una investigación penal.

⁴⁰⁰ Es el caso resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia T-860 de 2002. En él el alcalde de una localidad impide a una empresa la construcción de las obras de un túnel para el transporte de agua alegando la falta de licencia de construcción; habilitación no era necesaria de conformidad con el régimen legal al que se encontraba sometida la obra en cuestión. Por esto, tras esclarecer las condiciones legalmente exigidas para el desarrollo de la obra, la Corte Constitucional declara la vulneración del derecho de propiedad.

⁴⁰¹ Los hechos que dieron lugar a la sentencia T-245 de 1997 de la Corte Constitucional ilustran gráficamente esta hipótesis. En ellos, el alcalde municipal de una localidad atentó con su actuación contra el derecho de propiedad privada al negarse a expedir los respectivos paz y salvos fiscales necesarios para la tradición y solemnización de algunos actos y negocios jurídicos, relacionados con algunos inmuebles, tales como transferencia, constitución o limitación del dominio de los mismos. De manera arbitraria, el alcalde exigía para ello el cumplimiento de requisitos no previstos en la ley, tales como legalización de posesiones, construcción de pozos sépticos, limitaciones para la venta por el número de metros cuadrados de construcción mínimos. La ostensible falta de fundamento legal de esta actuación dio lugar a que se amparara el derecho de propiedad de los afectados.

⁴⁰² ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, p. 166.

⁴⁰³ La situación debatida en la sentencia de la Corte Constitucional T-214 de 2001 se enmarca en este supuesto. En ella la Corte Constitucional se ve obligada a tutelar los derechos de petición (artículo 23 CC) y debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) ante la actuación de la autoridad de planeación local de un municipio que a causa de su desconocimiento de los plazos y las garantías procedimentales mínimas impedía a una persona obtener la licencia de construcción a la que legalmente tenía derecho.

tienen la obligación de abstenerse de vulnerar (es decir, dañar o perjudicar) este derecho, o de permitir que ello suceda. Las reglas sobre relaciones de vecindad buscan amparar este tipo de supuestos⁴⁰⁴. La reiterada realización de prácticas de polígono por parte de las fuerzas armadas en uno de los costados de la sede de un batallón colindantes con una urbanización, a pesar de no representar riesgo alguno para la vida ni la integridad de los vecinos, constituye una situación donde tiene lugar la aplicación de este tipo de protección⁴⁰⁵. Ella también opera en supuestos en los que la realización de una obra pública se traduce en la irrogación de un perjuicio a una propiedad privada⁴⁰⁶.

Finalmente, el derecho a la *no eliminación* de posiciones jurídicas resulta primordial para la guardia de la propiedad. De ello depende tanto la estabilidad del derecho, en particular, como buena parte de la seguridad jurídica, en general. Asegurar su protección es, sin duda, uno de los objetivos del mandato de no vulneración establecido por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Es justamente la preocupación por la estabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas y la confianza en la firmeza del Derecho la que justifica que el artículo 365 párr. 2 frase 3 CC, al regular la reserva de actividades estratégicas y de servicios públicos, a semejanza de lo dispuesto por el artículo 336 párr. 2 CC respecto de los monopolios, establezca la indemnización plena -y en el caso de la reserva, además, previa- de quienes resulten privados *del ejercicio de una actividad económica lícita* por causa de tales determinaciones⁴⁰⁷. En el ámbito concreto de

⁴⁰⁴ La afectación de un edificio y la consecuente producción de daños en las distintas unidades de vivienda que lo conforman, ocasionados por la legítima construcción de un edificio en un lote vecino, son objeto de la controversia resuelta por la Corte Constitucional en la sentencia T-639 de 1997. Por tratarse de una acción de tutela, y teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia de este especial mecanismo de protección de derechos fundamentales para la guardia del derecho de propiedad, el amparo concedido se basa en los derechos a la vida y a una vivienda digna. Con todo, una simple lectura de los hechos permite evidenciar que lo que subyace, en el fondo, es una petición de amparo de la propiedad. Como se aprecia en este caso, la imposibilidad de invocar directamente este derecho en sede de tutela no impide que el mismo, de manera indirecta, dada la conexión permanente y la continua confluencia de derechos fundamentales en el ámbito de la propiedad, resulte favorecido por este tipo de protección. La fundición que en la práctica tiene lugar entre derechos fundamentales susceptibles de amparo como la vida, la intimidad, la igualdad o el derecho a una vivienda digna y la propiedad, abre la posibilidad de afirmar que en un grupo de casos, aunque sea por razón del referido vínculo de conexidad, éste derecho produce el efecto defensivo que aquí se comenta. Los casos de problemas de vecindad originados en la producción excesiva de ruido son también un buen ejemplo de esta situación. Véase las sentencias de la Corte Constitucional T-210 de 1994 y T-357 y T-456 de 1995.

⁴⁰⁵ Esta es la situación que se debate en la sentencia T-308 de 1993 de la Corte Constitucional. También aquí operan las consideraciones sobre la no procedencia de la acción de tutela para la defensa del derecho de propiedad. Por esta razón, el amparo concedido se basa en los derechos a la igualdad y a una vivienda digna. De cualquier forma, la lectura de los hechos permite concluir que, también en este caso, lo que subyace en el fondo es una petición de amparo de la propiedad.

⁴⁰⁶ Casos de este tipo dan lugar a las sentencias T-190 de 1999 y T-626 de 2000 de la Corte Constitucional. Por tratarse de pronunciamientos derivados de una acción de tutela, el amparo concedido en estas decisiones se basa en derechos fundamentales como la vida, la vivienda digna y el derecho al trabajo.

⁴⁰⁷ No es éste, entonces, en principio, un problema de privación de la propiedad. Naturalmente, de la determinación de establecer un monopolio o de declarar la reserva de un determinado

la propiedad la Constitución regula el instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC), como mecanismo idóneo para gestionar el legítimo abatimiento de derechos de propiedad privada cuando quiera que así lo demanden razones de utilidad pública o de interés social⁴⁰⁸. Sin violentar ni desconocer la existencia de derechos subjetivos, la expropiación constituye, desde el constitucionalismo liberal clásico, una forma institucionalizada y legítima del poder estatal de sacrificar intereses privados en aras de asegurar la prevalencia del interés general⁴⁰⁹. De ahí que ante ella no reaccione la pretensión de abstención envuelta en la consideración de la propiedad como derecho de defensa. La pretensión defensiva de la propiedad se activa, por ejemplo, en supuestos donde la Administración revoca unilateralmente una licencia de funcionamiento previamente concedida a un establecimiento, sin que esta decisión cuente con una fundamentación razonable⁴¹⁰. No así, en contraste, en el caso de la retención sin orden judicial de

sector de la economía podrán seguirse eventuales expropiaciones de los bienes implicados en el desarrollo de tales *actividades*. Sin embargo, en un primer momento la reserva de una actividad o de un sector estratégico, o de un servicio público, no afecta la titularidad de un derecho. Si bien sus efectos se proyectan sobre la esfera patrimonial de los sujetos privados, ello es producto del achicamiento del ámbito objetivo de ejercicio de su libertad de empresa llevado a cabo por medio de esta operación. En últimas, que se declare una reserva o se instaure un monopolio no significa la *privación* de este derecho en cabeza de los particulares; simplemente equivale a la exclusión de una determinada actividad, sector o servicio público, del ámbito en el cual éste puede ser legítimamente ejercido. La indemnización prevista en estos supuestos no significa que entonces un reconocimiento de que tales particulares tengan “*la propiedad*” del derecho a desarrollar tal actividad. Con ella se busca simplemente tutelar la seguridad jurídica, resguardar la confianza legítima de los agentes económicos que en ejercicio de su libre iniciativa venían desarrollando tal actividad en condiciones de libertad. La eventual expropiación de los bienes envueltos en su gestión será, en principio, una cuestión independiente, relativa a la privación de *lo adquirido* en ejercicio de tal libertad. Libertad que, como se ha señalado ya, en el plano de lo económico se traduce, básicamente, y visto desde el prisma de la propiedad, en una libertad *para adquirir* (en términos generales la libertad de empresa envuelve una libertad “para desarrollar una actividad”. *Vid.* PAZ-ARES, C. y J. ALFARO ÁGUILA-REAL. El derecho a la libertad de... *Ob. Cit.*, p. 377). Evidentemente nada obsta para que por razones de índole práctica pueda englobarse en una misma operación la indemnización de ambos rubros. No obstante, en tal caso será necesario hacer la precisión de que se obra con base en regímenes jurídicos distintos y que los títulos jurídicos de cada indemnización son igualmente diversos. Sobre la figura de la reserva y sus implicaciones sobre la libertad de empresa y la propiedad, *Cfr.* BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema... Passim*, pp. 175 y ss. También GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, Civitas, 1991, pp. 3803 y ss. Que la reserva constituye una operación por medio de la cual “se reduce legítimamente el ámbito de la iniciativa privada” y no una expropiación, ha sido reconocido por la Corte Constitucional. *Vid.* Sentencia C-318 de 1994, FJ 5. La misma consideración ha sido también efectuada respecto de los monopolios, *Vid.* la sentencia C-1191 de 2001, FJ 40.

⁴⁰⁸ *Vid.* el Capítulo Quinto de esta investigación.

⁴⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

⁴¹⁰ Estos hechos son objeto de la controversia que se resuelve en la sentencia T-475 de 1992. De nuevo aquí se evidencia que a pesar de constituir un conflicto atinente al derecho de propiedad constitucional, la negativa de la Corte a admitir su protección vía acción de tutela, primero, y a entender amparadas por este derecho las posiciones jurídicas subjetivas que surgen de actos administrativos como las licencias, después, llevan a que la protección se solicite invocando otros derechos. En este caso el amparo concedido busca proteger los derechos a la libertad de escoger profesión y oficio y al libre desarrollo de la personalidad. A pesar de destacar la importancia de la

un vehículo por parte de las autoridades de tránsito, efectuada por encontrar serias dudas sobre la legalidad de su propiedad, confirmadas al comprobar que sus sistemas de identificación habían sido alterados⁴¹¹.

143. No obstante, en tanto que derecho acuñado por el Derecho⁴¹² y derecho al cual es inherente una función social, la existencia y efectividad de la propiedad en tanto que poder del sujeto depende de la particular configuración jurídico-positiva de las distintas posiciones subjetivas amparadas por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. *El Derecho objetivo delimita y define, con arreglo al criterio de la función social, la extensión de aquello que protege el derecho subjetivo.* A pesar de ser proclamado por la Constitución como un derecho individual, la propiedad es, en este sentido, un derecho con fines no individualistas⁴¹³, cuyo ámbito de protección es configurado por el legislador⁴¹⁴. De una parte, ello

estabilidad de los actos administrativos dentro del tráfico jurídico, la negativa del juez constitucional a considerar amparadas por la propiedad constitucional a este tipo de situaciones jurídicas le lleva a dejar de lado el desarrollo de un tema capital como la protección de los derechos adquiridos (propiedad *lato sensu*), para en su lugar reconducir el debate por el más incierto terreno de los principios de la buena fe y de la confianza legítima. Ello resulta comprensible: excluida la presencia de derechos adquiridos -lo cual resulta, en este caso, bastante cuestionable-, la confianza legítima cumple un papel fundamental como garante de la estabilidad jurídica y defensora de los intereses patrimoniales de los particulares. Con todo, la renuencia del juez constitucional a reconocer que se está en presencia de un derecho adquirido o de una posición jurídica-subjetiva consolidada (el nombre, aquí, poco importa) no puede llevar a que se pierda de vista la realidad de la relación que media entre confianza legítima y derechos adquiridos: en presencia de éstos, la protección que confiere aquella resulta superflua. La confianza legítima, como más tarde sería aclarado por el alto Tribunal, tutela “situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades”, pero “la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 14. En sentido análogo, las sentencias T-364 de 1999, SNFJ y C-131 de 2004, FJ 4. Vid. también, el riguroso análisis de VIANA CLEVES, María José. *El principio de confianza legítima en el Derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 209 y ss.

⁴¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-506 de 1992. Como afirma en este caso el alto Tribunal: “[n]o puede alegarse la violación de un derecho, en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar”. (FJ B) Con todo, la vertiente procedimental del derecho de propiedad debería de haberse activado en este supuesto, reforzada en sus pretensiones de protección por la presunción de buena fe que establece la Constitución en su artículo 83 CC.

⁴¹² A diferencia de lo que ocurre con la vida, la integridad personal o las libertades individuales, el contenido de la propiedad no puede ser abstraído de la realidad circundante ni puede pretender ser abstraído *a priori* de ningún dato objetivo, preexistente a la organización social o inmerso en su evolución a través de los años. A pesar de que históricamente pueda intentar rastrearse algunas de sus notas características, por un lado, su formación y desarrollo dista de ser unidireccional, y por otro, su actual configuración constitucional desaconseja identificar este derecho con sus antecedentes más inmediatos. De ahí que se afirme que sea un derecho cuyo contenido lo construye el Derecho. Cfr. IPSEN, J. *Staatsrecht... Ob. Cit.*, p. 185. Destacan también esta cualidad del derecho de propiedad PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Op. Cit.*, p. 225.

⁴¹³ Vid. *supra* el apartado E-3 del Capítulo Primero de esta investigación.

⁴¹⁴ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 51. Para la doctrina española, los derechos fundamentales que la Constitución atribuye a los individuos en términos de titularidad

evidencia la ductilidad de la vertiente defensiva de la propiedad privada, dotada así de un más alto umbral de tolerancia frente las intervenciones del poder público en su ámbito de protección. De otra, crea una más estrecha relación entre el *derecho subjetivo de propiedad* y el *Derecho objetivo de la propiedad*.

Esta relación se desenvuelve en dos planos: uno general-abstracto, que alude a la definición por el legislador de los distintos regímenes jurídicos que concretan el orden infraconstitucional del instituto jurídico propiedad (es decir, las normas que fijan la disciplina jurídica para el aprovechamiento privada de determinados bienes o el *Derecho de la propiedad*); y otro particular-concreto, referente a las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial que se originan con arreglo a dicha regulación (es decir, los *derechos de propiedad*)⁴¹⁵. La vertiente defensiva del derecho de propiedad no puede significar el desconocimiento de la potestad que asiste al legislador para modificar la legislación de un determinado sector de la vida económica (propiedad rural, minas, alquileres, propiedad horizontal, propiedad intelectual, etc.) a futuro. En otras palabras, la tutela de los *derechos de propiedad* no puede conllevar la petrificación del *Derecho de la propiedad*. Las fuertes consideraciones de interés general que pueden servir de sustento a una reforma normativa en un determinado tiempo, lo mismo que elementales consideraciones del principio democrático⁴¹⁶, imponen que así sea. No obstante, en un Estado de Derecho esta potestad no puede representar el desconocimiento y la vulneración de las posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales consolidadas al amparo del régimen anterior. Más cuando ello comporta un atentado contra un derecho garantizado directamente por la Constitución. Su vertiente defensiva deberá entonces activarse en tales casos para exigir el no desconocimiento de los derechos así adquiridos⁴¹⁷.

abstracta o potencial, en tanto que precisados de una ulterior conexión con la ley que los concrete, constituyen igualmente “derechos de configuración legal”. Es el caso del derecho de propiedad (artículo 33), la libertad de empresa (artículo 38) o la tutela judicial efectiva (artículo 24). Al respecto, *vid.* JIMENEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, pp. 43-44. El Derecho colombiano ha recogido asimismo esta categoría, *vid.* CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 101. En el extremo opuesto de los derechos de configuración legal, con base en lo dispuesto por el artículo 53.3 CE, la doctrina española ha ubicado a los denominados derechos “legales”, “de definición legal” o “derechos aparentes”, cuyo reconocimiento se encuentra enteramente sometido a lo que al respecto determine la Ley. *Cfr.* JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Loc. Cit.*, pp. 123 y ss.

⁴¹⁵ IBLER, M. “Eigentumsdogmatik und die... *Ob. Cit.*, p. 570.

⁴¹⁶ Como sostiene la Corte Constitucional en su sentencia C-443 de 1997, FJ 12, “[e]l Legislador actual no puede atar al Legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro”.

⁴¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 8 *in fine*.

1.1. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con la función social del derecho y la prevalencia de los intereses público y social.

144. Como fuera recordado por JELLINEK con ocasión del debate acerca de la diferenciación entre los actos de expropiación y de delimitación de este derecho, “[l]a propiedad tiene una cierta debilidad frente al legislador en el sentido que no toda intervención de éste constituye una expropiación”⁴¹⁸. Tal “debilidad”, señalada por MAYER con anterioridad con referencia a la Administración⁴¹⁹, encuentra su formalización en los textos constitucionales que recogen la figura de la función social de la propiedad. Los artículos 14.2 GG, 33.2 CE y 58 párr. 2 CC son un buen ejemplo de ello.

145. En este sentido, lo dispuesto por el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC, respecto a que “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”, permite configurar un amplio poder de intervención estatal –especialmente legislativa– en la esfera de la propiedad. Será por medio de la ley que se precise en cada momento qué “obligaciones” implica el derecho de propiedad. Lógicamente, la mayor extensión del campo de acción de la potestad de intervención del Estado en la órbita del derecho se traduce en una reducción de la esfera intangible del mismo⁴²⁰.

Con todo, por estrecho que resulte, ésta deberá siempre existir y ser respetada. En el caso de la propiedad ello se desprende no solamente de la garantía constitucional del derecho. Aunque fundamentalmente resulte aplicable a los actos de la Administración –que gocen de cobertura de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social–, la lógica contenida en el artículo 58 párr. 1 frase 2 CC es ilustrativa de la necesidad de guardar siempre un núcleo irreductible del derecho. Esta disposición es tajante en señalar que el interés privado deberá “ceder” ante el interés público o social. Ello permite inferir que más que una habilitación para suprimir o eliminar posiciones jurídicas subjetivas amparadas por la propiedad constitucional, la Constitución efectúa una autorización amplia a las autoridades para intervenir en la esfera de la propiedad privada; al tiempo que dispone que ésta, **sin desaparecer, disminuya o cese su resistencia ante aquella**⁴²¹.

⁴¹⁸ JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*, 2 Auf., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1929, p. 398.

⁴¹⁹ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, T. II, 3 Auf., München – Leipzig, Duncker und Humblot, 1924, pp. 118 y ss. Hay edición en castellano: *Derecho administrativo alemán*, Vol. III, Buenos Aires, De Palma, 1951, pp. 297 y ss.

⁴²⁰ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 54.

⁴²¹ Aunque el verbo “ceder” ofrece numerosos significados de acuerdo con el Diccionario de la RAE, por ejemplo, en su cuarta acepción, “[r]endirse, someterse”; considero que una interpretación sistemática del artículo 58 CC, que de valor tanto a la garantía constitucional del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1), como a la lógica misma de la función social del derecho (artículo 58 párr. 2) y a las reglas previstas sobre la expropiación (artículo 58 párr. 4), permite descartar fundadamente esta opción. Esta misma razón me lleva a descartar la séptima acepción, que también podría resultar predicable de este enunciado dentro de una interpretación que acentuara en extremo el vigor de la función social. De acuerdo con esta acepción, referida a “algo

Esta interpretación se ve confirmada por la regulación que del instituto expropiatorio efectúa el artículo 58 párr. 4 CC, uno de los límites constitucionales más explícitos al poder de intervención de las autoridades en la órbita de la propiedad. Según lo establecido en esta norma, en Colombia sólo existen dos tipos de expropiación: judicial y administrativa. En ambos casos su procedencia está condicionada por: (i) la declaratoria de utilidad pública o de interés social por parte del legislador; (ii) un procedimiento acorde con las exigencias del debido proceso judicial y administrativo (artículo 29 párr. 1 CC) y, finalmente, (iii) el pago previo de la correspondiente indemnización. Sólo si se satisfacen estas exigencias puede tener lugar una expropiación⁴²². Esto quiere decir que, entendida como “un instituto, un negocio o una operación de derecho público, por medio de la cual el Estado, por razones de utilidad pública o de interés social, priva coactivamente de la titularidad de un determinado bien a un particular, de acuerdo con un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización”⁴²³, la expropiación representa un límite significativo a la potestad de intervención reconocida al legislador en el ámbito de la propiedad. *Éste puede introducirse en ella, configurarla, delimitarla, establecer las modalidades que juzgue convenientes; pero no puede despojar a particulares de los bienes concretos de los cuales son titulares.*

146. No obstante, como se examinará en detalle más adelante, al efectuar el estudio de la potestad de delimitación de la propiedad y analizar sus límites⁴²⁴, la definición de cuándo tiene lugar la privación de un derecho de propiedad por parte del legislador constituye una de las cuestiones más inciertas y debatidas dentro del régimen constitucional de la propiedad. En tanto que derecho poseedor de un ámbito de protección *normativamente determinado* su ejercicio y goce no dependen de su naturaleza ni de su esencia, sino, prevalentemente, de lo que al respecto disponga el Derecho positivo⁴²⁵. En consecuencia, y dado el carácter mudable en el tiempo del concepto de propiedad y de las condiciones de su ejercicio, algo que hoy puede ser considerado apropiable, mañana puede no serlo o serlo bajo otros términos⁴²⁶. En ejercicio de su potestad normativa el legislador puede crear, modificar o abolir concretos regímenes de la propiedad (artículo 150.1 CC)⁴²⁷. En un Estado social de Derecho políticamente articulado sobre la base de un sistema democrático y pluralista, mal podría el respeto a la

sometido a una fuerza excesiva”, este verbo significa: “[r]omperse o soltarse”. En su lugar, encuentro más adecuada al conjunto de la regulación constitucional del derecho la sexta alternativa. Hace referencia a “una cosa”, y significa: “[d]isminuir o cesar su resistencia”. Cfr. www.rae.es

⁴²² Sobre estas condiciones como presupuestos de legitimidad de la expropiación, véase el apartado B del Capítulo Quinto de esta investigación.

⁴²³ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1994, FJ 2. También la sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

⁴²⁴ Vid. el apartado F del Capítulo Cuarto de este trabajo.

⁴²⁵ Con una postura más tajante, PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 51.

⁴²⁶ *Idem*, p. 226.

⁴²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.3.

propiedad privada conllevar la parálisis o la petrificación del ordenamiento jurídico⁴²⁸.

147. Con todo, resulta indudable que la legítima potestad legislativa de modificar el *Derecho de la propiedad* puede proyectarse de diferentes maneras sobre los *derechos de propiedad*: intervenciones que desde un punto de vista abstracto no serán más que una manifestación de la renovación permanente del Derecho por el legislador democrático; desde un prisma concreto podrán representar la afectación e incluso la supresión de posiciones subjetivas particulares. Esto dependerá de los efectos en el tiempo que se fijen a la nueva regulación y de la posición que en ella se adopte respecto de los derechos consolidados en vigencia del régimen anterior. De no asumir una postura respetuosa de las posiciones jurídicas preexistentes, una intervención que a la luz de los derechos que nacen con la nueva legislación constituye tan sólo *una delimitación legítima del derecho de propiedad, puede representar a la vez la privación de aquellas*⁴²⁹; circunstancia a todas luces contraria a la garantía constitucional del derecho.

1.2. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con las reformas al Derecho.

148. En un Estado social y democrático de Derecho el carácter defensivo del derecho de propiedad no puede resultar incompatible con la normal actualización del ordenamiento jurídico. Una comprensión adecuada del entero sistema constitucional de la propiedad debe permitir conciliar las necesidades colectivas de renovación y ajuste del Derecho con el interés particular en la guardia de las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas. Tal como ha sido enfatizado por la Corte Constitucional, “si bien el legislador puede modificar o derogar la legislación preexistente, ello sólo es posible en la medida en que no desconozca situaciones jurídicas consolidadas al amparo de normas anteriores”⁴³⁰. No obstante, que una intervención del legislador por medio de la cual modifica las reglas atinentes a un concreto derecho de propiedad *pueda* simultáneamente llegar a constituir una *reforma* del Derecho para la generalidad, una *delimitación* de su derecho para algunos sujetos en concreto –quienes se han hecho con su titularidad una vez entrada en vigor la nueva normativa-, y una *eliminación* o *privación* de su derecho para otros –los titulares de derechos

⁴²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 8. En general, sobre la potestad del legislador para expedir las leyes, pero también para modificarlas, adicionarlas o derogarlas, en orden a garantizar la constante actualización del Derecho, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-129 de 1994, SNFJ.

⁴²⁹ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Loc. Cit.*, pp. 230-231.

⁴³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-926 de 2000, FJ 4 *in fine*. En sentido igualmente claro se afirma en la sentencia C-604 de 2000, FJ 6, con ocasión de un pronunciamiento expedido en materia tributaria, que en consideración a las innegables consideraciones de interés general subyacentes a este segmento del ordenamiento, el legislador “bien puede modificar, adicionar y derogar disposiciones jurídicas de esa índole, con una sola limitación: la no violación de los distintos postulados, reglas y derechos constitucionales”.

preexistentes desconocidos-, no debe conducir el debate hacia los terrenos de la expropiación legislativa.

Aunque ello podría parecer una opción plausible de armonización de los intereses generales y los intereses particulares eventualmente enfrentados por causa de un cambio normativo, como se ha señalado ya, de acuerdo con la configuración que del instituto expropiatorio ha efectuado el artículo 58 párr. 4 CC, aquella no tiene cabida en el ordenamiento constitucional colombiano⁴³¹. Más que una cuestión atinente a la expropiación, la problemática que deriva de los derechos adquiridos y el ejercicio de la potestad que asiste al legislador para delimitar el contenido del derecho de propiedad y determinar su régimen legal hacia futuro representa, de ordinario, una cuestión de *aplicación de la ley en tiempo*⁴³² y de *régimen de transición*⁴³³. Eventualmente, si determina la *supresión de posiciones jurídico-patrimoniales consolidadas* deberá, so pena de su inconstitucionalidad, prever las correspondientes reglas expropiatorias⁴³⁴.

⁴³¹ El orden constitucional prevé únicamente dos tipos de expropiación legítima: la judicial y la administrativa. Véase, al respecto, el apartado C del Capítulo Quinto de este trabajo. Diferente es la situación en los ordenamientos alemán y español. La distinta configuración de las cláusulas que regulan el instituto expropiatorio en cada ordenamiento determina divergencias sustanciales en este punto. Así, mientras que en la fórmula del artículo 58 párr. 4 CC es claro que la expropiación legislativa resulta incompatible con el régimen allí definido para este instituto, ella cuenta con un fundamento explícito en el texto constitucional alemán (artículo 14.3 frase 2 GG) e implícito en el español (artículo 33.3 CE).

⁴³² Como afirma la Corte Constitucional, “una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior”. Cfr. Sentencia C-168 de 1995, FJ e.

⁴³³ MAURER, Hartmut. “Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie”, en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1990, pp. 307-308. La existencia de la relación entre cambios de normatividad que afectan derechos adquiridos y normas de transición es expresamente reconocida por la Corte Constitucional. Cfr. Sentencia C-038 de 2003, FJ 3.6.

⁴³⁴ Al margen de las deficiencias técnicas que hoy pudiera acusar por no prever compensación alguna para quienes fueron esclavos y de las valoraciones morales de que pueda ser objeto, visto desde una perspectiva estrictamente jurídica, la ley de 21 de mayo de 1851, por medio de la cual se declaró abolida la esclavitud en el territorio de la Nueva Granada, es un buen ejemplo de esta situación. Toda vez que la declaratoria de libertad de todos los esclavos que existían en el territorio nacional desde el día 1 de enero de 1852 comportaba la afectación patrimonial de quienes eran sus propietarios, esta norma contempló un sistema de indemnización que buscó atenerse a la garantía expropiatoria entonces imperante (artículo 162 de la Constitución de 1843). El ordenamiento jurídico español ofrece en su historia numerosos ejemplos de reformas normativas respetuosas de los derechos adquiridos: es el caso de la ley de 23 de julio de 1835 sobre arreglo provisional de Ayuntamientos, cuyo artículo 6 ordenaba la supresión de los *oficios de la república* enajenados a perpetuidad y los declaraba de “libre elección”, contemplando la indemnización de los afectados por el Estado o el pueblo según quien ocasionara la referida afectación. También está el caso del Real Decreto de 20 de enero de 1834 por el cual se declararon “libres en todos los pueblos del Reino el tráfico, comercio y venta de los objetos de comer, beber y arder, pagando los traficantes en ellos los derechos reales y municipales a que respectivamente estén sujetos” (artículo 1). El artículo 4 de esta norma dispuso que “en los pueblos donde existen hoy contratos pendientes con abastecedores de cualquiera de dichas ramas se aguardará para llevar a efecto esta Ley a que concluya el tiempo de la contrata, si antes no se encontrase modo de transigir, de acuerdo recíproco, sobre las condiciones o plazos estipulados”. También se mueve en esta línea la decisión contenida en la Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, que crea el

149. Difícilmente una ley que regula un determinado ámbito o que fija nuevas reglas para una cuestión en particular no acaba afectando, de algún modo, posiciones jurídicas preexistentes. La garantía del derecho de propiedad constitucional (*lato sensu*) no puede significar la parálisis del Derecho. Sin embargo, aquélla tampoco puede ser desconocida ni vulnerada por normas posteriores (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). La eventual precedencia de un régimen anterior impone que las situaciones creadas y consolidadas bajo su vigencia sean respetadas en su existencia. El legislador tiene entonces la obligación de prever los efectos de su regulación sobre los derechos adquiridos por los particulares en vigencia de una normatividad que pretende reformar⁴³⁵. Esto supone la necesidad de distinguir entre una *legislación originaria* y una *legislación sucesiva o de reforma*.

La primera especie, como su nombre lo indica, da origen o marca la apertura de una clase particular de derecho de propiedad. Por tanto, carece de un régimen de apropiación o aprovechamiento privado precedente y, en ese orden, posee *ab initio* e *in totum* carácter constitutivo de la modalidad del derecho de propiedad que regula. En consecuencia, el legislador dispone de un considerable margen de apreciación a la hora de acuñar la posición jurídica subjetiva de contenido patrimonial que origina, al igual que al definir las condiciones a imponer para su ejercicio. La ausencia de posiciones preconstituidas hace que todos los supuestos de hecho subsumibles bajo su régimen deban atender inexcusablemente e *in integrum* sus mandatos a partir del momento de su entrada en vigor⁴³⁶.

La legislación sucesiva, en cambio, sí cuenta con un antecedente: sucede o sigue a otro régimen que le precedió en la regulación de una forma concreta de propiedad. Por ende, a pesar de tener también carácter constitutivo de la modalidad de los derechos que nacen después de su entrada en vigor, los derechos originados al amparo del régimen previo tendrán la condición de

monopolio de cerillas y contempla la indemnización de los dueños de fábricas en explotación. Semejante es la determinación del R. D. Ley de 28 de junio de 1927 al crear el monopolio de petróleos. Al respecto, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. *Derecho General de Organización*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 269 y ss. Para este autor, estos ejemplos confirman la “inclinación” del legislador español por el respeto a los derechos adquiridos. *Vid. Idem.*

⁴³⁵ MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Loc. Cit.*, p. 308.

⁴³⁶ El caso de la telefonía móvil celular es un buen ejemplo de ello. Dado que se trata de un servicio que comenzó a prestarse recientemente, regulado por primera vez en el Derecho colombiano por la ley 37 de 1993, el legislador dispuso entonces de un notable ámbito de configuración a la hora de fijar su régimen en general y, en particular, al definir el régimen al que deberían someterse las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial que surgirían en cabeza de los operadores del servicio una vez cumplidos los trámites previstos tras de la entrada en vigencia de la ley. La definición del tipo de personas que podían prestar el servicio, lo mismo que de la clase de relación que se establecería con el Estado, las condiciones y plazos de dicha relación, etc. pudo entonces surtir sin consideración a la afectación de derechos o posiciones jurídicas previamente consolidadas y, salvo por la excepcional presencia de situaciones fácticas merecedoras de tutela, al margen de otros límites de esta índole como el principio de confianza legítima.

preexistentes. En ese orden, no podrán ser desconocidos ni vulnerados (artículo 58 párr.1 frase 1 CC). “[U]na norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior”⁴³⁷. Esta circunstancia condiciona de manera notable la actuación del legislador al definir el nuevo régimen: al imponerle el deber de observar y respetar la existencia de las posiciones jurídicas preconstituidas consolidadas en vigencia de la normatividad antecedente, le obliga a contemplar cuidadosamente su incidencia sobre tales posiciones y a regular con celo los efectos de la nueva normativa en el tiempo. Con la excepción de los supuestos de aplicación del principio de favorabilidad aplicable en materia penal⁴³⁸ (artículo 29 párr. 3 CC), en lo que concierne a la titularidad de un derecho o una posición jurídica consolidada, las disposiciones de una reforma sólo pueden valer hacia el futuro.

150. La vertiente defensiva del derecho implica, entonces, que “los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia”⁴³⁹. *La prohibición de la retroactividad de las normas se traduce así en la intangibilidad de los derechos adquiridos*⁴⁴⁰. Salvo claros motivos de utilidad pública e interés social que así lo requieran, la ley no puede privar a los particulares de los bienes o derechos que ingresaron definitivamente a su patrimonio. Y en caso de presentarse tales razones, dicho sacrificio deberá efectuarse con arreglo a las prescripciones del artículo 58 párr. 4 CC; esto es, deberá dar lugar a que se produzca la definición por el legislador de la *causa expropriandi* (motivos de utilidad pública o interés social), se adelante un procedimiento (judicial o administrativo) de expropiación con arreglo a la garantía del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) y se pague la correspondiente indemnización⁴⁴¹. De lo contrario, se habrá efectuado una intervención contraria a la Constitución, llamada a ser rechazada por la activación de la faceta defensiva de la propiedad privada.

a) El objeto de protección de la garantía constitucional de la propiedad frente a las reformas al Derecho.

151. Lógicamente, lo anterior no quiere decir que el entero régimen al amparo del cual fueron consolidadas las posiciones subjetivas protegidas por la garantía del

⁴³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 10. En sentido análogo, *Vid.* las sentencias de la Corte Constitucional C-529 de 1994, SNFJ; C-168 de 1995, FJ e;

⁴³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995, FJ e.

⁴³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-529 de 1994, SNFJ.

⁴⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.1.2. En sentido análogo, entre otras, las sentencias C-314 de 2004, FJ 7 y C-147 de 1997, FJ 2.1. A pesar de destacar su importancia para la realización del principio de seguridad jurídica y del Estado de Derecho, VIANA CLEVES introduce un matiz a este planteamiento. A su juicio, “el principio de irretroactividad no es absoluto (...) por tanto, acepta excepciones cuando la aplicación del principio de proporcionalidad así lo indique”. *Cfr.* VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Passim*, p. 149.

⁴⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.1.2. En sentido análogo, la sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1 *in fine*.

derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC resulte absolutamente intangible o inmutable para el legislador. La referida “debilidad” del derecho de propiedad obra aquí a favor de un cierto ensanchamiento de su campo de acción y exige una interpretación estricta del objeto de dicha garantía. Así, en pro tanto de la cabal realización del principio democrático, como de la adecuada atención de eventuales necesidades de interés general que puedan demandar la reforma de un determinado sector de la legislación, es preciso determinar con certeza qué es exactamente aquello que goza de la protección del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC.

152. De tiempo atrás la jurisprudencia nacional ha sostenido que “[e]n presencia de estos intereses que no pertenecen al orden privado, sino que se encuentran en el campo mismo de la necesidad y utilidad públicas, o que se relacionan, como dice un expositor de derecho, con la salud del Estado, el principio de la no retroactividad no puede alegarse por los ciudadanos en cuanto esas *nuevas modalidades o condiciones* no aniquilen sus derechos”⁴⁴² (cursivas fuera de texto). Resulta procedente entonces distinguir entre las intervenciones que conllevan la *desaparición* de los derechos adquiridos, de aquellas que simplemente comportan una *reforma* del régimen bajo el cual éstos son ejercitados⁴⁴³. Bajo este supuesto, es fuerza diferenciar entre la *eliminación* (o *aniquilación*, como expresivamente afirma la Corte Suprema de Justicia) de los derechos preexistentes, lo cual resulta vedado al legislador, de la imposición de *nuevas condiciones* o la *modulación* o *configuración de un nuevo régimen* -sin que se afecte la titularidad ni la existencia de aquellos-, lo cual le está permitido por la Constitución. Ello resulta coherente con la lógica del artículo 58 CC, que busca amparar los derechos patrimoniales en tanto que atribución a un sujeto de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujeto a una función social.

153. Aunque no formulada explícitamente en la jurisprudencia constitucional, esta distinción ha dado pie para que el juez constitucional se haya pronunciado a favor de la constitucionalidad de diversas leyes que, como en el caso de la

⁴⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 28 de octubre de 1925, Gaceta Judicial Tomo XXXII, páginas 73 a 75. Citado por la Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.1.1, nota a pie de página No. 7.

⁴⁴³ Se trata de una distinción antigua, presente en el Derecho colombiano ya desde el siglo XIX. El texto de los artículos 18 y 28 la ley 153 de 1887 así permite concluirlo:

Artículo 18.- Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por ley anterior, tienen efecto general inmediato. // Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes // Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá á los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses.

Artículo 28.- Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Como puede apreciarse, mientras que el artículo 18 recaba en la diferenciación entre *delimitación* y *expropiación* y pone de relieve la importancia de los regímenes de transición en caso de nuevas condiciones para el ejercicio de una actividad económica, el 28 alude a la *intangibilidad* del derecho en cuanto posición jurídica subjetiva, contrastante con la *mutabilidad* de las normas que determinan el régimen de su ejercicio.

televisión⁴⁴⁴ y de la propiedad horizontal⁴⁴⁵, introdujeron reformas importantes a los regímenes bajo los cuales eran ejercidos derechos surgidos al amparo de legislaciones anteriores.

b) Dos ejemplos de la aplicación de este criterio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

154. En el primer caso, la ley de televisión fue modificada en punto al carácter prorrogable de los contratos de concesión de los espacios de televisión en canales nacionales de operación pública establecido en la normativa anterior. En su lugar la nueva legislación los declaró improrrogables (artículo 10 de la ley 335 de 1996). El argumento de interés general entonces empleado fue la necesidad de garantizar el acceso democrático y en igualdad de condiciones al espectro electromagnético, amenazado, se dijo, por la posibilidad de suscribir prórrogas indefinidas prevista en el régimen modificado.

Para valorar esta situación, en lugar de hacer uso de la distinción aquí señalada, la Corte apeló al tradicional criterio que diferencia entre derecho adquirido y mera expectativa⁴⁴⁶. Luego de analizar la existencia de un posible “derecho a la prórroga” y concluir que éste no existía como derecho adquirido, ya que nunca se cristalizó –la legislación cambió antes de que los operadores hubieran podido cumplir las condiciones allí establecidas para ello-, sino como “expectativa de prórroga”, el juez constitucional avaló la legitimidad de la reforma efectuada. Aunque el texto de la sentencia no lo plantea así, es claro que aquí el derecho patrimonial existente –la posición subjetiva de contenido económico que surge del contrato de concesión celebrado, amparada por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC- no se ve afectado por la reforma realizada. Ésta proyecta sus efectos sobre *las condiciones* en que el derecho consolidado era ejercido de acuerdo con la legislación anterior. *Al no ser parte del objeto amparado por la garantía de intangibilidad de los derechos adquiridos, el legislador puede intervenir legítimamente sobre este extremo sin sufrir el apremio de aquella.*

La línea de análisis seguida por la Corte deja por fuera esta circunstancia, al igual que el hecho que la estipulación de una prórroga no puede constituir *en sí* un objeto amparado por la garantía de la propiedad constitucional. No obstante, es claro que **aisladamente considerada** *la previsión de una prórroga no es propiedad constitucional*⁴⁴⁷. De ahí que su supresión no pueda ser calificada como

⁴⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997, *Vid.* el análisis del cargo formulado contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996.

⁴⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002.

⁴⁴⁶ Este criterio es ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en su sentencia C-168 de 1995, FJ e.

⁴⁴⁷ Mal podría entenderse que la previsión legal de una prórroga puede ser vista, por sí misma, como un objeto susceptible de alguna utilidad privada. La idea de propiedad como ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujeto a una función social remite,

eliminación o privación de un derecho que goza de la protección del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC⁴⁴⁸. Ella constituye una de las condiciones previstas para el ejercicio de un derecho –ese sí- configurado como propiedad constitucional y amparado, por ende, por las garantías que la Constitución prevé para asegurar su protección. Al decantarse por la tradicional distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, el juez constitucional malgastó una valiosa oportunidad para hacer claridad sobre una cuestión tan relevante como la inserción de elementos accesorios a los derechos –como la referida cláusula legal de prórroga– dentro de la garantía de la propiedad constitucional⁴⁴⁹.

155. En el segundo supuesto, referente a una reforma a la legislación en materia de propiedad horizontal, el juez constitucional debe pronunciarse sobre la legitimidad de la obligación impuesta por la reforma (artículo 86 de la nueva ley 675 de 2001) a todos los bienes sujetos a dicho régimen propiedad de modificar sus reglamentos internos de conformidad con la nueva legislación dentro del plazo previsto, so pena de entender que transcurrido dicho lapso sin que se efectuaran las modificaciones correspondientes, se entenderían incorporadas a los reglamentos internos las disposiciones legales. En la base del cuestionamiento a esta reforma se encontraba la previsión de condiciones más rígidas o restrictivas para el ejercicio de los derechos de propiedad individual sobre las unidades que conforman la propiedad horizontal, producto de la ampliación de la comunidad de intereses a aspectos considerados individuales en el régimen de las leyes anteriores⁴⁵⁰. De acuerdo con las razones invocadas en la impugnación, tal previsión envolvía un atentado contra la intangibilidad de los derechos adquiridos y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. El cargo fue desestimado por la Corte Constitucional.

necesariamente, a su condición de elemento accesorio de un derecho (de algún derecho); este sí amparado por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC.

⁴⁴⁸ El razonamiento es simple: para privar a una persona de un derecho constitucionalmente amparado por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, el pretendido objeto de la supuesta “privación” ha de envolver un derecho susceptible de ser calificado de tal. De lo contrario, de no haber propiedad constitucional, no habría privación; no al menos en los términos a los que hace referencia el artículo 58 párr. 4 CC para regular el supuesto expropiatorio. Tampoco podría haber afectación legal del contenido esencial del derecho, puesto que el objeto de éste permanece inalterado.

⁴⁴⁹ Podría, así, por ejemplo, pensarse que, dado que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, la intangibilidad de la posición jurídica patrimonial envuelta en el contrato se proyecta sobre el conjunto de elementos accesorios de este último. Sin embargo, como se ha comentado ya, considero que la referida *debilidad* de la propiedad constitucional frente a la ley opera en este supuesto y se traduce en la autorización para efectuar un potencial recorte del ámbito de protección del derecho. Es, como se ha comentado ya, una muestra del principio presente en el artículo 28 de la ley 153 de 1887, que alude a la *intangibilidad* del derecho en cuanto posición jurídica subjetiva, contrastante con la esencial *mutabilidad* de las normas que determinan el régimen de su ejercicio.

⁴⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.2.2.

En su argumentación, el juez constitucional apunta la referida distinción entre la afectación de la existencia de un derecho y la de sus condiciones de ejercicio⁴⁵¹, mas no la desarrolla enteramente. Sin embargo, con base en ella, lo mismo que en la diferenciación entre normas de orden público –de las cuales se predica su inmediata y directa entrada en vigor- y normas dispositivas –susceptibles de la adhesión o no por parte de sus destinatarios-, y en la valoración positiva del plazo de un año concedido a las Asambleas de Copropietarios para la deliberación acerca del sometimiento voluntario a los aspectos dispositivos de la nueva legislación, la Corte encuentra ajustada a la Constitución la norma impugnada.

No obstante, como se evidencia en el texto de esta sentencia, aunque el legislador había contemplado un plazo razonable para la transición entre regímenes, por sí solo éste no bastó para colmar los requerimientos de la garantía constitucional de la propiedad. Si bien es cierto que en esta reforma el legislador dejaba a salvo los derechos preexistentes, también lo es que la significativa alteración de sus condiciones de ejercicio constituye una operación que demanda la adopción de especiales cautelas. Como se verá enseguida, precisa la articulación de un régimen de transición adecuado, que contemple las particularidades de cada decisión en concreto. Sólo un análisis riguroso de la incidencia de la nueva legislación sobre la integridad del régimen de las posiciones jurídicas consolidadas permite determinar con precisión estas cuestiones.

1.3. La tutela de la garantía constitucional de la propiedad vía protección de la confianza legítima y definición de un régimen de transición adecuado.

156. La referida distinción entre el derecho y sus condiciones de ejercicio en los casos de *legislación sucesiva* o de *reforma* impone como condición irreductible la observancia del principio de confianza legítima. De manera análoga a lo que sucede en los casos de reformas al régimen de ejercicio de algunas profesiones⁴⁵², de actividades económicas que se abren a la competencia⁴⁵³ o que de ser permitidas pasan a ser súbitamente prohibidas⁴⁵⁴, la alteración legislativa de las condiciones preexistentes de ejercicio de un derecho, si bien constituye una decisión legítima, debe producirse con arreglo a las exigencias de este principio. El respeto a *la confianza legítima impone al legislador la obligación de introducir*

⁴⁵¹ De acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional en el FJ 4.2.2 *in fine* de su sentencia C-488 de 2002, “cabe advertir que en la Ley 675 de 2001 se encuentran un gran número de previsiones que podrían *no afectar la conformación de los derechos adquiridos* con arreglo a las Leyes 182 de 1948 y 16 de 1985, *sino adecuar el ejercicio de tales derechos a nuevas necesidades de los copropietarios*, y propender por la convivencia pacífica y el mantenimiento de la paz en los sistemas de copropiedad vigentes” (Cursivas fuera de texto).

⁴⁵² Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2003, FFJJ 3.5 y 3.6, ambos *in fine*.

⁴⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996, FJ 6.

⁴⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1996, FJ 14. También la sentencia C-355 de 2003, FJ 4 en lo que concierne al “[c]ondicionamiento de la medida restrictiva y principio de la confianza legítima”.

medidas encaminadas a mitigar las cargas y los sacrificios asumidos por ciertas personas por causa de la alteración repentina de una normativa que se esperaba perdurable.

157. Bien sea que suponga la frustración de “meras expectativas”, o la alteración de condiciones jurídicas favorables para el ejercicio de un derecho o de una actividad, la ausencia de situaciones jurídicas subjetivas consolidadas hace improcedente la aplicación de la garantía de intangibilidad que protege a estas últimas. No obstante, que se trate de *meras expectativas* o de *expectativas legítimas*⁴⁵⁵ no puede representar la total desprotección de sus portadores. Aún cuando éstas no permitan exigir al legislador la no modificación o no derogación de un régimen jurídico cuya vigencia les resultaba favorable⁴⁵⁶, no pueden ser completamente desatendidas por el legislador⁴⁵⁷. Las notables consideraciones de *estabilidad y previsibilidad* del orden jurídico que se hallan de por medio conllevan un especial miramiento hacia este tipo de situaciones. A ello se contrae, precisamente, la esencia del principio de confianza legítima⁴⁵⁸. Opera, en estos

⁴⁵⁵ Aun cuando el grueso del desarrollo jurisprudencial en esta materia en Colombia se ha construido sobre la base de la diferenciación clásica entre derechos adquiridos y meras expectativas (*Vid.* la sentencia C-168 de 1995, FJ e), en ocasiones la jurisprudencia constitucional ha empleado de manera indistinta y equivalente las expresiones “meras expectativas” y “expectativas legítimas”. Con ellas se hace alusión a situaciones en las cuales es preciso ofrecer un cierto grado de protección jurídica a pesar de la ausencia de un derecho adquirido o de una posición jurídica consolidada. *Cfr.* la sentencia C-789 de 2002, FJ 3.1. No obstante, dado que de ordinario doctrinal y jurisprudencialmente las meras expectativas se han identificado con la esperanza o la ilusión de consolidar una posición jurídica a partir de simples probabilidades y de la convicción íntima del individuo, y comúnmente se les ha desprovisto de cualquier relevancia jurídica, algunos autores plantean la necesidad de distinguir entre las “meras expectativas” y las “expectativas legítimas”. Ello, con el fin de restringir el objeto de la protección de la confianza legítima a estas últimas y reservar así la referida “irrelevancia” para las primeras. *Vid.* en este sentido, VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Ob. Cit.*, pp. 195 y ss. Desde la óptica del derecho de propiedad, una y otra fórmula resultan equiparables en tanto que posiciones de *no propiedad o no situación jurídica consolidada*. Esto implica que más que poner el acento en qué se protege (“meras expectativas” o “expectativas legítimas”), la cuestión deba pivotar en torno a cuándo se configura una situación merecedora de la protección del principio de la confianza legítima. Al respecto, *vid.* DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 383 y ss. También VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Loc. Cit.*, pp. 174 y ss.

⁴⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002, FJ 3.1.

⁴⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4. *Vid.* también las sentencias C-147 de 1997, FJ 2.1 y C-168 de 1995, FJ g.

⁴⁵⁸ Esto no significa que el objeto amparado por el principio de confianza legítima se limite únicamente a las situaciones de tránsito legislativo -si bien es cierto que éstas constituyen una fracción importante de los casos que se someten a él-. Sea que se trate de relaciones enmarcadas por el cambio de legislación, la variación de una interpretación jurídica o la alteración de una línea de actuación de la Administración, el principio de confianza legítima apuntará siempre a proteger a las expectativas de los ciudadanos “frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas” (Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4). En últimas, su finalidad no es otra que impedir la alteración súbita por parte del Estado de las “reglas de juego” que rigen sus relaciones con los particulares, de no venir ello acompañado de las medidas necesarias para permitir a los afectados ajustar su comportamiento a la nueva situación. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4. También, recientemente, la sentencia C-031 de 2009, FJ 3.6.10.

casos, como mecanismo que busca conciliar los intereses generales que pueden inspirar un tránsito legislativo con los intereses particulares eventualmente afectados por tal determinación⁴⁵⁹. Con esta finalidad impone “la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación”⁴⁶⁰. En consecuencia, obliga al legislador a prever los efectos de su intervención sobre las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas y no consolidadas en vigencia del régimen precedente. Lo anterior, no sólo con el fin de asegurar el respeto a la intangibilidad de las primeras (lo cual, desde la lente de la confianza legítima, resulta relevante apenas en un sentido *lato* y carente de interés práctico⁴⁶¹), sino también –y de manera muy especial- para procurar un tránsito tranquilo o suave hacia la nueva regulación por parte de quienes contaban con la expectativa legítima de permanencia de la legislación anterior⁴⁶².

a) Particularidades de la regulación de los regímenes de transición a la luz de la protección de la confianza legítima.

158. El principio de confianza legítima se traduce, entonces, en este caso, en la obligación de adoptar previsiones o contemplar mecanismos que hagan posible una fácil adecuación al nuevo régimen por parte de quienes, legítima y razonablemente, abrigaban la expectativa que una determinada reglamentación no sería modificada. La tutela de la confianza del ciudadano en la *estabilidad* y *previsibilidad* del medio jurídico -en general- y de las reglas que rigen su relación frente al Estado -en particular-, así lo demanda. Tal es la esencia del principio de confianza legítima⁴⁶³. El legislador se ve así abocado a la previsión de medidas de transición concienzudas, completas, flexibles y efectivas.

159. Lo anterior significa que para su definición deberán tenerse en cuenta, en primer lugar, las particularidades del caso; las cuales deberán ser analizadas con rigor. Sólo su estudio a fondo hace posible definir con certeza el grado de incidencia y los efectos concretos de la reforma sobre las situaciones jurídicas (consolidadas y no consolidadas) creadas en torno al régimen por modificar. Ello ofrecerá el material necesario para construir un régimen de transición completo,

⁴⁵⁹ En sentido análogo, aunque con referencia a una situación fáctica (no jurídica) derivada de la ocupación del espacio público por una vendedora estacionaria, *Vid.* Corte Constitucional, sentencia T-084 de 2000, FJ 4.

⁴⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-314 de 2004, FJ 9.

⁴⁶¹ VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Op. Cit.*, p. 207. Como destaca esta autora, la afectación de todo derecho adquirido es, en últimas, y a la vez, una afectación a la confianza legítima forjada por su titular en que los demás respetarán su derecho conforme a lo dispuesto en la ley. No obstante, se trata de una relación irrelevante en términos prácticos, toda vez que la protección inmediata y directa que el ordenamiento ofrece al derecho hace que la protección derivada de la tutela de dicha relación de confianza devenga superflua.

⁴⁶² Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4.

⁴⁶³ *Idem.*

esto es, que abarque por igual la totalidad de supuestos afectados por el tránsito legislativo. Toda vez que esta situación puede implicar casos disímiles, es preciso que el régimen ideado sea flexible, es decir, adaptable a las circunstancias o necesidades particulares presentes en cada caso. La completez y flexibilidad del régimen son condición indispensable para su efectividad. Sólo una cobertura adecuada de los diferentes supuestos y la previsión de un conjunto de medidas acordes con la posible heterogeneidad de eventos a amparar permite que un régimen de transición cumpla con la finalidad que le es señalada. De lo contrario, de dejar por fuera supuestos de afectados o de introducir medidas uniformes y rígidas, que no consulten la realidad del caso ni las exigencias del principio de igualdad, será incapaz de atender la misión que debe satisfacer. En cumplimiento de esta obligación el legislador podrá prever medidas de diversa índole. Aún cuando resulta válido en oportunidades y sea lo más frecuente, según el caso, como se ha mencionado ya, la realización del principio de confianza legítima exigirá algo más que la sola previsión de un *periodo* de transición; requerirá la articulación de un *régimen* de transición que incorpore medidas de distinta clase. La consideración de plazos diversos para la entrada en vigor de sus normas o de condiciones o mecanismos que permiten su aplicación escalonada o diferenciada, lo mismo que de ayudas para la adaptación a las exigencias fijadas por la nueva reglamentación o a la situación creada por ella, o incluso compensaciones económicas, son ejemplos de este tipo de medidas⁴⁶⁴. También lo son, por supuesto, la previsión de reglas de excepción respecto a la nueva legislación – enderezadas a preservar la situación consolidada *ex ante*- o de medidas excepcionales –como la articulación de una estructura organizativa administrativa específica para sujetar el ejercicio de los derechos previamente consolidados a nuevas reglas (*v. gr.* obligación de informar a la Administración respecto de determinados actos, prohibición de ciertos usos con reserva de autorización, etc.)-.

160. Más que resarcir los perjuicios ocasionado por la “privación” experimentada -la cual, se repite, no tiene lugar en términos del instituto expropiatorio, por recaer este tipo de intervenciones sobre expectativas legítimas (las *condiciones de ejercicio* y no *el derecho en sí*, conforme se ha explicado anteriormente)-, el objetivo de estas medidas es compensar las dificultades ocasionadas como consecuencia del tránsito legislativo⁴⁶⁵. Por esta razón, las eventuales ayudas o compensaciones otorgadas no deben ser vistas como un sucedáneo de la indemnización prevista por el artículo 58 párr. 4 CC respecto de la expropiación, sino como expresión del principio de confianza legítima y de la preocupación del Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 CC) por la realización y vigencia de un orden justo (artículo 2 CC)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Ob. Cit.*, p. 308.

⁴⁶⁵ *Idem*.

⁴⁶⁶ En consecuencia, de llegar a preverse una compensación económica, ella no estaría sujeta a las reglas previstas por el artículo 58 párr. 4 CC en materia de indemnización. De ahí que, por ejemplo, no podría impugnarse la medida en caso de no atender al carácter previo que dicha norma establece respecto del pago de la indemnización por expropiación.

161. La definición de qué tipo de medidas deben ser adoptadas constituye una decisión respecto de la cual el legislador goza de un amplio margen de apreciación. Con todo, como se ha mencionado ya, ello no habilita al legislador para obrar de manera arbitraria y tomar decisiones por fuera de los marcos constitucionalmente señalados. No cualquier determinación legislativa a este respecto satisface las exigencias impuestas por la Constitución. Junto con el respeto a la garantía constitucional del derecho de propiedad (*lato sensu*) y al mandato de ponderación, aquél debe observar los principios de confianza legítima, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad. Ellos constituyen, pues, parámetros adecuados para juzgar las reglas de la aplicación de la nueva ley en el tiempo y de su régimen de transición⁴⁶⁷. En este orden, si bien el legislador goza de una notable discrecionalidad para determinar qué medidas se adaptan, cómo se implementan y cuándo deben hacerse efectivas, la decisión respecto de su previsión (esto es, si debe establecerse o no un régimen de transición) y de a quiénes beneficia resulta menos libre. Ellas deben adoptarse con estricta observancia de las directrices que manan de la garantía constitucional de la propiedad y de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, confianza legítima e igualdad. Juntos conforman un bloque de normas que estrecha los márgenes de apreciación que le corresponden al legislador frente a este tipo de determinaciones. Por esto, la total ausencia de un régimen de transición, lo mismo que su irrazonable configuración, la injustificada exclusión de supuestos que constitucionalmente deberían gozar de cobertura o la introducción de tratos discriminatorios o desproporcionados, pueden comprometer tanto la constitucionalidad de las medidas adoptadas, como de la misma reforma en sí.

162. Si adicionalmente, como consecuencia de un tránsito legislativo -ajustado a la Constitución o contrario a ella- se produce la *ruptura del equilibrio ante las cargas públicas* respecto de algún(os) ciudadano(s) en concreto -supuesto típico de la responsabilidad patrimonial del legislador-, ello deberá ser ventilado ante el contencioso-administrativo y valorado conforme a las reglas que rigen esta clase de responsabilidad estatal. No otra conclusión puede extraerse del análisis tanto de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 CC⁴⁶⁸, como del conjunto de principios que gobiernan la actuación del poder público en un Estado constitucional de Derecho⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ MAURER, H. "Enteignungsbegriff und... *Ob. Cit.*, p. 308. En sentido análogo ha manifestado la Corte Constitucional que "cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y (...), como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad". *Cfr.* La sentencia C-789 de 2002, FJ 3.1.

⁴⁶⁸ **Artículo 90.-** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. // En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

⁴⁶⁹ En este sentido, *vid.* la temprana defensa del instituto de la responsabilidad del legislador efectuada por A. GALLEGO ANABITARTE en el ordenamiento pre-constitucional español en su obra *Derecho General de... Loc. Cit.*, pp. 275 y ss.

b) Dos ejemplos de la aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las exigencias derivadas del principio de protección de la confianza legítima para los regímenes de transición.

163. Los dos ejemplos analizados líneas arriba para examinar la compatibilidad entre el carácter defensivo del derecho de propiedad y el carácter esencialmente reformable del sistema jurídico ofrecen consideraciones igualmente relevantes desde el prisma de la confianza legítima y su nexo con la garantía constitucional de la propiedad⁴⁷⁰. En ellos se puede apreciar la paulatina toma de conciencia sobre la importancia de este asunto. Vale la pena entonces retomar su observación.

164. En el primer caso⁴⁷¹, como se ha comentado ya, el juez constitucional avaló una reforma al régimen de la televisión por virtud del cual se modificó el carácter prorrogable de los contratos de concesión de los espacios de televisión en canales nacionales de operación pública establecido en la normativa anterior. En su lugar, la nueva legislación declaró su condición de improrrogables. Al margen de la decisión adoptada, examinada líneas atrás, interesa señalar aquí que dicho tránsito legislativo, legítimo en tanto que expresión de una necesidad de interés general y respetuoso de la intangibilidad de los derechos adquiridos –tal como se explicó de manera precedente-, se efectuó sin consideración alguna al principio de confianza legítima.

En abierta contradicción con los dictados de este principio, a pesar de afectar situaciones jurídicas subjetivas (consolidadas y no consolidadas) y de modificar una legislación que se esperaba estable -en consideración a la relevancia social y económica del sector y a la cuantía de las inversiones que demanda-, el *legislador sucesivo* ignoró estas circunstancias y prescindió de la introducción de medidas

⁴⁷⁰ La situación analizada en la sentencia de la Corte Constitucional C-043 de 1998, referente a un cambio en la legislación que rige la concesión de licencias para la prestación del servicio de transporte, ofrece también un ejemplo gráfico de esta situación. Sin embargo, en ella la Corte admite solo “en gracia de discusión” la configuración de un derecho amparado por el artículo 58 CC respecto de este tipo de posiciones jurídico-patrimoniales y únicamente en su parte final se pronuncia de forma escueta e incidental sobre la validez constitucional del régimen de transición adoptado por el legislador en el caso concreto (un periodo de transición de 18 meses en el cual los titulares de licencias previamente concedidas debían adaptarse a las exigencias de la nueva legislación). Véase, en la sentencia citada, el FJ 3 *in fine*. De cualquier forma, y tal como de manera acertada es puesto de relieve por la aclaración de voto suscrita por el Magistrado E. CIFUENTES MUÑOZ, al acoger como centrales argumentos fincados más en la doctrina tradicional del Derecho Administrativo –el servicio público y los poderes de la Administración- que en el texto constitucional, esta sentencia representa una oportunidad malograda para ahondar en la definición de los criterios constitucionales que deben regir las intervenciones estatales en el ámbito de la economía y, por contera, en la esfera protegida por la garantía constitucional de la propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC.

⁴⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997.

que permitieran mitigar el impacto de la reforma. Lógicamente esta omisión dio lugar a que quienes impugnaron la medida invocaran entre sus razones el desconocimiento de la confianza legítima. Sin embargo, este argumento fue paladinamente desestimado por el juez constitucional. En una interpretación harto cuestionable, erróneamente se descartó cualquier protección constitucional de la legítima expectativa de la estabilidad del régimen de prórrogas contractuales establecido en la ley anterior que asistía a los a la sazón contratistas, invocada por quienes impugnaban la medida. Puesto que consideró que se trataba de una mera expectativa, que –según la postura mayoritaria de la Corte– ninguna restricción imponía al legislador, el juez constitucional afirmó que nada podía objetarse a dicha reforma desde un punto de vista constitucional. Y, continúa el Tribunal en su argumentación, dado que los hipotéticos afectados se hallaban inmersos en una relación contractual con la Administración, cualquier reclamación por los perjuicios patrimoniales eventualmente ocasionados por la modificación legal efectuada debería ser ventilada ante el contencioso-administrativo⁴⁷².

Con ello, además de asumir una postura que, en la práctica, condena a los particulares a la indefensión frente al legislador en caso de carecer de una posición jurídica consolidada –pues da a entender que se trata acaso exclusivamente de un problema de responsabilidad patrimonial del Estado y, por ende, de la jurisdicción contenciosa, en lugar de una cuestión que atañe a la constitucionalidad de la ley y a su juez natural–, la Corte Constitucional desnaturaliza el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado –pues si bien es cierto que dentro del andamiaje constitucional actual éste representa una garantía patrimonial más de los ciudadanos, también lo es que mal puede pretenderse resolver un problema de inconstitucionalidad congénita de la ley por medio del pago de una indemnización– y, tal como afirman los magistrados disidentes en sus votos particulares, sienta un nefasto precedente, por fortuna no seguido. No de otra forma puede calificarse entender que la guarda de la confianza legítima no constituye un asunto del resorte del juez constitucional. Que ello se dé en el marco de una relación contractual o extracontractual resulta irrelevante frente a una reforma legal repentina y desprovista de los elementos mínimos exigidos por dicho principio.

Ignorar esta situación y pretender reducir la protección jurídica de los particulares afectados por un tránsito legislativo a un proceso de responsabilidad patrimonial es tanto como desconocer los claros fundamentos constitucionales que le sirven de base a este principio⁴⁷³ y minar la supremacía y eficacia de la

⁴⁷² De acuerdo con la argumentación de los afectados, la previsión de la posibilidad de una prórroga les llevó a efectuar cuantiosas inversiones cuya recuperación podría verse frustrada a causa de la decisión del legislador de eliminar la prórroga de sus contratos. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997, *Cfr.* el análisis del cargo formulado contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996.

⁴⁷³ A pesar de tratarse de un principio que no goza de consagración constitucional explícita, los principios de buena fe (artículo 83 CC) y de Estado de Derecho (artículo 1 CC) ofrecen un sólido e incuestionable sustento a la fundamentación constitucional del principio de confianza legítima en

norma constitucional. Equivale, en la práctica, a vaciar a este principio de parte importante su contenido tuitivo de las situaciones jurídicas patrimoniales en las cuales, sin contar con un derecho adquirido, “la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación”⁴⁷⁴. *La ausencia de un derecho adquirido amparado por la garantía constitucional de la propiedad no significa la total ausencia de límites que vinculen al legislador en cumplimiento de sus funciones; tampoco una habilitación para alterar repentinamente y sin consecuencias las condiciones preexistentes que regían un determinado ámbito del tráfico jurídico-privado.* Según la intensidad y el alcance de las reformas introducidas en la regulación precedente, el legislador tendrá la obligación de adoptar un régimen de transición apropiado para que los cambios producidos no afecten en exceso a quienes no consolidaron su derecho⁴⁷⁵ o confiaban fundadamente en la estabilidad del régimen anterior⁴⁷⁶. De lo contrario, como puede apreciarse en el siguiente ejemplo, la constitucionalidad de la reforma puede resultar afectada.

165. El segundo ejemplo procede de la reforma al régimen de la propiedad horizontal y de la disposición que ordena a todos los bienes sujetos a él modificar sus reglamentos internos de conformidad con la nueva legislación dentro del plazo previsto, so pena de entender que transcurrido dicho lapso sin que se efectuaran los correspondientes cambios, se entenderían incorporadas a los reglamentos internos las disposiciones legales⁴⁷⁷. De acuerdo con lo expuesto en esta oportunidad por la Corte Constitucional, entre otras razones esgrimidas para su convalidación –ya comentadas en el apartado A-1.2 b) de este Capítulo–, la previsión de un plazo razonable para la transición fue valorada positivamente y destacada como un argumento a favor de la misma. No obstante, como se evidencia en el texto de esta sentencia, por sí solo este plazo no resultó suficiente para colmar los requerimientos de la garantía constitucional de la propiedad y de la confianza legítima. La razón: el deficiente análisis por parte del legislador de la incidencia de la nueva legislación sobre las posiciones jurídicas consolidadas al amparo de los regímenes precedentes. Por esto, para convalidar la reforma efectuada, con el fin de armonizar los intereses comunes sobre los que se inspiraba la reforma con los intereses particulares de quienes sufrirían una alteración significativa en las condiciones de ejercicio de su derecho, el juez constitucional se vio forzado a efectuar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y a condicionar a ella la constitucionalidad de la norma.

Fruto de esta interpretación, la Corte introdujo la diferencia (no prevista legalmente) entre normas de orden público y normas dispositivas y restringió el mandato de adaptación a la nueva legislación únicamente a los preceptos que ostentan la primera categoría. Con ello el juez constitucional dio valor a la idea

el ordenamiento constitucional colombiano. Cfr. VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Loc. Cit.*, pp. 39 y ss.

⁴⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 14.

⁴⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002, FJ 3.1.

⁴⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 14.

⁴⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002.

que subyace a parte su argumentación según la cual no todas las disposiciones que conforman la nueva ley y modifican los regímenes anteriores encierran, en bloque, una finalidad o consultan por igual intereses “de mayor jerarquía constitucional que la estabilidad de las situaciones individuales”⁴⁷⁸. De ahí que, en armonía con la función social que es inherente al derecho de propiedad y al principio de prevalencia del interés general sobre el particular, pero también de manera acorde con la garantía constitucional del derecho, el mandato de adaptación deba ser predicado únicamente de aquellas previsiones que representan “intereses claros y concretos de mayor jerarquía constitucional”⁴⁷⁹. Sin embargo, por considerar que se trataba de una cuestión que desbordaba el objeto perfilado por los cargos que daban lugar a ese preciso pronunciamiento (principio de congruencia), el juez constitucional se abstuvo de analizar y puntualizar qué disposiciones del texto legal ostentaban tal condición⁴⁸⁰. El resultado: una ley que es válida, pero respecto de la cual no existe claridad sobre cómo debe ser aplicada, a pesar de imponer obligaciones ciertas a sus destinatarios y de la existencia de un plazo perentorio para su completa entrada en vigor (esto es, para la expiración del término previsto en el régimen de transición y para que se produzca la correlativa exigibilidad de tales obligaciones).

Tal grado de inseguridad jurídica constituye una situación que, sin duda, pudo haber sido evitada, de haber efectuado el legislador una valoración exhaustiva de la forma como sus determinaciones afectaban las posiciones jurídicas preexistentes y de tener en cuenta los requerimientos que en este punto eleva el principio de protección de la confianza legítima. Ello le habría permitido anticipar los conflictos entre interés general e intereses particulares identificados por el juez constitucional en su examen, regular de manera adecuada los efectos en el tiempo de sus disposiciones y articular un régimen de transición más acorde a las particularidades del caso. Todo ello, en beneficio de la seguridad jurídica y de la efectividad de los derechos y principios previstos en la Constitución.

166. Como se aprecia en este supuesto, si bien el legislador cuenta con un notable campo de acción para la reforma del ordenamiento y un amplio margen de apreciación acerca del tipo de medidas a adoptar, ello no le exime de atender las exigencias de la garantía constitucional del derecho de propiedad (*lato sensu*) y del principio de protección de la confianza legítima. En ocasiones, la sola previsión de un periodo de transición resulta insuficiente para colmar las exigencias que ésta impone en materia de reformas a la legislación. Ello dependerá, se repite, de las especificidades y peculiaridades que ofrezca cada supuesto en particular.

⁴⁷⁸ Vid. FJ 4.3.2.

⁴⁷⁹ Cfr. FJ 4.3.2.1. En sentido análogo, Cfr. FJ 5 *in fine*.

⁴⁸⁰ Vid. FJ 4.3 *in fine*. Ello, a pesar de haber definido, en el apartado segundo de la parte resolutive de la sentencia, “[d]eclarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Transcurrido el término previsto en el inciso anterior, sin que se hubiesen llevado a cabo las modificaciones señaladas*”, **en el entendido** que esta disposición se aplica exclusivamente a las normas de orden público contenidas en esta ley” (Cursivas y negritas del texto).

2. La propiedad como derecho prestacional.

167. A pesar de su tradicional tipificación como derecho de defensa, la propiedad constituye *también* un derecho prestacional. En contraste con los derechos de la primera especie, que implican una omisión por parte de las autoridades, los derechos de la segunda suponen un deber estatal de actuación. Así, mientras que los primeros conllevan una acción negativa del Estado, estos últimos encierran una acción positiva por parte de los poderes públicos⁴⁸¹. Desde esta óptica, los derechos prestacionales son el revés de los derechos de defensa.

168. No obstante, visto de cerca, las fronteras que *ab initio* separan de forma tajante una y otra categoría, parecen difuminarse. En últimas, unos y otros son derechos fundamentales que implican tanto obligaciones de carácter negativo como de carácter positivo⁴⁸². Varias causas explican esta situación. De una parte, la realidad actual enfrenta al individuo a un entorno donde la garantía de sus derechos supone algo más que la simple prohibición de intervención en cabeza de las autoridades⁴⁸³. Resultaría ingenuo afirmar que en la actualidad solo las actuaciones públicas encarnan una amenaza para la libertad individual. Ello implicaría ignorar el elevado potencial de incidencia de numerosos actores privados en la órbita de los derechos fundamentales. No se trata sólo de que su acecho por parte de poderes no estatales se haya multiplicado a día de hoy; en ocasiones este tipo de interferencias representa la mayor amenaza en su contra. En consecuencia, cada vez con más frecuencia, su garantía no depende ya solamente de la omisión de intervenciones injustificadas por parte de los agentes estatales, sino además de su oportuna actuación. Frente a esta realidad, no hay duda que, como afirma HESSE, “la sola interpretación de los derechos fundamentales como simples de derechos de defensa frente al Estado no brinda solución”⁴⁸⁴.

De otra parte, y estrechamente ligado con lo anterior, la dilatada extensión del arco de prestaciones estatales resulta igualmente determinante de esta situación. El espectro de acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho prestacional resulta tan amplio y abarca un número tan elevado y heterogéneo de supuestos, que comprende tanto el derecho a *prestaciones materiales o fácticas*, como a *prestaciones normativas*. Cubre tanto la provisión por la Administración de prestaciones materiales o dinerarias, como la protección dispensada por el Derecho Penal a bienes jurídicos *iusfundamentales* o el deber estatal de articular

⁴⁸¹ ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, p.391.

⁴⁸² Corte Constitucional, sentencia T-168 de 2009, FJ 7. En sentido análogo, la sentencia T-585 de 2008, FJ 2.1.

⁴⁸³ HESSE, K. “El significado de los... *Ob. Cit.*”, p. 94.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 95.

normas de procedimiento y organización que aseguren la guardia y efectividad de los derechos fundamentales⁴⁸⁵.

La pretendida separación absoluta entre una y otra categoría se desvanece entonces con facilidad frente a una realidad donde las actuaciones positivas del Estado no sólo aparecen por doquier, sino que constituyen además, en buena parte de los casos, **presupuestos para la efectividad de derechos tradicionalmente considerados como de defensa**⁴⁸⁶. En consecuencia, *a pesar de su carácter esencialmente defensivo, la propiedad posee también carácter prestacional*⁴⁸⁷. La efectiva garantía constitucional de la propiedad exige entonces, por ende, algo más que la mera abstención por parte del Estado.

169. En su acepción amplia, los derechos prestacionales se dividen en derechos de protección, derechos a la organización y al procedimiento y en derechos sociales fundamentales (o prestacionales *stricto sensu*)⁴⁸⁸. Sólo las dos primeras especies tienen relación directa con el derecho de propiedad. De su carácter prestacional se desprende *tanto un derecho de protección, como un derecho a la organización y al procedimiento*. De la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC no puede deducirse su carácter de derecho social fundamental.

⁴⁸⁵ *Idem*. Esta formulación encierra una comprensión amplia del término “derecho prestacional”, contrastante con su acepción *stricto sensu*, relacionada con los derechos sociales fundamentales. Cuando en este trabajo se alude al carácter prestacional de la propiedad, será en referencia a la concepción amplia de este tipo de derechos. Sobre los derechos prestacionales en sentido estricto, *Vid.* ALEX Y, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, pp. 443 y ss.

⁴⁸⁶ Más que como categorías inmóviles y unidimensionales, que actúan dentro de compartimentos estancos, la realidad de los derechos fundamentales muestra un carácter poligonal. Ello hace posible apreciarles desde una perspectiva dinámica como provistos de una estructura compleja, que exhibe una pluralidad de frentes no susceptibles de ser subsumidos bajo una misma y única categoría conceptual. Un derecho fundamental puede estar así compuesto por un conjunto de posiciones de diferente clase. Es lo que ALEX Y denomina el derecho fundamental “como un todo”. *Vid.* ALEX Y, R. *Teoría de los... Op. Cit.*, pp. 214 y ss.

⁴⁸⁷ Es también el caso de las libertades cuyo ejercicio se concreta en actividades sometidas a reserva de autorización de la Administración. En ellas se presenta una actividad originariamente libre -como la libertad de empresa en algunos sectores-, pero cuyo ejercicio general ha sido restringido por el Estado. No obstante, se trata de una restricción que puede ser levantada en casos específicos mediante la expedición de la correspondiente autorización de la Administración. Así, a pesar de encontrarnos, en principio, frente a una libertad catalogable de derecho de defensa, la concesión de la autorización por parte de la Administración envuelve una acción positiva por parte del Estado, que le imprimirá un rasgo prestacional a tal derecho. *Cfr.* BOROWSKI, M. *La estructura de los... Ob. Cit.*, pp. 110 y 111. La jurisprudencia constitucional no ha pasado por alto esta circunstancia. Como lo ha manifestado, por ejemplo, en relación con el derecho a la vida, su “garantía constitucional no puede ciertamente satisfacerse con la mera interdicción que recae sobre su eliminación o supresión. El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de *establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general*” (cursivas fuera de texto). *Vid.* Corte Constitucional, sentencia SU-111 de 1997, FJ 12.

⁴⁸⁸ ALEX Y, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, p. 393.

Los derechos sociales fundamentales encierran un derecho del individuo frente al Estado a recibir algo que, de contar con medios materiales y presentar el mercado condiciones óptimas, podría obtener también directamente de los particulares (trabajo, vivienda, seguridad social, salud, educación, etc.)⁴⁸⁹. No obstante, poseen una relación directa con la satisfacción de las necesidades sociales básicas⁴⁹⁰. Como se ha comentado ya, la referida garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC no puede ser interpretada en este sentido. Ella garantiza el derecho *de* propiedad de *los propietarios* –protege *lo adquirido*- y no un hipotético derecho *a* la propiedad de *todos*. Esto último representaría la habilitación para que el conjunto de la población pudiera exigir del Estado la provisión de bienes que hicieran efectivo su derecho *a* la propiedad y los convirtieran en propietarios; lo cual desborda por mucho el alcance y el sentido del derecho consagrado por esta disposición. Tampoco el principio de igualdad ni la cláusula de acceso a la propiedad permiten derivar pretensiones en este sentido. En tanto que principios, desempeñan una importante función directiva y de límite, y más que en términos de todo o nada, su cumplimiento debe darse en la mayor medida en que lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁹¹. La ausencia de un claro nexo entre propiedad y derechos prestacionales *stricto sensu* permite dejar aquí de lado el estudio de la honda problemática de los derechos sociales fundamentales.

170. Con todo, el hecho que dentro del objeto abarcado por la propiedad constitucional se cuenten también posiciones jurídico-patrimoniales de Derecho Público relacionadas con derechos sociales (englobadas bajo el *tipo propiedad subsistencia -v. gr. pensiones, prestaciones de desempleo, ayudas para vivienda y estudio, etc.-*) establece un lazo que no puede ser desconocido. *Después de adquiridos*, estos derechos pasan también a estar cobijados por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Esta conexión confirma tanto la pérdida de vigencia de la visión de la propiedad como un derecho exclusivamente de abstención, como que para asegurar su efectividad también corresponde al Estado ya no sólo efectuar acciones positivas en el sentido genérico antes mencionado, sino además, en ocasiones, realizar prestaciones en el sentido estricto⁴⁹². Con ello el

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 443.

⁴⁹⁰ ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y...* *Ob. Cit.*, pp. 69-70.

⁴⁹¹ ALEXY, R. *Teoría de los...* *Op. Cit.*, pp. 67-68.

⁴⁹² PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie und... *Loc. Cit.*, pp. 44-45. Para este autor, más que contribuir a reforzar la garantía del derecho, el referido ensanchamiento de la cobertura de la propiedad, la relativiza. A su juicio, amparar con la garantía de la propiedad a derechos sociales de este tipo, dada su naturaleza, su proverbial sujeción a la reserva de lo financieramente posible y a la permanente necesidad de ponderación frente a otros intereses igualmente dignos de protección, comporta una aminoración o una relativización de su faceta de pretensión. Ellos, dice, no gozan de la astringencia, ni de la exigibilidad directa que se le otorga a los derechos fundamentales. Ofrecen directrices y metas a realizar al legislador. De ahí que reitero que la sola expectativa de recibir nuevas y mejores prestaciones no pueda ser amparada por el artículo 14 GG. *Cfr. Idem*, pp. 45 y 85.

Estado adquiere ocasionalmente la condición de deudor de prestaciones a cuya conservación se encuentra, entonces, *prima facie*, indefinidamente obligado⁴⁹³.

171. Por constituir la faceta prestacional del derecho de propiedad, procede examinar los derechos de protección y los derechos a la organización y el procedimiento. Su importancia dentro del debate sobre la función que incumbe a los derechos fundamentales en la actualidad es corroborada por el amplio consenso, subrayado por ALEXY, que existe hoy en el Derecho alemán acerca de su reconocimiento⁴⁹⁴. Ello hace posible entender que a los derechos fundamentales es inherente tanto la atribución a su titular del derecho para exigir del Estado su protección frente a terceros (*derechos de protección*), como el derecho a que se implementen las estructuras procedimentales y organizativas necesarias para asegurar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales (*derechos al procedimiento y a la organización*)⁴⁹⁵. A continuación se efectuará una aproximación a cada una de estas vertientes prestacionales del derecho de propiedad.

2.1. La propiedad como derecho de protección.

a) Cuestiones generales.

172. El artículo 2 CC radica en cabeza de las autoridades el *deber de protección* de los derechos constitucionales. Por un lado, su párrafo 1 establece la garantía de la “efectividad de los (...) derechos (...) consagrados en la Constitución” como fin esencial del Estado; por otro, su párrafo 2 refuerza este compromiso al señalar que “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes... y demás derechos y libertades”. De estas proposiciones se deduce con nitidez el referido *deber de protección*⁴⁹⁶.

173. El derecho de protección habilita al individuo para exigir al Estado la protección de su derecho frente a *intervenciones de terceros*⁴⁹⁷. Subjetiviza el referido deber de protección de los derechos fundamentales que constitucionalmente incumbe a las autoridades. En este orden, éstas no sólo se encuentran obligadas a no amenazar con sus actuaciones el ámbito concreto y positivo del titular a quien ampara el derecho fundamental; tienen también la obligación de *asegurar que dicho ámbito no será afectado por otros* sujetos de igual jerarquía que el titular. Los derechos de protección buscan entonces asegurar la efectividad de los derechos fundamentales también en la esfera de las relaciones horizontales que se dan entre particulares. Tanto las *actuaciones materiales* de la

⁴⁹³ La clara e inexcusable obligación que asiste al Estado de atender cumplidamente el pago de de las pensiones resulta ilustrativo a este efecto. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-106, T-308 y T-606 de 1999.

⁴⁹⁴ ALEXY, R. *Tres escritos sobre los... Ob. Cit.*, p. 36.

⁴⁹⁵ *Idem.*

⁴⁹⁶ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-135 de 1994, SNFJ.

⁴⁹⁷ ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, p. 398.

Administración, como la *definición de normas* penales, administrativas o de responsabilidad civil son algunas de las muchas formas de hacer frente al deber de protección que se halla en el otro extremo de esta relación⁴⁹⁸. El reconocimiento de este deber no sólo es consecuencia de la primacía de los derechos inalienables de la persona como principio rector del ordenamiento (artículo 5 CC); es también producto de la obligada constitucionalización del ordenamiento –de *todo* el ordenamiento– que resulta de la adopción de una Constitución *normativa* que –además– incorpora una visión de su texto como *orden fundamental*⁴⁹⁹. En un Estado constitucional de Derecho, el Estado tiene la obligación de encauzar sus actuaciones y configurar el orden jurídico de conformidad con las exigencias de efectividad de los derechos fundamentales.

174. La fuerza vinculante que tienen los preceptos de la Constitución frente a la totalidad de los poderes públicos obliga a su necesaria consideración en el cumplimiento de sus funciones. Ellos deben informar e impregnar tanto sus actuaciones fácticas, como sus decisiones jurídicas. De ahí que el legislador no pueda eludir su observancia. A estos efectos resulta indiferente que se trate del legislador de Derecho Privado o de Derecho Público. Todo tipo de legislación se encuentra igualmente subordinada a los preceptos de la Constitución, de donde se desprende la imposibilidad de reconocer parcelas inmunes a su influjo⁵⁰⁰. También los jueces en su conjunto –con independencia de la jurisdicción a la que se encuentren adscritos– deben aplicar por igual las normas constitucionales. Ni el temor a una hipotética mayor incertidumbre jurídica, ni el riesgo de una pretendida pérdida de “identidad” del ordenamiento jurídico-privado, ni el eventual desplazamiento de los jueces ordinarios por el juez constitucional, pueden servir de pretexto para el desconocimiento de las directivas y los impulsos que desde los derechos fundamentales irradian el conjunto del orden jurídico⁵⁰¹. Éstos también han de ser considerados en el ámbito de las relaciones entre particulares. Asegurar que ello se cumpla debe ser, pues, parte igualmente importante del compromiso estatal con su protección y garantía.

175. Que el Estado tenga el *deber* de poner los derechos fundamentales de las personas a salvo de la intervención negativa de terceros resulta, entonces,

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ Sobre esto, *vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado A del Capítulo Primero de este trabajo.

⁵⁰⁰ Sin duda, como afirma CANARIS, que el Derecho Privado está sujeto al Derecho Constitucional y a los derechos fundamentales es, a día de hoy, algo evidente. La pregunta ha de ser, entonces, en qué medida lo está. El hecho de tratarse de un ámbito en el cual se enfrentan sujetos igualmente portadores de derechos fundamentales introduce un factor diferenciador significativo frente a las regulaciones de Derecho Público. *Cfr.* CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 15 y ss.

⁵⁰¹ HESSE, K. *Derecho constitucional y... Ob. Cit.*, pp. 59 y ss. Para el citado autor, en una invitación a la reflexión sobre las legislaciones pre-constitucionales –ajenas, por lo tanto, a la preocupación por la efectividad de los derechos fundamentales–, esta situación amerita “un desarrollo que tome más en cuenta las particularidades de la realización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas y que resulte por ello idóneo para evitar en buena medida los inconvenientes y los peligros expuestos”. *Cfr. Idem*, p. 62.

ostensible. La pregunta es, pues, si tal deber se traduce en un correlativo *derecho* en cabeza de los titulares de los derechos protegidos para exigir dicha protección o si el mismo constituye un simple mandato que debe permanecer en el plano del *Derecho objetivo*, desde el cual habrá de informar e impulsar las actuaciones de las autoridades. La cuestión es relevante puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos a acciones negativas (derechos de defensa), cuya efectividad se garantiza mediante la prohibición de *todas* las formas posibles de afectación del derecho, los derechos a acciones positivas (derechos prestacionales) encierran, en este punto, una marcada dificultad: su efectividad no supone la orden de realizar *todas* las acciones posibles para asegurar este fin; basta con que se lleve a cabo *una de ellas* si resulta eficaz.

Así, mientras que la guarda de la vertiente defensiva del derecho de propiedad supondrá excluir toda acción estatal que pueda amenazar injustificadamente el disfrute del derecho; la atención del correspondiente derecho de protección implicará escoger entre un amplio repertorio de posibilidades, que va desde la tipificación penal del hurto, pasando por la definición de reglas de vecindad (para el caso de la propiedad inmueble) o la instauración de un sistema de responsabilidad patrimonial, hasta el refuerzo de los controles y las medidas de seguridad en los distintos ámbitos de la vida social y económica, o la realización de planes y programas educativos que promuevan la convivencia en paz y el respeto por los derechos ajenos.

176. En suma, de ordinario envolverá *márgenes de apreciación* y *campos de acción* significativos para quien deba atender este mandato⁵⁰². A él corresponderá elegir entre las diferentes posibilidades aquella que concretará el *deber de protección* constitucional que pesa en sus hombros⁵⁰³. Frente a la eventual idoneidad de varias de las medidas posibles, ninguna de ellas podrá imponerse, en principio, necesaria y automáticamente sobre las demás. Sólo la excepcional existencia de una única medida de protección o promoción hará forzosa su adopción⁵⁰⁴. Al igual que ocurre con el controvertido debate sobre la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, también aquí elementales consideraciones jurídico-políticas, relacionadas con el principio democrático, y técnico-jurídicas, relativas a la habitual textura abierta de la norma constitucional, pueden ser invocadas para enervar que del referido *deber de protección* nazca –sin más– un *derecho subjetivo* judicialmente exigible al cumplimiento del mismo⁵⁰⁵. La forzosa elección

⁵⁰² Dada la habitual amplitud e indeterminación de las cláusulas constitucionales, HESSE condiciona el reconocimiento del derecho de protección al grado de determinación con el que éste pueda ser deducido de las disposiciones constitucionales. *Vid.* HESSE, K. *Grundzüge des...* *Loc. Cit.*, p. 156.

⁵⁰³ ALEXY, R. *Teoría de los...* *Op. Cit.*, p. 409.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 410.

⁵⁰⁵ En este sentido, HESSE, K. *Grundzüge des...* *Loc. Cit.*, pp. 132 y 156. Para ALEXY, quien defiende la correlación deber de protección/derecho de protección, lo esencial, para efectos de determinar la subjetivización de esta relación, es si “desde el punto de vista constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”. *Vid.* ALEXY, R. *Teoría de los...* *Op. Cit.*, p. 414.

entre diversas posibilidades y su correlativa ponderación frente a otras alternativas igualmente viables y adecuadas haría de esta una labor a cuya realización se encuentra llamado, fundamentalmente, el legislador⁵⁰⁶. La intermediación legislativa emerge, en este orden, como prerequisite para la exigibilidad del derecho de protección y se alzaría como argumento en contra de la *subjetivización* del deber objetivo que constitucionalmente pesa sobre las autoridades⁵⁰⁷. Se trataría, desde esta perspectiva, de un derecho (constitucional) "*derivativo*"-y no "*originario*"-; llamado a operar frente a formas *ya articuladas* de atender este deber prestacional, aunque sin observancia plena de las exigencias de la Constitución.

Así, por ejemplo, una deficiente conformación del grupo de personas favorecidas por una medida de protección ya existente podría envolver una afectación del derecho a la igualdad. Un vicio de esta naturaleza conllevaría el surgimiento de una pretensión en cabeza de la persona injustificadamente excluida de la protección ofrecida para exigir su inclusión dentro del referido grupo⁵⁰⁸. El defectuoso cumplimiento del deber de protección estatal daría así forma al referido *derecho de protección*⁵⁰⁹. Puesto que se trata de una construcción general, aplicable al conjunto de los derechos fundamentales, nada impediría que, dadas las circunstancias mencionadas, ésta opere en concreto frente al derecho de propiedad.

177. Con todo, al margen de la compleja e interesante discusión teórica acerca de la configuración del *derecho de protección* –cuya elucidación definitiva desborda por mucho las pretensiones de este escrito–, la hondura de su formulación abstracta no debe impedirnos apreciar dos cuestiones concretas cuya valoración resulta del todo pertinente en este estudio. La primera es el hecho inobjetable que

⁵⁰⁶ HESSE, K. *Grundzüge des... Passim*, p. 156. En este mismo sentido, Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 76.

⁵⁰⁷ Esta posición coincide con la postura expuesta por la Corte Constitucional como principio general respecto de derechos sociales fundamentales como el derecho a la seguridad social. Al respecto ha afirmado el alto Tribunal que “[l]a necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico *no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela* pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado (...) [S]ólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional” (Cursivas del texto). Cfr. Sentencia T-168 de 2009, FJ 9. Una posición semejante es adoptada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la vivienda digna en la sentencia T-585 de 2008, FJ 2.1.

⁵⁰⁸ Así, respecto de los derechos sociales fundamentales, HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 132.

⁵⁰⁹ De manera excepcional, supuestos límites como la afectación del *mínimo existencial* permitiría la derivación directa de la Constitución de un derecho a prestaciones públicas aún en ausencia de una ley que regule las condiciones de su atribución. Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Passim*, pp. 75-76.

desde hace ya mucho tiempo el Estado ha dejado de representar la única o la principal amenaza para los derechos fundamentales del individuo⁵¹⁰; la segunda, el carácter estrictamente normativo del ámbito de protección del derecho de propiedad. Lo primero exige un replanteamiento de la concepción tradicional de los derechos fundamentales; lo segundo, permite apreciar con más claridad en qué medida el derecho de propiedad envuelve siempre un derecho de protección.

b) El replanteamiento de la concepción tradicional de los derechos fundamentales y el correlativo refuerzo de la tutela de la propiedad.

178. La realidad actual impone replantear la concepción tradicional de los derechos fundamentales. La proliferación de agentes no estatales detentadores de un poder de afectación de éstos tan significativo o mayor que el de las autoridades estatales impide seguir viendo en ellos sólo un conjunto de garantías dirigidas a contener la actuación de los poderes públicos⁵¹¹. La honda problemática de los riesgos ocasionados por los continuos avances de la tecnología y la ciencia⁵¹², o la acentuada indefensión que resulta de la consolidación de poderes privados ajenos a los tradicionales controles de Derecho Público (*v. gr.* internet, conglomerados económicos y mediáticos, grupos financieros, etc.), aupada por fenómenos como la globalización, la liberalización de la economía y la privatización de lo público⁵¹³, son la evidencia más clara de esta exigencia. En últimas, como se establece en el artículo 4 párr. 2 CC y remarca

⁵¹⁰ HESSE, K. "El significado de los... *Loc. Cit.*, p. 94.

⁵¹¹ Si bien históricamente los derechos fundamentales fueron concebidos como límites al poder del Estado, la tendencia a apartarse de esta idea y de su correlato acerca de la vinculación exclusiva a ellos de los poderes públicos observada en algunas Constituciones del último cuarto del siglo XX confirma esta afirmación. Así, por ejemplo, el artículo 18.1 de la Constitución de Portugal (1976), prevé expresamente que "[l]os preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas". En esta misma línea, el artículo 86 CC, al definir el régimen de la acción de tutela como especial mecanismo de protección de los derechos fundamentales, dispone en su párrafo 5 que "[l]a ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afectare grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

⁵¹² Sobre esta problemática, desde una interesante perspectiva sociológica, *Vid.* BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006. Desde una perspectiva jurídica, un recuento y valoración de la creciente importancia del concepto de riesgo en el Derecho Público alemán, en WAHL, R. *Herausforderungen und...* *Loc. Cit.*, pp. 70 y ss. En este mismo sentido, véase también el completo análisis de ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 20 y ss.

⁵¹³ Sobre la incidencia de estos temas en el Derecho Público y en su concepción garantista de los derechos, *cfr.* MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson - Civitas, 2004.

el artículo 95 párr. 2, “[t]oda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”⁵¹⁴.

179. Pocos ámbitos permiten apreciar de manera tan gráfica la urgencia de articular y desarrollar la denominada obligación de protección (*Schutzpflicht*) de los derechos fundamentales como el de los daños ocasionados a la propiedad en el contexto de afectaciones al medio ambiente como consecuencia de la realización de actividades riesgosas o contaminantes. En ellos se observa la transición de un esquema centrado en la idea negativa de la defensa de los derechos *frente* al Estado (*Schutz vor dem Staat*), a un modelo más amplio y omnicompreensivo, aunque en cierta forma ambiguo e indeterminado, que ofrece una protección complementaria edificada sobre la idea positiva de protección *por* el Estado (*Schutz durch den Staat*)⁵¹⁵. La significativa afectación a la propiedad inmueble (señaladamente, a causa de la destrucción de los bosques y cultivos) derivada de desastres ambientales como la lluvia ácida, el cambio climático o de accidentes de impacto ecológico como derrames de combustibles o emisiones peligrosas⁵¹⁶, en su mayoría ocasionadas por la acción *legítima* de particulares, obligan a establecer un claro nexo entre la obligación de proteger al derecho de propiedad y el deber de actuación que asiste al Estado en materia de protección del medio ambiente⁵¹⁷. En últimas, las autorizaciones que la Administración imparte a particulares para el desarrollo de actividades riesgosas o la puesta en funcionamiento de instalaciones peligrosas significa, a la vez, para la comunidad, en general, y para determinados propietarios, en particular, la imposición de la obligación de consentir dicha determinación y sus efectos. Puesto que ello no puede significar la abrogación o el desconocimiento de los derechos de estos últimos, es preciso idear vías y articular mecanismos de protección adicionales a los previstos de manera tradicional (*v. gr.* el instituto de la responsabilidad o la regulación de las relaciones de vecindad). Como afirma ISENSEE, bajo la coyuntura actual “[e]l Estado de Derecho tiene que garantizar que bajo una ley general, la propiedad del uno, el potencial agresor, junto a la propiedad del otro, el potencial afectado, puedan coexistir en condiciones de libertad y considerando los intereses ecológicos”⁵¹⁸. *La observancia del deber de protección de la propiedad resulta, pues, imperativa*⁵¹⁹ *y abre paso a la subjetivización de este deber objetivo que pesa sobre las autoridades.*

⁵¹⁴ De otra forma no se explicaría la previsión consignada en el artículo 6 CC según la cual “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”.

⁵¹⁵ ISENSEE, J. “Die Ambivalenz des... *Loc. Cit.*, p. 6.

⁵¹⁶ Una interesante exposición y análisis de las infructuosas reclamaciones elevadas en Alemania por algunos propietarios afectados en sus cultivos por la lluvia ácida, en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus J. “La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 10 de diciembre de 1987)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fascículo IV, 1990, pp. 1215 y ss.

⁵¹⁷ ISENSEE, J. “Die Ambivalenz des... *Loc. Cit.*, p. 6 y ss.

⁵¹⁸ *Idem*, pp. 11-12.

⁵¹⁹ Como podrá apreciarse en el apartado siguiente, las relaciones de los propietarios con corporaciones financieras hipotecarias son otro ámbito en el cual el derecho de protección que les asiste a los primeros está llamado a desempeñar un papel fundamental. *Vid.*, p. ej., las sentencias T-083 de 2003 o T-1034 de 2005 de la Corte Constitucional.

180. Así, frente a la *no adopción* de medidas concretas de protección por parte de las autoridades surge la pregunta acerca de si la pretendida horizontalidad de las relaciones *inter privatos* puede legítimamente representar la neutralización de toda efectividad de los derechos fundamentales. En consideración a los efectos negativos que se desprenderían sobre la eficacia de la norma constitucional de aceptar una respuesta positiva a esta cuestión es preciso defender la postura contraria. Con independencia de la presunta vinculación objetiva originaria de los poderes públicos al *deber de protección* y de su subjetivización apenas derivativa y en principio condicionada a la *interpositio legislatoris*, los notables avances experimentados por la doctrina de los derechos fundamentales en cuanto a su eficacia horizontal (o frente a terceros)⁵²⁰ ofrecen valiosas alternativas de protección en este frente. Ni la total ausencia de medidas legales o administrativas que atiendan el referido deber de protección por parte del Estado, ni su deficiente configuración normativa, ni mucho menos la habitual textura abierta de las normas de la Constitución, pueden suponer la indefensión de los ciudadanos frente a las agresiones procedentes de terceros a sus posiciones *ius fundamentales*. El propio texto constitucional contempla la procedencia excepcional de la acción de tutela⁵²¹ frente a particulares.

Según lo previsto por el artículo 86 párr. 5 CC, resulta procedente recabar de los jueces la especial protección dispuesta para la garantía de los derechos fundamentales frente a las agresiones provenientes de la acción u omisión de las autoridades públicas en casos de afectaciones procedentes de particulares, siempre que se trate de sujetos “encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o

⁵²⁰ El debate abierto por la dogmática alemana de los años cincuenta acerca del efecto frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) allanó el camino a una reflexión sobre el replanteamiento del alcance que tradicionalmente les era concedido, limitado exclusivamente al ámbito de los poderes públicos. A pesar de los años, la discusión aún mantiene su actualidad en el Derecho alemán. Cfr. CANARIS, C-W. *Grundrechte und... Loc. Cit.*, pp. 9-10. De cualquier forma, la controversia surgida hizo posible su expansión a otros ordenamientos. Vid. en el Derecho español los trabajos de DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981; LÓPEZ AGUILAR, Juan F. *Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990; BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales – Boletín Oficial del Estado, 1997; VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004. En el Derecho colombiano, JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁵²¹ La acción de tutela es el instrumento procesal especialmente ideado por el constituyente de 1991 para asegurar la protección de los derechos fundamentales individuales, equivalente al recurso de amparo del Derecho constitucional español.

indefensión”⁵²². La sanción de esta circunstancial vinculación subjetiva de los particulares a los derechos fundamentales encierra la expresa decisión del constituyente de apartarse de la concepción tradicional de éstos, al tiempo que remarca el deber de protección que le incumbe al Estado respecto de su vigencia real y efectiva.

181. De esta forma, al margen de la ausencia de un derecho originario frente al Estado para exigir la adopción de medidas generales y abstractas que den cumplimiento a este deber, la propia Constitución reconoce a los individuos el derecho a acudir a los jueces para exigir *la defensa concreta* de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten injustificadamente amenazados por la actuación de un particular y se den las condiciones previstas por el artículo 86 párr. 5 CC.

c) El derecho de protección del derecho de propiedad.

182. Ahora bien, la situación antes descrita hace surgir la pregunta de qué medidas de protección debe adoptar el juez ante *la ausencia* de algún tipo de previsión al respecto por parte de los órganos democráticamente legitimados para ello. La misión tuitiva de los derechos fundamentales que se predica del Estado debe entenderse también en el marco de la separación de poderes y el respeto a las limitaciones derivadas del principio democrático. Como se ha comentado ya, de ordinario la concreción del deber de protección comportará una elección que ha de estar precedida de una ponderación y del correspondiente proceso de discusión y toma de la decisión, labor más propia de organismos políticos que del aparato jurisdiccional del Estado. De cualquier forma, en el caso particular de la propiedad esta situación puede resultar menos gravosa de lo que puede parecer en abstracto. Su particular naturaleza normativa explica esta condición. Toda vez que se trata de un *derecho acuñado por el Derecho*⁵²³, como afirma ALEXY, “[s]in normas sobre la propiedad, no existe ninguna propiedad en sentido jurídico”⁵²⁴. *Por contra*, sólo existe propiedad allí donde existen normas sobre la propiedad. En consecuencia, si se reconoce un derecho de propiedad es porque éste ya ha sido creado y reconocido como tal por el orden jurídico. Esto permite excluir -o al menos matizar-, en concreto, la hipótesis de una total ausencia de medidas de protección⁵²⁵. Si una norma articuló una determinada

⁵²² Las causales concretas para la procedencia de este recurso contra particulares se encuentran fijadas por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1992, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁵²³ IPSEN, J. *Staatsrecht... Ob. Cit.*, p. 185.

⁵²⁴ ALEXY, R. *Teoría general de los... Ob. Cit.*, p. 431.

⁵²⁵ Naturalmente esto no significa que todos los derechos de propiedad acuñados por el ordenamiento cuenten con regímenes jurídicos idénticamente configurados o dotados de una estructura análoga. Así, algunos podrán ser más o menos específicos y venir respaldados por esquemas de protección especiales y detallados, mientras que otros podrán descansar en estatutos mucho más escuetos o en las reglas generales sobre la propiedad de las cosas o el nacimiento de las obligaciones contenidas en el Código Civil. Con todo, esta particular condición del derecho de

posición jurídica subjetiva como un derecho de propiedad, de inmediato le concedió a su titular un ámbito de defensa que, en principio, deberá ser siempre respetado por las autoridades.

183. No obstante, como se ha comentado ya, los recientes desarrollos de la dogmática de los derechos fundamentales han permitido ensanchar esta esfera más allá del círculo primigenio de los poderes públicos. Para el caso de la propiedad esto significa que el acto de acuñación de una posición jurídica de tipo propietario llevará siempre aparejado el derecho de obtener un *pronunciamiento defensivo* del órgano judicial, *también en supuestos de agresiones procedentes de terceros, al menos en lo atinente al círculo de protección originalmente invocable sólo frente a las autoridades.* En tanto que derecho de defensa, el derecho de propiedad envolverá entonces, en todos los casos, un derecho de protección. Así las cosas, el referido carácter prestacional del derecho de propiedad –del cual se deriva el derecho de protección que ahora se analiza– se traduce en el (¿paradójico?) *reforzamiento de su faceta defensiva*: el aludido ensanchamiento del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales impone a los jueces el correlativo deber de actuación para salvaguardar un ámbito de defensa que ahora abarca, entonces, en ciertos supuestos, las relaciones *inter privatos*. Los supuestos de inaplicación de la ley o de defectuosa configuración del régimen del derecho por parte de las autoridades permiten apreciar la operatividad de esta tutela.

c') El derecho de protección de la propiedad frente a la inaplicación de la ley por las autoridades.

184. La sentencia T-425 de 1995 ilustra gráficamente la dilatación de la órbita de protección del derecho de propiedad como consecuencia de la inaplicación del Derecho objetivo por parte de las autoridades. Aunque por tratarse de un pronunciamiento de tutela la decisión se fundamenta en la protección del derecho a la vida del accionante⁵²⁶, es claro que a los hechos subyace asimismo un conflicto de vecindad y, por ende, de propiedad. La solicitud de amparo es impetrada por el propietario de una estación de gasolina vecina de un local comercial autorizado para el expendio de licores. A pesar de contar únicamente con autorización para el servicio de venta, muchos de los clientes del local ingieren el licor en la parte exterior del establecimiento. Dado que éste carece

propiedad hará que por el sólo hecho de su acuñación jurídica, el titular cuente con un ámbito defensivo inicialmente dirigido a las autoridades públicas pero extensible también, en ciertas circunstancias, a las relaciones horizontales con otros particulares. De este modo, más que una cuestión de *ausencia* de medidas de protección, en el caso de la propiedad los problemas surgirán de una *defectuosa configuración de las medidas de protección* o de su simple *inaplicación*.

⁵²⁶ Como se ha comentado ya, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha estimado que el derecho de propiedad no es susceptible de protección *directa* por esta vía. Ahora bien, como también ha sido mencionado con anterioridad y como se podrá apreciar en este caso, esto no excluye su protección frecuente en sede de tutela, dada su invariable conexión con derechos fundamentales respecto de los cuales sí resulta procedente este especial mecanismo de protección.

tanto de un salón en el que pueda permanecer su clientela, como de instalaciones sanitarias, para ambos fines ésta ocupa parte del área de la estación de servicios. Además de comportar un notorio deterioro de la imagen y del estado de esta última, el habitual consumo de cigarrillos en el lugar ocasiona un alto riesgo de explosión que amenaza los derechos del demandante. La falta de atención de la policía del lugar respecto de esta situación anómala y riesgosa obliga al propietario de la estación de servicios a acudir a la acción de tutela en defensa de sus derechos, gravemente afectados por el proceder negligente y abusivo de su vecino y la permisividad de la Administración.

A juicio de la Corte Constitucional, tal actuación origina tanto un grave riesgo para el interés colectivo⁵²⁷, como una situación de indefensión del accionante, agravada por la inactividad de las autoridades administrativas⁵²⁸. A pesar de tratarse de amenazas provenientes de otro particular, estas circunstancias ameritan el amparo de los derechos del accionante⁵²⁹. Con todo, dado que se trata de una controversia entre titulares de derechos fundamentales, la Corte Constitucional se ve obligada a efectuar una armonización entre los derechos contrapuestos. Así, para conjurar la situación de grave riesgo y resguardar la efectividad de los derechos enfrentados, ordena al demandado restringir su actuación al ámbito para el cual se encuentra autorizado, esto es, la exclusiva distribución de licores, debiendo poner fin a la actividad de consumo en el lugar que se venía desarrollando con su complacencia. De este modo, como puede apreciarse, más que adoptar una medida de protección creada *ex novo*, el juez constitucional simplemente *aplica las reglas ya existentes* que venían siendo desatendidas por la autoridad administrativa y garantiza la efectividad de los derechos amenazados⁵³⁰.

⁵²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995, FJ 17.

⁵²⁸ *Idem*, FJ 18.

⁵²⁹ Un razonamiento semejante puede apreciarse en la sentencia T-357 de 1995, donde la Corte Constitucional debe resolver un conflicto de vecindad originado por el exceso en la producción de ruidos de un establecimiento comercial, que afectaba los derechos de sus vecinos sin que las autoridades se preocuparan por enfrentar el asunto. El juez constitucional también verifica aquí la configuración del supuesto de indefensión y de afectación de un interés colectivo y concede el amparo impetrado.

⁵³⁰ La sentencia T-083 de 2003 ilustra otro caso de vulneración de la propiedad constitucional por inaplicación de la normativa vigente. Esta vez, por parte de una entidad financiera, que en abierto desconocimiento de las reglas que rigen la extinción de las obligaciones por pago, procedió a revocar unilateralmente la liquidación practicada de un crédito hipotecario, a revivir la correlativa obligación ya fenecida y a cobrar al demandante en amparo unas sumas supuestamente impagadas. La sentencia T-135 de 1994 aporta otro claro ejemplo de la subjetivización de la obligación de protección de la propiedad que asiste a las autoridades. En este caso, la problemática dilucidada deriva de la agresión sufrida por un campesino en su predio de manos de terceros; quienes incursionan en él armados y le intimidan para que abandone su propiedad. La falta de una acción oportuna y eficaz por parte de las autoridades da lugar al amparo del derecho de propiedad, en conexidad con los derechos a la vida, al trabajo, a la inviolabilidad del domicilio y a la vivienda digna.

c´) El derecho de protección de la propiedad frente a la defectuosa configuración de su régimen.

185. Ahora bien, la propiedad constitucional no sólo puede resultar afectada por la *inaplicación* de las normas que, directa o indirectamente, integran su régimen; ello puede ser también resultado de la *defectuosa configuración* de estas reglas. El supuesto abordado en la sentencia T-1034 de 2005 es expresivo de esta situación. Frente a la proliferación de prácticas abusivas por parte de las entidades bancarias derivadas de la reliquidación unilateral de créditos hipotecarios y en consideración a la “naturaleza excepcional” de esta clase de servicios financieros derivada de la concurrencia del derecho a la vivienda digna (artículo 51 CC)⁵³¹, la Corte Constitucional se vio, entre otras, en la obligación de fijar los requisitos particulares que debe presentar el consentimiento de un usuario para entender que se pliega a la propuesta de revisión de la liquidación de su crédito formulada por una institución financiera. Si bien se trata de un ámbito contractual, en el que opera el mutuo acuerdo, las particularidades que presenta exigen un especial miramiento en orden a corregir el desequilibrio existente entre las prerrogativas de las entidades financieras y los derechos de los usuarios del crédito de vivienda.

Por esta razón, para el juez constitucional, contrario a lo entendido por un sector de la banca y algunos jueces ordinarios que daban curso a sus demandas, no cualquier tipo de manifestación por parte del deudor puede ser tomada como una aceptación de dicha reliquidación, capaz de modificar una situación jurídica ya consolidada. Debe tratarse de un consentimiento “libre, claro y expreso, y debe constar en un documento que, firmado por ambas partes, refleje sin lugar a equívocos ese deseo del deudor de acogerse a la propuesta hecha por la entidad. No son admisibles los acuerdos implícitos o simplemente deducidos por la entidad, esto es, no basta con que el deudor envíe una carta señalando que no adeuda esa suma de dinero sino otra, o que éste realice un abono a su crédito”⁵³². Tales manifestaciones o actuaciones por parte de un deudor, aclara la Corte, no pueden servir de base a una entidad financiera para concluir que existe mutuo acuerdo entre las partes y proceder a modificar, de manera unilateral, sorpresiva y directa, la situación jurídica consolidada tras la supuesta extinción de la obligación hipotecaria. Ello, se afirma en la sentencia, atenta contra el derecho a la vivienda digna y, por ende, contra esta especial modalidad de la propiedad constitucional. De ahí que ante la generalidad de la ley y la laxitud de los órganos judiciales, el juez constitucional se haya visto en la necesidad de poner de manifiesto tales deficiencias y de procurar corregirlas mediante un pronunciamiento que, *en aras de reforzar la protección del derecho, complementa el régimen legal que le resulta aplicable.*

186. En suma, dadas las particularidades que presenta el derecho de propiedad en la Constitución, nada impide admitir que en tanto que al reconocimiento de

⁵³¹ Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2003, FJ 6.

⁵³² FJ 5.

una posición jurídica de tipo propietario es inherente el derecho de obtener un *pronunciamiento defensivo* del órgano judicial frente a las agresiones provenientes de la acción estatal, éste debe resultar igualmente efectivo en supuestos de atentados procedentes de terceros. El ámbito de protección que le es propio podrá ser extrapolado, en ciertas circunstancias, a la órbita de las relaciones *inter privatos*. Ello resulta evidente en supuestos en los cuales la efectividad del derecho se ve amenazada por conductas que el ordenamiento jurídico rechaza directa o indirectamente, y cuya no verificación es responsabilidad de las autoridades encargadas de asegurar la aplicación de la ley. De este modo, *en tanto que derecho de defensa, el derecho de propiedad envolverá entonces, en todos los casos, también un derecho de protección* derivado de la aplicación de su régimen frente a intervenciones procedentes de particulares. Con ello no se hace nada diferente a hacer efectiva la vinculación a la Constitución y a la ley que de los particulares exige el artículo 4 párr. 2 CC y la responsabilidad que de éstos predica el artículo 6 *idem* en caso de infringir sus mandatos. Con todo, esto no obsta para que en aquellos casos en donde se detecte una *deficiente configuración* del régimen legal de protección del derecho, la plena efectividad de la norma constitucional justifique el ajuste o la especificación por parte de los jueces de determinados aspectos no debidamente ponderados por el legislador.

2.2. La propiedad como derecho a los procedimientos y a la organización.

a) Aspectos previos: la necesidad de replantear tanto la idea de protección de los derechos fundamentales, como la concepción restrictiva de la garantía del debido proceso.

187. El derecho de propiedad envuelve también un derecho a su protección mediante la implementación de estructuras procedimentales y organizativas adecuadas. La idea de protección y garantía de los derechos fundamentales por medio de las nociones de procedimiento y organización constituye una de las fórmulas más destacadas dentro del desarrollo reciente de la dogmática *ius fundamental* del Derecho alemán⁵³³. La consolidación del modelo prestacional de organización estatal lleva aparejada la idea según la cual, en contraste con lo que acontecía en el Estado liberal, los derechos fundamentales ya no se realizan *frente* al Estado, sino *en* el Estado⁵³⁴. La imposibilidad de concebir los derechos

⁵³³ Vid. en este sentido, ALEXY, R. *Teoría de los... Loc. Cit.*, pp. 416 y ss. Ello es también destacado por HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, pp. 160-161 y SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 363.

⁵³⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Op. Cit.*, p. 132. Ello supone entender, como lo hace este autor, siguiendo a HÄBERLE, que el Estado prestacional "es el Estado configurado por la GG que, de manera directa o indirecta, por medio de estructuras de procedimiento y organización, pone a disposición del ciudadano y de los grupos en que se integra prestaciones que, en un sentido amplio, favorecen la realización de los derechos fundamentales". Cfr. HÄBERLE, Peter. "Grundrechte im Leistungsstaat", en *VVDStRL*, No. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, p. 55.

fundamentales únicamente como derechos de defensa conlleva replantear también la posición que frente a su garantía incumbe a este último. Para asegurar su efectividad éste ya no solamente debe abstenerse de intervenir injustificadamente en el ámbito que ellos protegen; debe asimismo *procurar* su efectividad. “El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector”⁵³⁵. En este contexto, como apunta HÄBERLE, el Estado prestacional implica que “cada vez más los derechos fundamentales se convierten en un asunto de organización y procedimiento”⁵³⁶.

188. Los procedimientos cobran así una importancia inusitada, que desborda y trasciende por mucho el estrecho alcance que generalmente les es otorgado en el marco de los derechos al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC⁵³⁷) y de acceso a

⁵³⁵ HESSE, K. “El significado de los... *Passim*, p. 95. Más que un simple cambio de acento o de perspectiva, admitir esta realidad conlleva una transformación de fondo, de profunda incidencia en la forma como se concibe el Estado, su responsabilidad frente a los derechos fundamentales y su relación frente a los particulares. Sus implicaciones para la dogmática jurídico-pública son múltiples y sustanciales. Como es puesto de relieve por SCHMIDT-ASSMANN, es justamente esta transformación la que hace posible hablar hoy no solamente de *prohibición del exceso* en las actuaciones estatales –fórmula propia de la dimensión defensiva de los derechos fundamentales-, sino también de la *prohibición de la omisión o el defecto* –que resulta de la vertiente prestacional y del deber de protección que le incumbe a las autoridades públicas en este nuevo contexto-. La diferencia es, pues, ostensible. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Ob. Cit.*, p. 73.

⁵³⁶ HÄBERLE, P. “Grundrechte im... *Op. Cit.*, p. 52.

⁵³⁷ Toda vez que el artículo 29 CC consagra una serie de garantías jurídico-procesales típicas del ámbito del Derecho sancionatorio, el derecho al debido proceso proclamado por el párrafo 1 de esta disposición como una garantía general ha sido objeto de una lectura prevalentemente *procesalista* que, más preocupada por prevenir los abusos por parte de las autoridades y contener el *ius puniendi* y las potestades públicas –en otras palabras, por *prevenir la afectación* de los derechos fundamentales- que por *realizar y promover su efectividad*, lo ha identificado con el derecho de defensa en sede judicial y administrativa, el derecho a la “recta administración de justicia” o al “proceso justo”, lo mismo que con el *due process* del constitucionalismo americano e incluso, en ocasiones, con la tutela judicial efectiva del derecho constitucional español. Se le ha caracterizado así como la “*garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos*”. (Corte Constitucional, sentencia T-1263 de 2001, SNFJ) Producto de la sistemática en que se encuentra insertado este derecho, se ha acentuado especialmente su carácter formal, relativo a su papel de *garantía procesal*, en detrimento de su rico contenido material, derivado de su condición de instrumento para la *realización positiva* de los derechos fundamentales en los distintos ámbitos donde el individuo interactúa con el Estado. El referido sentido procesal puede observarse, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1993, FJ 4; C-428 de 1994, FJ 5.1; T-280 de 1998, FFJJ 1-2; T-416 de 1998, FFJJ 10-14; C-383 de 2000, FFJJ 3 y 5; T-1263 de 2001, SNFJ; C-1189 de 2005, FFJJ 29-34 (en esta sentencia resulta interesante el énfasis puesto por el Tribunal en destacar cómo el debido proceso constituye una garantía individual que opera de manera *previa* a que se produzca la afectación del derecho); o T-395 de 2009, FFJJ 4-5. Una lectura material de este derecho no es del todo ajena a la jurisprudencia constitucional. *Vid., e. g.*, las sentencias T-083, FJ 9; T-1034, FJ 4 y 1321 de 2005, FJ 4. El texto del artículo 29 CC es el siguiente: **Artículo 29.-** El debido proceso se aplicará en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea

la administración de justicia (artículo 229 CC⁵³⁸), derechos fundamentales típicamente procedimentales. En lugar de centrarse en su aspecto *meramente procesal* y destacar exclusivamente su virtualidad en tanto que instrumentos de *prevención de la vulneración de los derechos fundamentales*, esta perspectiva subraya también el *vínculo sustancial* y el *carácter instrumental* del derecho al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) –y, por ende, del conjunto de los procedimientos legalmente establecidos– con la *promoción y realización positiva de los derechos fundamentales materiales*. El artículo 89 CC, que encomienda al legislador la definición de las acciones, los recursos y los procedimientos necesarios para propugnar por la integridad del orden jurídico y la efectividad de los derechos individuales y colectivos, se enmarca en esta línea y resalta la virtualidad tuitiva de las *estructuras procedimentales* (entendidas en un sentido lato⁵³⁹) en el Estado social de Derecho⁵⁴⁰.

189. Las limitaciones que enfrenta el legislador para efectuar una programación material de las actuaciones de una Administración llamada a intervenir de diferentes maneras en distintos ámbitos de la vida social y efectuar prestaciones de diversa índole conllevan la potenciación de la organización y del procedimiento como recursos de *optimización* de la efectividad de los derechos fundamentales⁵⁴¹. En tanto que hormas del poder y elementos axiales del Estado constitucional de Derecho, la plena validez y efectividad de los derechos fundamentales resulta irrenunciable y constituye un presupuesto igualmente básico del modelo prestacional de organización estatal⁵⁴². La definición de estructuras procedimentales y organizativas adecuadas apunta, justamente, a suplir la menor capacidad de la ley para predeterminar y dirigir las actuaciones de la Administración y a compensar la subsecuente merma en la garantía de los derechos fundamentales que ello comporta. Con una mayor incidencia sobre sus *premisas o presupuestos* se pretende **colmar el déficit directivo** que resulta de la ausencia de una programación material de las decisiones y las actuaciones administrativas⁵⁴³.

190. Procedimiento y organización emergen así como mecanismos aptos para hacer frente a los riesgos que para la libertad y los derechos del individuo envuelve la multiplicación de los cometidos y las tareas estatales al interior del moderno Estado social⁵⁴⁴. Las transformaciones operadas tanto en la concepción

sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁵³⁸ **Artículo 229.-** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

⁵³⁹ Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los... Ob. Cit.*, p. 419.

⁵⁴⁰ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Ob. Cit.*, pp. 129 y ss.

⁵⁴¹ HÄBERLE, P. "Grundrechte im... *Op. Cit.*, pp. 53 y ss.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 55.

⁵⁴³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Ob. Cit.*, p. 135.

⁵⁴⁴ Advierte sobre estos riesgos HESSE, K. "El significado de los... *Loc. Cit.*, p. 95.

y fisiología del Estado, como en su relación con los particulares, demandan un cambio de enfoque en la manera como se valora y gestiona la función de protección y garantía de los derechos a su cargo. De una óptica reactiva, centrada exclusivamente en su protección frente a las típicas afectaciones en su faceta defensiva -una vez éstas se han producido-, la realidad del Estado prestacional sugiere una lógica preventiva y promocional: con el fin de hacer valer estos derechos *antes* de que se produzca su infracción, es preciso ensanchar la idea de protección y atender también a la forma como éstos nacen y a los medios empleados para asegurar su existencia y efectividad una vez han sido reconocidos⁵⁴⁵. Las nociones de procedimiento y organización resultan capitales a estos efectos⁵⁴⁶. Para el caso de los derechos prestacionales *stricto sensu*, en especial las prestaciones de servicios (*v. gr.* salud, atención de discapacitados, guarderías, etc.), la imposibilidad de determinar normativamente su contenido hace del procedimiento y la organización herramientas básicas para su garantía⁵⁴⁷. Para el supuesto de la propiedad privada, su trascendencia radica en la necesidad de someter las incisivas potestades públicas para intervenir en el ámbito del derecho a unos cauces que aseguren su objetivación, racionalización y, en definitiva, su compatibilidad con la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC.

⁵⁴⁵ HÄBERLE, P. "Grundrechte im... *Op. Cit.*, p. 59. Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, ello hace posible una protección *ex ante* de los derechos, cuyo importancia, dice, "resulta equivalente a la que tradicionalmente se ha atribuido a la tutela judicial (normalmente, *a posteriori*) de los derechos fundamentales". *Cfr.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Loc. Cit.*, p. 132.

⁵⁴⁶ El lugar preponderante que ocupan los procedimientos para la garantía de los derechos fundamentales constitucionales no ha escapado a la jurisprudencia constitucional colombiana. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la sentencia C-150 de 2003. Además de sentar una importante doctrina sobre la validez constitucional del modelo de prestación de servicios públicos abierto a la libre competencia y su esquema de regulación por autoridades independientes contenido en la ley 142 de 1993, en este pronunciamiento el juez constitucional reivindica el derecho -no contemplado por el legislador, pero con un claro fundamento en la Constitución- que asiste a los usuarios de contar con información y poder tomar parte en los procesos de decisión y revisión de las fórmulas tarifarias. La efectividad de este derecho, afirma categóricamente la Corte Constitucional, impone como preceptiva la articulación de unas estructuras procedimentales adecuadas para su realización, so pena de incurrir en un manifiesto desconocimiento de las exigencias constitucionales en la materia. Esto le lleva a efectuar una interpretación de la ley conforme a la Constitución que permite salvar su constitucionalidad, pero que condiciona la validez de algunas de las disposiciones impugnadas a la articulación de procedimientos que hagan posible la participación directa y efectiva de los usuarios en los procesos de información, decisión y revisión de las tarifas. *Vid.* Sentencia C-150 de 2003, FFJJ 4.4.2 y 4.5.3 y los puntos noveno y décimo cuarto de la parte resolutive de esta decisión.

⁵⁴⁷ La importancia que en estos casos, especialmente en supuestos de prestación de servicios personales, adquiere la participación e implicación del destinatario de la prestación en la definición de su contenido, acentúa de forma muy especial la trascendencia del procedimiento y la organización para la garantía de estos derechos. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Ob. Cit.*, pp. 139 y ss.

b) La reformulación de las nociones de procedimiento y organización como presupuesto de la optimización de su misión tuitiva de los derechos fundamentales.

191. Naturalmente, lo anterior comporta un concepto tanto de procedimiento como de organización más amplio que el habitualmente empleado por el Derecho Administrativo. Más que a una actuación ordenada con criterios formalistas como fase previa a la adopción de una determinación, se alude a un *marco procedimental*⁵⁴⁸; del mismo modo, antes que a un conjunto de reglas sobre la estructura y las competencias de una organización pública, se hace referencia a un *marco organizativo*⁵⁴⁹. Dada su generalidad, uno y otro se imbrican y se aproximan⁵⁵⁰. Por esta razón, con independencia de la clase de derecho de que se trate (de defensa, prestacional *stricto sensu*, etc.), a todos ellos será inherente **una garantía procedimental** que asegure una protección previa frente a las intervenciones estatales concretas. En tanto procura a sus titulares una oportunidad de defensa eficaz *ex ante* y a los poderes públicos un insumo para una mejor fundamentación y preparación de sus determinaciones, la garantía del procedimiento condiciona *a priori* la toma de decisiones con incidencia en los derechos fundamentales⁵⁵¹. En el ámbito de la propiedad ello es especialmente visible en lo relativo a intervenciones tan radicales como la expropiación o la extinción del dominio: su validez se encuentra en uno y otro evento constitucionalmente condicionada, entre otras, a la observancia de la garantía del procedimiento⁵⁵². Ella también está llamada a desempeñar un papel igualmente importante en la singularización por parte de la Administración de las delimitaciones del contenido del derecho establecidas por el legislador de forma general y abstracta -como ocurre, por ejemplo, con la planificación o la imposición de servidumbres-.

192. Por otra parte, y con independencia de la notoria dependencia actual de los individuos de las prestaciones estatales, procedimiento y organización resultan asimismo elementos claves para la garantía de los derechos fundamentales dentro de las relaciones entre particulares. Las cada vez más frecuentes colisiones de derechos, usualmente resueltas *ex post* en sede judicial, encuentran en ellos una valiosa herramienta de prevención. La creciente importancia de las labores de regulación, ordenación y control de la realidad social a cargo de la

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 140.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, pp. 140-141.

⁵⁵⁰ . En últimas, como es puesto de relieve por BOROWSKI, “[l]o característico de los derechos fundamentales a organización y procedimiento es la idea de procedimiento”. *Cfr.* BOROWSKI, M. *La estructura de los... Op. Cit.*, p. 146. La afinidad entre uno y otro concepto lleva a que ALEXY formule un concepto de procedimiento lo suficientemente abierto para englobar al conjunto de medidas de una y otra especie adoptadas de cara a la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales. De acuerdo con su definición, los procedimientos son “sistemas de reglas y principios para la obtención de un resultado”. *Cfr.* ALEXY, R. *Teoría de los... Ob. Cit.*, p. 419.

⁵⁵¹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 361.

⁵⁵² *Cfr. infra* el apartado B-2 del Capítulo Quinto de este trabajo en lo referente a la expropiación. En lo atinente al instituto de la extinción del dominio, *vid.* el apartado B-3 del Capítulo Sexto de esta investigación.

Administración en la actualidad refuerzan este aspecto. Como se evidencia en ámbitos como el urbanismo, el medio ambiente o en el desarrollo de actividades relacionadas con el riesgo científico y tecnológico (alimentos, medicamentos, biotecnologías, industria química, energía nuclear, etc.), la sujeción de una actividad al régimen de reserva de autorización convierte las relaciones administrativas en *relaciones multipolares*. La complejidad de la sociedad actual enfrenta de manera cotidiana las libertades de unos con los derechos de otros.

Para el caso concreto de la propiedad la contraposición de intereses procede de la misma estructura dual del derecho, que integra en su seno función social e interés privado. En este escenario, las normas de procedimiento y organización emergen, en general, como un medio adecuado para acopiar y ponderar posiciones constitucionales enfrentadas⁵⁵³, y para que estén adecuadamente representados todos los intereses⁵⁵⁴. El procedimiento emerge así como una especie de garantía de acierto, un instrumento de tutela individual y un medio de legitimación de las decisiones públicas⁵⁵⁵. En el supuesto específico de la propiedad esto se traduce no sólo en la oportunidad de encontrar un balance entre los diferentes intereses privados contrapuestos; también en la posibilidad de hacer valer los intereses públicos y armonizarlos con los intereses personales del propietario, aminorando así las probabilidades de una decisión sesgada o de favorecimiento o prevalencia absoluta, rígida, exclusiva y ciega de alguno de los intereses enfrentados sobre el (los) otro(s) por falta de información o de ponderación⁵⁵⁶.

c) El derecho a la protección de la propiedad por medio de estructuras de procedimiento y organización.

193. Las consideraciones precedentes hacen surgir la pregunta acerca de la necesidad de reconocer a los propietarios un *derecho* a la protección de su propiedad por medio de estructuras adecuadas de procedimiento y organización.

⁵⁵³ HESSE, K. "Significado de los... *Op. Cit.*, p. 103.

⁵⁵⁴ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Loc. Cit., Cit.*, p. 362.

⁵⁵⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. Javier Barnés), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 269.

⁵⁵⁶ Tampoco en el supuesto de colisión del interés personal del propietario con el interés general concretado en la función social correspondiente a la forma particular de propiedad implicada en el caso, el enfrentamiento debe resolverse de forma automática y mecánica con el parcial favorecimiento o la afectación exclusiva de una sola de las partes implicadas en el debate. La prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 párr. 1 frase 2 CC) no excluye el deber de ponderar las posiciones y examinar la conformidad de la medida adoptada a las exigencias de los principios de proporcionalidad, igualdad, razonabilidad y confianza legítima. Aun cuando el procedimiento no asegura una decisión correcta, propicia condiciones favorables para arribar a una determinación objetiva, razonable y, por ende, discursivamente más legítima. Así, como afirma ALEXY, "[a]un cuando el procedimiento no garantice la conformidad del resultado con los derechos fundamentales, con él si aumenta la *probabilidad* de obtener un resultado conforme con los derechos fundamentales". *Cfr.* ALEXY, R. *Teoría de los... Passim*, p. 434.

Se trata, a mi juicio, de un interrogante que debe ser resuelto de manera positiva. Como se afirmaba al comenzar este apartado, el derecho de propiedad envuelve también un derecho a su protección mediante la implementación de un mínimo de estructuras procedimentales. Ello supone, una vez más, un deber de actuación en cabeza de las autoridades para garantizar la efectividad del derecho proclamado por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. El debate sobre la discrecionalidad propia de la decisión acerca de cómo puede ser acatado el deber que surge del reconocimiento de este derecho entra nuevamente en escena. Por tratarse de una obligación susceptible de diversas formas de cumplimiento resulta procedente reconocer a su destinatario el *margen de apreciación* y el *campo de acción* correspondientes. Más cuando de la Constitución no parece desprenderse ningún modelo procedimental específico⁵⁵⁷.

194. Ahora bien, a pesar de que también aquí es preciso distinguir entre la ausencia de toda medida de procedimiento y la defectuosa configuración (o inadecuada interpretación) de las reglas existentes, la notable importancia de estos para el funcionamiento del aparato estatal ofrece escasas posibilidades de encontrar un sector jurídico-público totalmente desprovisto de algún tipo de procedimiento aplicable. Esta circunstancia hace de éste un derecho que, en concreto, tendrá altas posibilidades de contar siempre, al menos, con un referente genérico mínimo⁵⁵⁸. Toda vez que el Estado de Derecho ha pretendido desde sus inicios la organización del Estado y la regulación de su actividad “según principios racionales”⁵⁵⁹, y que éste ha encontrado siempre en los procedimientos un valioso apoyo para la cristalización de su compromiso primigenio con la realización de la libertad en todas sus formas⁵⁶⁰, su nexa histórico y ontológico con la definición y la proliferación de procedimientos es indiscutible. El Estado constitucional de Derecho y su promoción del debido proceso al rango de garantía fundamental aplicable “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (artículo 29 párr. 1 CC) actualiza este vínculo y corrobora su instrumentalización al servicio del conjunto de los derechos fundamentales materiales. Son varios los supuestos en los cuales procede invocar esta protección.

c’) La protección en supuestos de inaplicación de los procedimientos existentes.

195. En primer lugar corresponde afirmar el derecho que asiste a todo propietario para acudir a los jueces por medio de cualquiera de los recursos procesales disponibles y exigir el respeto de su derecho a la protección de la propiedad por

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 77.

⁵⁵⁸ En el ámbito jurídico-público, las normas previstas de manera general por el Código Contencioso Administrativo cumplen esta misión. La fuerza integradora de las disposiciones de este estatuto es puesta de relieve por la Corte Constitucional en su sentencia C-252 de 1994, FJ G.1. *Vid.* también, en este sentido, la sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

⁵⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, E. W. “Origen y cambio del... *Ob. Cit.*, p. 20.

⁵⁶⁰ *Idem*, p. 31.

medio de procedimientos legalmente establecidos, *desacatados* en el caso concreto⁵⁶¹. El desconocimiento de las “formas plenas” previstas para la toma de una determinada decisión jurídico-pública será el supuesto típico de violación al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC)⁵⁶². El rango *ius fundamental* conferido por el constituyente a este derecho hace posible incluso el empleo de la acción de tutela como mecanismo de protección del mismo cuando éste resulte afectado por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y su titular no disponga de otro medio de defensa judicial (artículo 86 CC)⁵⁶³.

196. Naturalmente, el carácter *ius fundamental* de este derecho impide entender que su efectividad se limita a contar con un procedimiento legalmente establecido y a exigir su observancia. Ello equivaldría, en la práctica, a reducir la eficacia de este derecho a la simple vigencia del principio de legalidad y a aceptar que aquella podría resultar neutralizada frente a un procedimiento que, a pesar de resultar inadecuado o defectuoso desde el punto de vista de la defensa real y efectiva de los derechos fundamentales materiales, ha sido “debidamente” instaurado. Como se deduce de la sentencia C-150 de 2003 (FFJJ 4.4.2 y 4.5.3), en caso de inconformidad con el grado de protección que se desprende de los procedimientos existentes, los ciudadanos tienen el derecho de hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad (artículos 40.7, 237.2 y 241.5 CC) para exigir de los jueces el control objetivo de las disposiciones que los establecen⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Así, la sentencia de la Corte Constitucional T-475 de 1992, FJ 10. También la sentencia T-078 de 1993, FJ Tercero.

⁵⁶² Corte Constitucional, sentencia C-383 de 2000, FJ 3.

⁵⁶³ Dado el carácter instrumental del derecho al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) frente a la efectividad del conjunto de los derechos fundamentales materiales, la especial protección que el ordenamiento prevé para aquél se extiende a supuestos como el del derecho de propiedad, por sí solo desprovisto del mecanismo extraordinario de amparo que representa la acción de tutela. Entonces, ante la falta de otros medios judiciales de defensa eficaces, el nexo vital que enlaza el derecho del artículo 58 CC con el del artículo 29 CC abriría la posibilidad de buscar el amparo del primero vía acción de tutela.

⁵⁶⁴ En este mismo sentido, afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-383 de 2000, que “en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales (C.P., art. 228), como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229)” (FJ 3). De igual forma, en la sentencia C-346 de 1997, FJ 2.3, el alto Tribunal recuerda que “si bien el legislador goza de libertad para establecer las formas procesales, en el diseño de éstas deben observarse los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad”. Así, por encontrar que “resulta a todas luces irracional y desproporcionada”, considera inconstitucional la exigencia de una mayoría de las dos terceras partes de los votos de los copropietarios de una unidad inmobiliaria cerrada, prevista por la norma impugnada como requisito para que una Asamblea General de Copropietarios pueda controvertir las decisiones de las autoridades de planeación y urbanismo. *Vid. Idem.*

c´) La protección en supuestos de indebida configuración o interpretación de los procedimientos existentes.

197. Adicionalmente, y de manera excepcional, de no contar con otro mecanismo de defensa igualmente eficaz y hallarse ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, los afectados por reglas procedimentales defectuosamente configuradas o indebidamente interpretadas pueden acudir también a la acción de tutela para obtener la protección cautelar de sus derechos amenazados. La *indebida configuración legal o la equivocada interpretación y aplicación* de los mecanismos procedimentales existentes constituyen, pues, un segundo supuesto en el cual se pone de manifiesto la virtualidad tuitiva de la propiedad de los procedimientos.

198. La sentencia de la Corte Constitucional T-051 de 1999 ilustra con un ejemplo gráfico la situación que surge de una interpretación de las reglas procedimentales contraria tanto al derecho de defensa como a la efectividad de los derechos fundamentales materiales que debe amparar el procedimiento. Los hechos son los siguientes: la pretendida infracción al régimen urbanístico por parte del constructor de un edificio dio lugar a que la autoridad competente iniciara un procedimiento sancionatorio, producto del cual se expidió una orden de demolición de la fachada del inmueble, para entonces ya habitado. Frente a esta situación, y ante la negativa de la autoridad urbanística de reconocer su interés para constituirse en parte dentro del procedimiento sancionatorio abierto contra el constructor de su edificio, los propietarios de las diferentes unidades de vivienda no tuvieron otra opción que acudir a la acción de tutela para asegurar el amparo de sus derechos al debido proceso y de propiedad –aunque este último no es directamente invocado, ni amparado, en línea con la comprensión del debido proceso a que se ha venido haciendo alusión, no cabe duda que su protección es, en últimas, la razón de ser de todo el debate surtido-. La negativa de la autoridad se fundamentaba en su interpretación restrictiva de las reglas que regían el procedimiento policivo correspondiente, de acuerdo con la cual sólo podía reconocerse la condición de parte al querellante y al infractor, en este caso, el constructor. Fruto de esta equivocada hermenéutica, el derecho de propiedad de los accionantes resultaba seriamente amenazado. Por esta razón, el juez constitucional reconoce el interés que les asiste en ser parte del procedimiento y ordena suspender provisionalmente la orden de demolición hasta tanto la jurisdicción competente se pronuncie sobre la nulidad del proceso que deben solicitar los afectados por las determinaciones hasta ese momento adoptadas en abierto desconocimiento de sus derechos.

c´´) La protección en supuestos de ausencia de un procedimiento legalmente definido.

199. La *ausencia de un procedimiento legalmente definido* origina una situación diferente. Con todo, tal omisión legislativa no desvirtúa la vinculación subjetiva que pesa sobre el Estado en este frente, ni le excusa de la obligación de protección

correspondiente. Por el contrario, activa la vertiente defensiva del derecho de propiedad y permite cuestionar la legitimidad de las intervenciones efectuadas al margen de esta garantía.

Ello es apreciable, por ejemplo, en la sentencia C-474 de 2005 de la Corte Constitucional. En este pronunciamiento se examina la validez del artículo 128 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (ley 769 de 2002). A partir de la nebulosa habilitación a las autoridades para extinguir el dominio que se desprende del artículo 34 párr. 2 CC⁵⁶⁵ y de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de extinción del dominio por incumplimiento de la función social⁵⁶⁶, esta disposición contenía una autorización para que los organismos de tránsito dispusieran mediante un trámite de subasta pública de los vehículos inmovilizados una vez transcurrido un año desde su inmovilización. A pesar de habilitar a las autoridades una afectación de este tipo en el derecho de propiedad, el citado precepto omitía cualquier consideración de fondo respecto del procedimiento que debía seguirse para someter los vehículos a dicho trámite. El resultado: la manifiesta desprotección del propietario. Únicamente en su parte final la norma en cuestión mencionaba este procedimiento y remitía íntegramente su definición al Ministerio de Transporte.

Adicional a la reiteración del *carácter formal* de la declaración de extinción de dominio⁵⁶⁷, esta decisión pone de relieve el carácter *defensivo* del derecho de propiedad. Así, al tiempo que reivindica la importancia de la regulación de los procedimientos para este tipo de pronunciamientos -esto es, de extinción de dominio en concreto-, el juez constitucional pone de manifiesto la relevancia general de las estructuras procedimentales para la protección del derecho de propiedad, lo mismo que su reacción de oposición o rechazo frente a las

⁵⁶⁵ **Artículo 34.-** Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. // No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

⁵⁶⁶ Toda vez que la introducción de la función social de la propiedad por la reforma constitucional de 1936 hizo de la extinción del dominio por incumplimiento de aquella uno de los pilares fundamentales de su desarrollo legal, esta figura se ha visto desde entonces como una expresión concreta de la función social. Con todo, al margen de esta tradición, la Constitución de 1991 reguló en su artículo 34 párr. 2 esta figura y le introdujo unos perfiles específicos -que serán analizados en detalle *en extenso* en el Capítulo Sexto de este trabajo-. A pesar de esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha entendido que ella “no es específica del artículo 34 de la Constitución ni tiene en él su única fuente, [y] corresponde a una de las concepciones jurídicas de mayor importancia dentro del proceso evolutivo de nuestro Derecho Público” (Sentencia C-066 de 1993, SNFJ). Por esta razón, ha mantenido que “[l]a in explotación del bien o su aprovechamiento irracional y degradante, supone de hecho la violación del principio de la función social de la propiedad y autoriza naturalmente la extinción del dominio del propietario improvidente o abusivo” (Sentencia C-389 de 1994, FJ 3 *in fine*). El resultado: la coexistencia de dos regímenes paralelos de extinción del dominio, uno amparado por el artículo 34 párr. 2 CC, y otro por el artículo 58 párr. 2 CC. Al respecto, *vid. infra* el apartado C del Capítulo Sexto de esta investigación.

⁵⁶⁷ En este sentido pueden verse también, entre otras, las sentencias C-389 de 1994, FJ 4; C-374 de 1997, FJ 2; C-674 de 1999, FFJJ 7-9.

intervenciones que desconocen esta condición. Además de reprochar el palmario desconocimiento de la reserva de ley imperante frente a esta clase de incursiones en los derechos fundamentales, la Corte Constitucional es tajante en censurar el total desentendimiento del legislador respecto del procedimiento a seguir; cuestión que califica de abiertamente contraria a la Constitución tratándose de “una intervención de tal importancia en un derecho de rango constitucional, como es la propiedad privada”⁵⁶⁸. Por esta razón, con el fin de salvaguardar la garantía de la propiedad y el derecho a su protección por medio de procedimientos que le es inherente, la norma examinada es declarada inconstitucional.

c’’) El carácter no absoluto de la garantía de procedimiento del derecho de propiedad.

200. Ahora bien, la vigencia de esta garantía no supone que el derecho a la protección de la propiedad por medio de procedimientos exija que toda afectación a su esfera de protección deba tener lugar en el interior de un procedimiento. Se trata de un derecho no absoluto, susceptible de configuración legal y de ponderación por parte del legislador cuando quiera que concurren valores e intereses relevantes que ameriten una especial consideración. Por ende, el reconocimiento de esta garantía no resulta incompatible con distintas formas de articulación de la protección que de ella se desprende. Esto se podrá apreciar con claridad más adelante, al analizar las distintas formas como el legislador puede configurar legítimamente el procedimiento expropiatorio⁵⁶⁹ o de la extinción del dominio⁵⁷⁰. Implicará siempre, no obstante, un *mínimum* de procedimiento que haga posible tanto la defensa *ex ante* de los intereses del propietario, como el adecuada acopio y valoración de las distintas posiciones enfrentadas en torno al ámbito de protección del derecho.

Así, por ejemplo, no resulta procedente entender que esta garantía resulta incompatible con las servidumbres impuestas por ministerio de la ley. En la sentencia C-216 de 1993 (FJ 3) la Corte Constitucional descartó una interpretación de esta clase. De acuerdo con lo expuesto en este pronunciamiento, donde se examina la constitucionalidad de diversas normas del Código Minero a la sazón vigente (Decreto 2655 de 2988), la función social que vincula a la propiedad habilita al legislador para establecer directamente este tipo de limitaciones al derecho. Con todo, agrega la Corte, ello no puede suponer la total desprotección del propietario del predio sirviente, ni revocar la vigencia del derecho al procedimiento como figura tuitiva del derecho de propiedad.

Tras analizar el conjunto de la regulación de la servidumbre impuesta por el legislador al propietario del predio en el que se encuentran los yacimientos

⁵⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 9.1.

⁵⁶⁹ *Vid. infra* el apartado B-2 del Capítulo Quinto de esta investigación.

⁵⁷⁰ *Cfr. infra* el apartado B-3 del Capítulo Sexto de este trabajo.

minerales a ser explotados por un tercero concesionario del Estado⁵⁷¹, el juez constitucional constata que a pesar de tratarse de servidumbres que manan directamente de la ley, no se vulnera la garantía del procedimiento. Ciertamente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto 2655 de 1988, estas servidumbres conllevan la obligación a cargo del beneficiario de otorgar caución previa y de pagar al dueño o poseedor de los inmuebles afectados las indemnizaciones correspondientes; y prevé además que sin el cumplimiento de este requisito las servidumbres no podrán ser ejercidas. De igual forma, el artículo 179 de este estatuto contempla un deber de información al propietario en cabeza del minero, también previo al ejercicio de las servidumbres.

Pero además, y aquí cifra la Corte el grueso de la protección procedimental al derecho de propiedad limitado por la servidumbre legalmente impuesta, el legislador ha previsto en el artículo 180 *idem* un trámite administrativo por medio del cual habilita al propietario afectado para pedir al Alcalde ordenar al beneficiado prestar caución con el objeto de garantizar el pago de los perjuicios que pudiera llegar a sufrir por causa de las servidumbres. Esta protección se ve complementada por la posibilidad, contemplada adicionalmente por esta misma disposición, que asiste a cualquiera de las partes para pedir al juez civil competente en el lugar de la explotación la revisión de la caución o la tasación de la indemnización fijada por los peritos dentro del trámite administrativo antes mencionado, dentro del mes siguiente a su notificación por la autoridad administrativa. La valoración positiva que de estos procedimientos efectúa el juez constitucional le lleva a ratificar la validez de estas disposiciones y a reiterar, una vez más -aunque quizás no con la suficiente fuerza-, la importancia de los procedimientos como formas de protección de los derechos fundamentales materiales; en este caso, de la propiedad.

B. La dimensión objetiva del derecho de propiedad.

201. En su configuración actual los derechos fundamentales no encierran únicamente derechos subjetivos; son, a la vez, normas objetivas que envuelven tanto principios fundamentales como decisiones axiológicas válidas para todo el ordenamiento⁵⁷². Más que un simple agregado a su tradicional y primaria configuración subjetiva, su visualización en tanto que normas de Derecho objetivo da lugar a una relación de remisión y complemento recíproco entre una

⁵⁷¹ De acuerdo con lo previsto por el artículo 165 del Decreto 2655 de 1988 -una de las normas cuya validez se examina- la exploración y explotación de minas y el beneficio, transformación, fundición, transporte y embarque de minerales gozan de **todas las servidumbres necesarias** para poder cumplir esas etapas técnica y económicamente. Añade que el derecho de servidumbre faculta para la construcción, instalación y conservación de las obras, elementos y equipos que requiera el eficiente ejercicio de aquellas actividades.

⁵⁷² BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre... Loc. Cit.*, p. 95.

y otra dimensión⁵⁷³, que ha de redundar en un fortalecimiento de la eficacia del derecho⁵⁷⁴.

202. Así, al significado de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a las incursiones injustificadas de los poderes públicos, su faceta objetiva añade, primero, su valor en tanto que preceptos negativos de competencia. Más que menoscabar la vertiente subjetiva de los derechos, debe reforzarla: por envolver una restricción general y abstracta de las competencias estatales frente al ámbito protegido por los derechos, su dimensión objetiva opera como límite genérico a las decisiones del legislador, la administración y los jueces⁵⁷⁵. La vinculación de los poderes públicos a este límite es objetiva –o, si se quiere, *no subjetiva*–; es decir, dimana del propio ordenamiento jurídico, no de la eventual invocación por medio de pretensiones individuales elevadas por sus titulares interesados en su defensa particular. De lo que se trata, es de asegurar de manera global la pervivencia y efectividad de los derechos fundamentales, sus valores y contenidos anejos, en tanto que elementos basilares del orden jurídico en sí. Por esto, además de encerrar restricciones competenciales, inspiran mandatos de actuación y deberes de protección para las autoridades, garantizan institutos jurídicos, imponen la implementación de estructuras de procedimiento y organización adecuadas para la salvaguardia y efectividad de los contenidos que garantizan e inciden igualmente en las relaciones jurídicas entre particulares⁵⁷⁶. Con independencia de la insuperable importancia de su vertiente subjetiva, el reconocimiento de la dimensión objetiva amplía los campos de actuación de los derechos fundamentales, realiza su figuración dentro del orden normativo y hace de ellos pautas decisivas para la creación, interpretación y aplicación del Derecho en sus distintos ámbitos. *Supone entender que implícita en su consagración se halla un orden de valores que cohesiona el sistema e impone sus directrices y su sentido tanto en la órbita estatal como fuera de ella; de donde se desprende su validez universal y no neutralidad axiológica en tanto que normas de Derecho objetivo*⁵⁷⁷. En suma, conlleva asumir que los derechos fundamentales rigen igualmente como “principios supremos del ordenamiento en su conjunto”⁵⁷⁸.

203. Al igual que ocurre en España⁵⁷⁹, el carácter objetivo de los derechos fundamentales es también en Colombia una realidad cuyo sustento se encuentra

⁵⁷³ HESSE, K. “Significado de los... *Loc. Cit.*, p. 91.

⁵⁷⁴ Así, como sostiene ALEXY, “[e]l carácter objetivo [de los derechos fundamentales] no puede consistir en que los principios de derecho fundamental, en cuanto principios supremos del sistema jurídico, no tengan nada que ver con posiciones individuales. Esto contradiría la orientación básica de los derechos fundamentales, referida al individuo, y sería incompatible con que el Tribunal Constitucional Federal perciba en el orden objetivo de valores la expresión de un «reforzamiento básico de la fuerza de validez de los derechos fundamentales» y fundamente en él derechos individuales”. *Vid.* ALEXY, R. *Teoría de los... Passim*, pp. 465-466.

⁵⁷⁵ *Idem*, pp. 91-92.

⁵⁷⁶ HESSE, K. “Significado de los... *Loc. Cit.*, pp. 92-93. En sentido análogo, *Vid.* BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre... Op. Cit.*, p. 95.

⁵⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre... Passim*, p. 107.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 95. En sentido análogo, *Cfr.* HESSE, K. “Significado de los... *Op. Cit.*, pp. 92-94.

⁵⁷⁹ Así GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y... Ob. Cit.*, pp. 103 y ss.

en el propio texto constitucional. No otra conclusión puede extraerse de lo dispuesto por el artículo 1 CC; donde, junto con el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, se proclama al *respeto de la dignidad humana* como principios fundantes del ordenamiento jurídico. Consciente del lazo inescindible y directo entre dignidad humana y derechos fundamentales de libertad⁵⁸⁰, y de la solidaridad con el Estado social y su catálogo de derechos sociales, el constituyente estableció en el artículo 5 CC la *primacía incondicionada* de los “derechos inalienables de la persona”⁵⁸¹. La definición de estos principios, al tiempo que representa la reivindicación por la Constitución del papel central que le corresponde al individuo dentro del orden constitucional establecido, destaca también su ser social y la apuesta del constituyente por un constitucionalismo fincado en los derechos. De ahí que la figuración de éstos últimos no pueda limitarse únicamente a la fundamentación de pretensiones individuales⁵⁸². A la luz de este conjunto de normas es clara la opción constitucional por hacer de la promoción y la protección de los derechos fundamentales el camino para la materialización de los cometidos expresados en el Preámbulo acerca de la garantía de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. En este sentido, no cabe duda que el orden político, económico y social justo al que se alude en el Preámbulo como fin constitucional no puede más que significar *también* la urgencia de construir un

⁵⁸⁰ HESSE, K. “Significado de los... *Passim*, p. 89.

⁵⁸¹ A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales como el alemán o español, donde expresamente se encuentra prevista la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (artículos 1.3 GG y 53.1 CE respectivamente), la Constitución colombiana carece de un enunciado de este tipo. Ello no significa, desde luego, que éstos se encuentren desprovistos de efectividad directa. Lo dispuesto por el artículo 4 sobre el carácter normativo de la Carta (“[l]a Constitución es norma de normas”) y por el artículo 5 sobre el reconocimiento por parte del Estado, “sin discriminación alguna, [de] la primacía de los derechos inalienables de la persona”, suple esta ausencia y garantiza su plena eficacia frente al conjunto de la organización estatal.

⁵⁸² La extraordinaria significación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es fiel aunque trágicamente retratada por el juez constitucional en la sentencia T-576 de 2008, FJ 6. En este pronunciamiento la Corte Constitucional se ocupa de una lamentable sucesión de omisiones, indolencia y malas prácticas médicas, que desembocan en la muerte de un menor de 1 año enfermo; cuya madre ve en la acción de tutela el único recurso efectivo para conseguir una adecuada atención sanitaria para él. Por desgracia, el niño muere antes de que se pronuncie la sentencia de primera instancia. Esta circunstancia lleva al juez de conocimiento a denegar el amparo por considerar que dada la naturaleza eminentemente subjetiva del proceso de tutela, la desaparición del titular de los derechos cuya protección se invoca comporta la pérdida del objeto del mismo. Frente a esta situación, que le enfrenta a un proceso carente de objeto y, simultáneamente, a la flagrante vulneración de múltiples derechos fundamentales, la Corte considera procedente revocar la decisión del *a quo*. Aún cuando la fatal realidad del proceso le impide proteger la dimensión subjetiva de los derechos desconocidos, el juez constitucional juzga procedente pronunciarse ante “la necesidad de amparar su dimensión objetiva y, de esta manera, contribuir a realzar la trascendencia que tienen los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano –en especial los derechos fundamentales de los niños y de las niñas- y las obligaciones que respecto de la garantía de protección de estos derechos radican en cabeza de las autoridades estatales tanto como de los particulares, especialmente cuando éstos últimos se encuentran comprometidos con la prestación de servicios públicos –verbigracia, educación y salud-”. (FJ 6)

ordenamiento jurídico que responda a tales exigencias y se muestre acorde con dicha finalidad.

204. La necesidad de trascender su vertiente subjetiva, de asegurar la permanencia y omnipresencia de los derechos fundamentales en tanto que catalizadores de la acción estatal, transformadores de realidad pública y social y seña de identidad al Estado constitucional de Derecho, impone el reconocimiento de su carácter jurídico-objetivo. Sólo la simultánea configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y valores y principios superiores del ordenamiento permite que el orden acuñado mediante la incorporación de la carta de derechos sea realizable también fuera de los supuestos de afectación concreta de posiciones individuales específicas. Le dota, pues, de una base abstracta, universal y perdurable, capaz de garantizar el *plus* de efectividad que requiere la cabal realización del programa material contenido en la Constitución y la irrigación de sus impulsos al entero sistema normativo que se funda a partir su instauración.

205. Esta doctrina general resulta igualmente predicable del derecho de propiedad en particular. Antes de entrar a examinar en concreto las consecuencias del carácter objetivo del derecho de propiedad ya genéricamente mencionadas, se efectuará una aproximación global a las implicaciones de la caracterización de la propiedad como norma de Derecho objetivo.

1. La propiedad como norma de Derecho objetivo.

206. En su condición de derecho fundamental, el derecho de propiedad posee también un carácter objetivo que debe ser reconocido. Por expresa decisión del constituyente, la propiedad no sólo representa uno de los resortes concedidos a los individuos para asegurar su libertad y autonomía en la órbita jurídico-patrimonial, o garantizar y promover su activa participación en la vida económica y social; **es asimismo uno de los elementos axiales y definitorios del ordenamiento jurídico-constitucional en su conjunto.** Sus efectos se proyectan sobre la totalidad del sistema normativo, respecto del cual opera como un principio supremo. Por resultar expresiva de una decisión fundamental incardinada dentro de la constelación de valores envuelta en la Constitución, la propiedad exige ser respetada en los distintos ámbitos del Derecho, aún en ausencia de pretensiones subjetivas concretas que invoquen su protección. Producto de esta realidad se desprende una no despreciable restricción a la libertad de configuración legislativa en materia económica. Si bien es cierto que de la amplitud de las cláusulas constitucionales en este campo se deriva una habilitación abierta para la definición del modelo económico, también lo es que esta consagración sustrae a la propiedad -al menos en lo que concierne a su existencia- del ámbito de lo legislativamente opinable, impone su reconocimiento

invariable y grava al legislador con el deber de emprender acciones enderezadas a su protección, conservación y efectividad⁵⁸³.

207. De este modo, la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC no sólo significa que las posiciones jurídicas subjetivas concretas que caen bajo su órbita de cobertura no pueden ser obstaculizadas ni afectadas en su disfrute, ni eliminadas por la acción de las autoridades (*faceta defensiva*), y que éstas se encuentran asimismo obligadas a adoptar las medidas específicas de protección y de organización y procedimiento que corresponda para afirmar su efectividad (*faceta prestacional*). Ello resulta capital para asegurar la eficacia de la dimensión subjetiva del derecho; pero del reconocimiento de su dimensión objetiva se desprende igualmente la objetivación de esta garantía. Por esta razón, implica también la obligación de preservar la propiedad en tanto que elemento inderogable del ordenamiento jurídico en general, de conformidad con la visión que de ella contiene el orden constitucional en particular, por un lado, y de

⁵⁸³ La connotada influencia que ejerce la dimensión objetiva de la propiedad sobre las decisiones legislativas se hace patente, por ejemplo, en el fallo C-383 de 1999 de la Corte Constitucional, proferido en medio de la crisis hipotecaria que se presentó en Colombia a finales de los años 90. Aunque esta decisión hace referencia expresamente al derecho a la vivienda digna (artículo 51 CC), el acento que pone el juez constitucional en la garantía del acceso y la conservación de la propiedad de una vivienda permite conectar la argumentación con la dimensión objetiva del derecho de propiedad. En esta decisión se enjuició la legitimidad de la habilitación legal al Banco Central para que éste definiera la metodología de cálculo de la UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) -fórmula sobre la cual se erigió el sistema de financiación de vivienda desde los años 70-, "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía" (artículo 16 f) de la Ley 31 de 1992). A juicio de quien impugnaba esta disposición, incluir como factor de actualización del valor de la deuda la variación de las tasas de interés en la economía supone introducir dentro de la obligación del comprador de vivienda elementos ajenos al precio del inmueble y origina una situación que no sólo desborda las exigencias de la equidad, sino que resulta, en últimas, contraria al derecho consagrado por el artículo 51 CC. Para la Corte Constitucional la previsión de un mecanismo de actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, una de las finalidades que justificaban la existencia del sistema UPAC, no vulnera por sí misma la Constitución. Sin embargo, comparte el argumento de la ruptura del equilibrio entre el monto inicial de la obligación y las cuotas finales a pagar en consideración a las frecuentes fluctuaciones del mercado financiero. Según se afirma en la sentencia, "[s]emejante sistema para la financiación de vivienda, no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios". *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-383 de 1999, FJ 4.8. En estricta aplicación de la dimensión objetiva del derecho a la vivienda, y por conexión, del derecho de propiedad, el juez constitucional declaró la inconstitucionalidad del apartado normativo impugnado y obligó a la definición de un nuevo sistema de financiación de vivienda acorde con las exigencias normativas de la Constitución en este punto. Este mismo razonamiento llevó a que más adelante la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-747 de 1999, declarase la inconstitucionalidad parcial de un apartado del artículo 121 del Decreto 663 de 1993, por medio del cual se autorizaba la capitalización de intereses en operaciones de largo plazo, declaración expresamente circunscrita por la Corte al ámbito específico de los créditos de financiación de vivienda a largo plazo.

adoptar las medidas pertinentes para que ella funcione en la práctica y pueda cumplir la misión que le ha sido encomendada, por otro. Esto resulta especialmente relevante dada la peculiar conformación de este derecho en el orden constitucional, que ve en él tanto un ámbito conferido al individuo, como un instrumento de transformación social. Sobre este punto se volverá en detalle más adelante. Interesa ahora subrayar que más que restar protagonismo o rivalizar con su vertiente subjetiva, el reconocimiento del carácter jurídico-objetivo de la propiedad debe significar, justamente, *su reforzamiento*⁵⁸⁴. Al definir los regímenes concretos de este derecho, la condición de principio estructural del ordenamiento que asiste a la propiedad limita la discrecionalidad política del legislador y sus posibilidades de conformación del sistema normativo, no sólo para asegurar su permanencia como elemento objetivo del ordenamiento, sino también la mejor realización y mayor efectividad del derecho en su vertiente subjetiva. Las *funciones de guía y límite* que son predicadas en general de los principios, pasan de este modo a ser predicables del derecho de propiedad en cuanto norma objetiva.

208. Ahora bien, aunque de su carácter jurídico-objetivo se desprendan normas de competencia negativas enderezadas a preservar la figuración y eficacia del derecho frente a la ley, las particularidades de su ámbito de protección -de configuración legal- y la necesidad de adoptar medidas que aseguren su efectividad hacen inexcusable la intervención del legislador. Es en esta intervención donde el carácter de norma objetiva del derecho de propiedad cobra buena parte de su sentido. Las directrices e impulsos que dimanen de la dimensión objetiva del derecho deben constituir el referente primario de esta labor de configuración. Se establece así una particular relación de determinación y dependencia recíproca entre el contenido jurídico-objetivo del derecho y la ley. Antes de explorar esta relación es preciso detenerse a considerar la singular y vital conexión instrumental que existe entre el *derecho de propiedad* y el *instituto jurídico propiedad*. Amparado como se encuentra este último por aquella, resulta procedente esclarecer algunos aspectos conceptuales básicos de la relación existente entre una y otra figura, tales como la natural prevalencia del derecho sobre el instituto y el indispensable deslinde conceptual de estos dos niveles de figuración de la propiedad en el ordenamiento constitucional, habitualmente objeto de un trato incierto y en ocasiones confuso.

⁵⁸⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. "Derecho de propiedad privada", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional* (Coord. Manuel Aragón Reyes), Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 208. Por esto, como subraya este autor, dimensión objetiva y dimensión subjetiva no deben ser contrapuestas, ni empleadas una en contra de la otra. Tal es la postura que, en opinión de este autor, asume el Tribunal Constitucional español en detrimento de la vertiente subjetiva del derecho. De ahí que se muestre crítico con esta práctica y abogue por una armonización de ambas vertientes que favorezca la efectividad del derecho. *Vid. Idem.*

1.1. La propiedad como derecho y la propiedad como institución.

209. En su condición de derecho la propiedad se haya instrumentalmente vinculada a una institución jurídica -del mismo nombre- que le sirve de sustrato. Sin el instituto jurídico propiedad no habría derecho de propiedad posible⁵⁸⁵. Por esto, reconocer su carácter jurídico-objetivo supone reconocer, igualmente, la institución jurídica a la que se encuentra inescindiblemente ligada en tanto que presupuesto para su efectividad como derecho. Su reconocimiento y desarrollo constituye, pues, un imperativo constitucional. La realidad multiforme y vasta cobertura de los derechos fundamentales en el texto constitucional lleva a que ésta sea una situación particular del derecho de propiedad. Ella no se presenta, por ejemplo, en supuestos como el de la vida, la integridad personal o las libertades (de acción, de pensamiento, de locomoción, religiosa, etc.); que envuelven, *ab initio*, posibilidades de actuación independientes de la configuración previa de una institución u organización específica. La propiedad presenta, en este sentido, un cierto y particular *carácter institucional*⁵⁸⁶.

210. Con todo, ello no puede ser motivo para la confusión o malinterpretación de los distintos planos en los que interacciona este derecho. La propiedad es, ante todo, un *derecho fundamental*. Así lo dispone el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Como tal presenta un *doble carácter: subjetivo y objetivo*. Adicionalmente, dado su *carácter institucional*, la garantía del derecho de propiedad comportará de manera inexorable el reconocimiento de la *institución jurídica* propiedad. De ahí que, como afirma la Corte Constitucional, la Constitución “reconoce la propiedad privada en su doble dimensión de institución propia de nuestro ordenamiento constitucional y como derecho individual objeto de amparo”⁵⁸⁷. Como institución le corresponde enfrentar el problema de la asignación de los recursos en la sociedad. Como derecho, asegurar la vigencia de un espacio en el ámbito jurídico-patrimonial que permita la libre y responsable autoconfiguración de la existencia individual, al tiempo que la efectiva realización de los intereses de la

⁵⁸⁵ Ocurre con la propiedad lo mismo que con otros derechos fundamentales a los cuales resulta inherente la garantía de ciertas instituciones u organizaciones. Es el caso de la libertad de cátedra e investigación (artículo 27 CC) y su nexos con la institución universitaria, el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229 CC) y su lazo inescindible con el aparato jurisdiccional y un conjunto de procedimientos adecuados para hacer efectivo su ejercicio, o la libertad económica (artículo 333 CC) y su conexión lógica con el mercado. Naturalmente es ésta una situación que se presenta por igual en otros ordenamientos como el español. *Cfr.* BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *REDC*, No. 24, 1988, pp. 160-161. En el Derecho alemán, debido a la tradicional importancia que tiene allí la figura de las *garantías institucionales*, este vínculo ha marcado profundamente el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho de propiedad desde tiempos de la Constitución de Weimar. *Vid.* PAPIER, H. J. “Eigentums garantie... *Loc. Cit.*”, pp. 29 y ss.

⁵⁸⁶ También le asigna esta condición a la propiedad BAÑO LEÓN, J. M. “La distinción entre... *Op. Cit.*”, p. 164. Aunque en principio este autor le atribuye un sentido semejante al que aquí se utiliza, derivado del lazo inescindible del derecho con la referida institución, la excesiva importancia que le concede a esta última -de la que, dice, debe predicarse la garantía del contenido esencial- acaba por imprimirle un sentido que estimo muy diferente al que se emplea en este trabajo.

⁵⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2004, FJ 4.

colectividad que puedan confluír sobre dicho ámbito. Por esto, como se ha mencionado ya, en tanto que institución central del sistema económico, la propiedad busca definir de manera ordenada reglas sobre quién accede a qué recursos, bajo qué condiciones, con qué finalidad, en qué momento y por cuánto tiempo. En cuanto derecho, en cambio, dada su doble estructura, le corresponde asegurar tanto la libertad y autonomía individual, como su instrumentalización a los fines sociales y económicos del Estado social y democrático de Derecho.

211. Esta doble figuración de la propiedad en el orden constitucional en tanto que institución y en tanto derecho impone efectuar algunas precisiones sobre su interacción recíproca: la primera, que lo establecido por el artículo 5 CC acerca de la primacía de los derechos de la persona como clave hermenéutica fundamental del ordenamiento nacional impone *la prevalencia del derecho sobre la institución*. Esto quiere decir que, en el ordenamiento jurídico colombiano, más que una abstracción conceptual metahistórica y metajurídica, **la institución jurídica propiedad debe consultar la realidad presente de la configuración del derecho en la Carta.**

212. Esta constatación nos conduce a una segunda observación: con excepción de lo previsto en el párr. 3 sobre la obligación estatal de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad –precepto de claro contenido programático–, el artículo 58 CC en sus demás apartados se ocupa, primariamente, de regular la propiedad como derecho, no como institución. En ellos se encuentra la médula del régimen jurídico de este derecho en la Constitución. La ya referida primacía del primero sobre la segunda impone que las reglas que rigen la conformación del instituto deban ser inferidas de la regulación constitucional del derecho, esto es, de *toda* la regulación constitucional del derecho. Esta precisión resulta importante por cuanto permite excluir interpretaciones que, a partir de la diferenciación entre una y otra condición, pretendan escindir el contenido normativo del artículo 58 CC entre “lo institucional” y “lo *ius fundamental*”⁵⁸⁸. Ello, con el fin de dar sustento a interpretaciones parciales o acomodaticias, conforme a las cuales se afirme, por ejemplo, que la función social prevista por el párr. 2 del artículo 58 CC debe predicarse *de la institución y no del derecho*⁵⁸⁹ o

⁵⁸⁸ Es el caso, por ejemplo, en Derecho español, de A. LÓPEZ Y LÓPEZ. Para este autor, la formulación del artículo 33 en sus apartados 1 y 2 CE pone en evidencia que se hace referencia al fenómeno dominical desde perspectivas distintas. La primera de estas proposiciones, dice, contendría la garantía de la propiedad *como institución* jurídica, asegurando la vigencia objetiva de un ámbito de apropiación privada de los bienes económicos; la segunda, en cambio, asumiría una perspectiva *subjetiva* y contendría, por ende, la regulación del ejercicio del derecho de propiedad. Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, p. 56. Se fracciona así el régimen general del derecho a partir de distinciones que, si bien pueden parecer razonables, rompen la unidad de la norma constitucional para introducir reglas de interpretación no deducibles de la literalidad ni del sentido de la disposición. Se trata, a mi juicio, de un proceder cuestionable, toda vez que impide, en últimas, la aprehensión global y fiel de la imagen del derecho acuñada por la Constitución.

⁵⁸⁹ Así, por ejemplo, en el Derecho español, JIMENEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 68.

viceversa⁵⁹⁰. Se trata, por supuesto, de lecturas que no son de recibo por resultar contrarias al principio de unidad constitucional que debe presidir cualquier ejercicio hermenéutico de esta clase⁵⁹¹. El artículo 58 CC perfila, pues, el régimen general de la propiedad privada en cuanto derecho. La adecuada reconstrucción de la imagen del derecho de propiedad en la Constitución –y, por ende, del régimen de la institución que le es inherente– exige aprehender la figura en toda la complejidad impuesta por el conjunto indiviso de su regulación constitucional específica, primero, y su puesta en relación con el sistema normativo en el que se encuentra insertada, después; proceso que resultaría seriamente dificultado por la comprensión fraccionada de su régimen constitucional.

213. Una tercera observación tiene que ver con la relación de la institución con las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho, y con el conjunto de garantías con que el ordenamiento ampara su vigencia. Bajo el estado actual de desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales, la garantía de la institución se encuentra comprendida o englobada por la dimensión objetiva del derecho. Como se mencionó líneas atrás, además de encerrar restricciones competenciales, la dimensión objetiva del derecho fundamental inspira mandatos de actuación y deberes de protección para las autoridades, *garantiza institutos jurídicos*, impone la implementación de estructuras de procedimiento y organización adecuadas para la salvaguardia y efectividad de los contenidos que se asegura e incide igualmente en las relaciones jurídicas entre particulares⁵⁹². De ahí que en el caso específico de la propiedad, *dada su condición de derecho fundamental* –provisto, pues, de una dimensión objetiva–, no sea preciso ni conveniente, en orden a preservar la institución –mucho menos para asegurar la vigencia del derecho–,

⁵⁹⁰ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien con base en un razonamiento que parte de la misma comprensión fraccionada del régimen jurídico del derecho de propiedad entre lo institucional y lo *ius fundamental*, se opone a que la función social se predique de la propiedad como institución. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Algunas reflexiones sobre el... *Passim*, p. 1267. En el texto constitucional colombiano la redacción del artículo 58 párr. 2 bien ofrece cabida a lecturas de este tipo. De acuerdo con lo establecido en esta disposición: “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. Su palmaria indeterminación abre un amplísimo arco de interpretaciones.

⁵⁹¹ Aun cuando a primera vista este pueda parecer un debate en extremo teórico, no lo es habida cuenta de las implicaciones prácticas de una comprensión fraccionada de la norma constitucional. Su consideración no sólo resulta capital para el propósito específico perseguido por esta investigación en punto al esclarecimiento específico del régimen constitucional del derecho de propiedad; envuelve también un aspecto central para la adecuada comprensión del régimen constitucional de los derechos subjetivos en general, tanto como de los derechos económicos en particular al interior del Estado social. De un lado, permite excluir posturas contrarias a una lectura integral del artículo 58 CC y, por ello, no aptas para realizar una reconstrucción fidedigna de la imagen del derecho de propiedad en la Constitución; de otro, y desde un punto de vista metodológico, la defensa de una aproximación fiel a las particularidades de la norma constitucional permite avanzar en la superación del modelo tradicional de derecho subjetivo heredado del Estado liberal de Derecho; por último, y en armonía con lo anterior, esta aproximación hace también posible fijar una pauta razonable de interpretación de los derechos individuales de contenido económico en el Estado social, provistos como se encuentran de una irreductible vinculación social.

⁵⁹² HESSE, K. “Significado de los... *Loc. Cit.*, pp. 92-93. En sentido análogo, *Vid.* BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre... Op. Cit.*, p. 95.

apelar a fórmulas de Derecho comparado como la *garantía del instituto alemán*⁵⁹³. Ello puede únicamente resultar en una innecesaria y perniciosa inflación conceptual, cuyo aporte principal no sería más que añadir más complejidad a una temática de suyo intrincada, además de en la introducción de una no justificada y polémica restricción adicional a la potestad legislativa de configuración del derecho. Además, y puesto que la dimensión objetiva no se agota en la garantía del instituto, una y otra no puedan ser intercambiadas ni equivocadas⁵⁹⁴.

214. Tampoco puede confundirse el derecho con la institución, ni pretender aplicarse a esta última las garantías propias del primero (*v. gr.* el contenido

⁵⁹³ Tal es, en esencia, el planteamiento fundamental que defiende GALLEGO ANABITARTE en su obra *Derechos fundamentales y... Loc. Cit.*, pp. 83 y ss. Por esta razón, para este autor, la técnica de la garantía institucional debe reservarse para aquellas instituciones y principios que se encuentran garantizados por la Constitución y que no constituyen derechos fundamentales. *Vid. Idem.* En la parte final de su estudio, este autor alude concretamente al caso de la propiedad, ratificando su conclusión. *Cfr. Idem*, pp. 246-247. Este razonamiento es compartido, para el caso específico del derecho de propiedad en el ordenamiento español, por REY MARTÍNEZ, *Vid. La propiedad privada en la... Passim*, pp. 225 y ss. Como se mencionó ya en el apartado B-2 del Capítulo anterior, al reseñar el desarrollo histórico de la propiedad en el Derecho alemán, la ausencia de garantías constitucionales frente al legislador y la preocupación por su salvaguardia frente a eventuales reformas llevó a que la doctrina articulara la figura de la garantía institucional. De acuerdo con lo expuesto en 1923 por WOLFF, precursor de esta figura, la garantía del derecho contenida en la primera frase del primer párrafo del artículo 153 WRV, además de cubrir la propiedad en su vertiente jurídico-subjetiva, representaba igualmente una garantía de conservación de la propiedad *en tanto que instituto jurídico (Privateigentum als Rechtsinstitut)*. *Cfr. WOLFF, M. "Reichsverfassung und... Ob. Cit.*, p. 5. Esta formulación no sólo dio lugar a un notable desarrollo dogmático del derecho de propiedad, sino también a una profunda tradición jurídica que se conserva aún en la actualidad; aún cuando la propia GG en su artículo 1.3 establece la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y el 19.2 consagra la garantía del respeto a su contenido esencial. De ahí que el BVerfG admita (*Vid.* por ej. BVerfGE 20, p. 352 (355); 50, p. 290 (339)) y sean mayoritarias las exposiciones donde este derecho es presentado y defendido en su condición de derecho fundamental y de instituto jurídico garantizado. *Cfr.* Así, por ejemplo, PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, pp. 29 y ss.; BADURA, P. "Eigentum... *Passim*, p. 345; PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 226; HESSE, K. *Grundzüge des... Passim*, p. 192; EHLERS, D. "Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Loc. Cit.*, p. 216; KIMMICH, O. "La propiedad en la... *Passim*, p. 162 o MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, p. 708. Críticos con esta postura, *Vid.* LEISNER, W. "Eigentum... *Loc. Cit.*, pp. 1029 y ss. e IPSEN, J. *Staatsrecht... Passim*, p. 184.

⁵⁹⁴ Como es puesto de relieve por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, el uso alternativo y equivalente que de las expresiones "dimensión objetiva", "dimensión institucional" e "institución dominical" efectúa el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia, o la imprecisa caracterización por parte de la doctrina científica de la referida vertiente objetiva, representan una escasa contribución al esclarecimiento del régimen jurídico constitucional de la propiedad en el Derecho español. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 173 y ss. Tanto la importancia de la temática, como la solidez de la doctrina constitucional acerca del carácter objetivo de los derechos fundamentales hacen del rigor técnico, la claridad conceptual y la naturalidad en el manejo de las categorías exigencias inexcusables para quien desea abordar su estudio. No existen razones de fondo para llenar de misterio, evadir o poner en tela de juicio la aplicación a la propiedad de los planteamientos dogmáticos de la teoría general de los derechos fundamentales en punto a su doble condición de derecho y principio.

esencial o la reserva de ley)⁵⁹⁵. Aun cuando la propiedad constitucional sea una cosa y otra *a la vez*, la institución debe circunscribirse siempre al ámbito que le corresponde, al igual que el derecho. Esto no significa otra cosa que entender que a cada uno de ellos pertenece un régimen que no debe ser entremezclado. La falta de una apropiada identificación y distinción de estas esferas puede conducir a que se asuman posturas que, como la defendida por el Tribunal Constitucional español desde la STC 37/1987, FJ 2, en punto al contenido esencial del derecho de propiedad a partir de una dudosa utilización de las categorías dimensión objetiva (del derecho) e institución jurídica (del dominio), entiende que en el caso de la propiedad aquél reducto protegido, garantizado por el artículo 53.1 CE, es definido por utilidad individual y función social⁵⁹⁶. Fórmula que si bien ha encontrado acogida dentro de la jurisprudencia constitucional y la doctrina, como apunta RODRÍGUEZ DE SANTIAGO⁵⁹⁷, en rigor no puede más que constituir un “exceso dialéctico”; explicable únicamente por el empeño del juez constitucional en destacar la importancia de la función social dentro de la idea de propiedad acuñada por la Constitución.

1.2. La configuración legal de la propiedad como derecho y como instituto.

215. La garantía de la propiedad constitucional ampara, entonces, un derecho fundamental y una institución. Dado su carácter de derecho de configuración legal, una y otra faceta suponen la inexcusable intervención del legislador. Se trata, como se ha comentado ya, de un *derecho acuñado por el Derecho*⁵⁹⁸. Por esta razón es la ley, en concreto, la encargada de conformar y dar vida al ámbito protegido, definir las facultades y establecer los límites de los poderes del propietario, como condición para hacer operativa su garantía constitucional. Al tiempo que define el aspecto subjetivo de la propiedad, el legislador la articula también en tanto que institución jurídica. Gracias a su peculiar naturaleza de

⁵⁹⁵ Así, por ejemplo, BAÑO LEÓN, J. M. “La distinción entre... *Op. Cit.*, p. 164. En sentido análogo, *Cfr.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Algunas reflexiones sobre el... *Passim*, p. 1263.

⁵⁹⁶ Aunque de forma minoritaria, algún sector de la doctrina española se ha pronunciado de manera crítica frente a esta cuestionable comprensión de una de las garantías constitucionales al derecho de propiedad como es el contenido esencial. *Cfr.* GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*, p. 143; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 177; JIMENEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales... Loc. Cit.*, p. 68. Sin embargo, mayoritariamente se recoge y admite el planteamiento del Tribunal Constitucional desde la STC 37/1987. *Vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en... *Loc. Cit.*, pp. 27 y ss.; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Op. Cit.*, p. 75; COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, pp. 201-203; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Passim*, pp. 97 y 127; REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de propiedad... *Ob. Cit.*, p. 206; LEGUINA VILLA, Jesús. “El régimen constitucional de la propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, No. 3, Madrid, 1994, p. 13. Nuestra crítica personal a esta postura es planteada *infra, vid.* el apartado C-2.2 de este Capítulo.

⁵⁹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 177.

⁵⁹⁸ IPSEN, J. *Staatsrecht... Ob. Cit.*, p. 185.

derecho configurado por y en el Derecho, *conformar el derecho significa asimismo configurar el instituto* que le sirve de sustrato o de vehículo.

216. La garantía del derecho encierra así, también, la obligación de conservar la propiedad en tanto que instituto jurídico⁵⁹⁹. Esta situación impone al legislador el deber de establecer un marco normativo adecuado tanto para la existencia efectiva, como para el funcionamiento y despliegue de la propiedad en tanto que derecho y en tanto que institución. Aun cuando, como se ha analizado ya, la constitucionalización de la propiedad no representa la constitucionalización de la concepción clásica de este derecho⁶⁰⁰, mal podría desconocerse el nexo que, aunque remoto, subsiste y enlaza la regulación constitucional del derecho con la tradición de la propiedad en el Código Civil. La Constitución no inventó la propiedad privada. A diferencia de lo que ocurre con figuras acuñadas directamente por ella -como la autodeterminación informativa (artículo 15 párr. 1 frase 2 CC) o la acción de tutela (artículo 86 CC)- o jurisprudencialmente alumbradas bajo su régimen -caso del derecho a la propia imagen (Corte Constitucional, sentencia T-060 de 1996) o del mínimo vital (Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992)-, el derecho de propiedad posee una vasta realidad anterior a la Constitución; fue, si se quiere, “encontrado” por ésta. De ahí que si bien es cierto que ello no impide la redefinición de su objeto o la atribución de un nuevo sentido y función, y que la lógica del Estado constitucional de Derecho ordena renunciar al *conservacionismo* inflexible de las instituciones preexistentes con base en el único argumento de la tradición -pues, de lo que se trata, justamente, es de imponer con fuerza vinculante las determinaciones del constituyente por encima de realidades históricas anteriores-; también lo es que dicha tradición sólo podrá ser ignorada y rechazada cuando quiera que resulte contraria a los principios que conforman el orden constitucional en vigor⁶⁰¹.

De lo contrario, más que una ruptura tajante que se traduzca en su supresión o no reconocimiento, lo procedente será realizar una actualización de sus contenidos que posibilite su engaste dentro del nuevo sistema y su adaptación a las nuevas circunstancias. Es lo ocurrido en el caso de la propiedad: los posibles problemas de encaje de la concepción tradicional de esta institución dentro del orden constitucional sancionado por el constituyente fueron resueltos *ab initio*, entre otras, mediante la proclamación de la función social del derecho como componente básico de su estructura⁶⁰², acompañada de la garantía del derecho y de un no despreciable elenco de formas de intervención estatal sobre el derecho (delimitación de su contenido, expropiación y extinción del dominio).

217. Por tratarse de un derecho fundamental provisto de una dimensión objetiva, y en cuanto expresión concreta de ésta, la garantía de la institución exigiría al

⁵⁹⁹ Como se ha comentado ya, en el Derecho alemán este es un planteamiento mayoritario. Así, p. ej., PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 29.

⁶⁰⁰ *Vid. supra* el apartado C-2 del Capítulo Primero de este trabajo.

⁶⁰¹ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho...* *Op. Cit.*, p. 392.

⁶⁰² LEGUINA VILLA, J. “El régimen constitucional de la... *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

legislador el respeto de un núcleo institucional que asegure la *recognoscibilidad* de la institución en cuanto tal⁶⁰³. De este modo, además de estar obligado a respetar su existencia y a definir condiciones acordes para su adecuado funcionamiento y visible figuración al interior del orden jurídico y social, el legislador se encontraría vinculado por los trazos fundamentales de la institución que a pesar de preexistir a la Constitución, es recogida y garantizada por ésta. De acuerdo con esta comprensión, la garantía del instituto proporcionaría las bases normativas de la institución jurídica propiedad en tanto que figura básica para la vida económica y social, al tiempo que excluiría el peligro de su derogación o de cambios esenciales en aquellas por parte del legislador. Ahora bien, una interpretación semejante de la garantía de la institución resulta improcedente por cuanto, como se ha mencionado ya, la primacía incondicionada de los derechos proclamada por el artículo 5 CC como regla hermenéutica fundamental determina la prevalencia del derecho sobre la institución y condiciona el régimen de la segunda al del primero. De ahí que *al definir las reglas que encarnan el instituto, en lo esencial, no deba el legislador más que observar los límites y las restricciones que al respecto le impone el régimen constitucional del derecho*. De este modo, con ser cierto que se está frente a una institución “encontrada”, no lo es menos que la protección que a la misma dispensa la dimensión objetiva del derecho se contraerá únicamente a sus principios estructurales⁶⁰⁴ generales, a sus rasgos más característicos, *en una medida que asegure tanto la estabilidad de la figura, como su capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias*.

218. Por esto, más que apelar al concepto estricto de garantía institucional propio del Derecho alemán, resulta procedente ajustarse a la regla hermenéutica del artículo 5 CC y subordinar la institución a la imagen del derecho forjada por la Constitución. El derecho fundamental comporta el respeto obligado a un contenido esencial, lo cual no sólo garantiza la pervivencia de aquella; también se asegura su apertura a la actualización permanente y la adecuación de su régimen a las exigencias del Estado constitucional de Derecho. Por esto, cualquier debate que se plantee acerca de la relación entre la función social y el instituto o acerca de las facultades dominicales que éste debe asegurar al propietario, *más que en abstracto y frente a una hipotética categoría metajurídica y metahistórica, deba remitir de inmediato al régimen jurídico del derecho de propiedad en la Constitución*.

2. Consecuencias del carácter objetivo del derecho de propiedad.

219. Como ha quedado en evidencia, al complementar su tradicional función defensiva con nuevos cometidos ya no sólo relacionados con el control de las autoridades, la consideración del contenido objetivo de los derechos

⁶⁰³ Tal es la idea central de la garantía institucional del Derecho alemán. Cfr. PAPIER, H. J. “Eigentums garantie... *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁰⁴ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Derechos fundamentales y garantías institucionales: una recepción jurídico doctrinal”, Estudio Preliminar a la obra de DÍAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 31.

fundamentales realiza y potencia su figuración al interior del Estado constitucional de Derecho. Cuatro son, básicamente, los grandes frentes en los cuales se han cifrado los efectos del reconocimiento del carácter jurídico-objetivo de los derechos fundamentales: el efecto de irradiación sobre el entero ordenamiento jurídico, la imposición al Estado de deberes de fomento y de protección, la imposición de la obligación de establecer estructuras de procedimiento y organización adecuadas para su realización y, finalmente, la producción de algunas consecuencias jurídico-subjetivas deducibles de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales⁶⁰⁵.

2.1. El efecto de irradiación del derecho de propiedad.

220. En su vertiente objetiva, los derechos fundamentales aportan una cuota significativa de las bases materiales y del contenido axiológico del ordenamiento jurídico. Su condición de principios fundamentales de todo el sistema normativo proyecta sus efectos, por igual, sobre el ámbito jurídico-público, como jurídico-privado, y arroja sus directrices e impulsos sobre la totalidad de los poderes públicos. En definitiva, influyen, informan y acotan al conjunto del orden jurídico. Por virtud de su efecto de irradiación los derechos fundamentales aspiran a extender su cobertura a la mayor porción posible de la realidad fáctica que ampara el Derecho -dentro de los márgenes de los enunciados que los consagran, naturalmente-, hasta adquirir la condición de normas de observancia forzosa en toda operación de creación, interpretación y aplicación del Derecho⁶⁰⁶. De ahí que su fuerza vinculante y ámbito de efectividad se incremente notablemente, en paralelo con su creciente protagonismo.

221. En tanto que derecho fundamental provisto de un contenido jurídico-objetivo específico, el derecho de propiedad deviene así, también, en pauta decisiva para la creación, interpretación y aplicación del Derecho en sus distintos ámbitos. En el campo jurídico-público, con independencia de la naturaleza de la función que desempeñen y de la actividad concreta que sea acometida, las autoridades se encuentran siempre en la obligación de observar las directrices e impulsos que emanan de su dimensión objetiva. Todo el Derecho debe someterse a ellas, so pena de su invalidez. En consecuencia, dado el carácter de norma negativa de competencia que de esta forma adquiere el derecho de propiedad, los poderes públicos deben abstenerse de emprender acciones que atenten contra este derecho en tanto que elemento objetivo del ordenamiento o que distorsionen la **imagen dual** que de él ha plasmado el constituyente. Por un lado, esto implica la exclusión de medidas que resultan incompatibles con el derecho *en tanto que garantía de un ámbito de aprovechamiento privado*, tales como la estatalización de la totalidad de los bienes de producción, la definición de una política tributaria confiscatoria o, incluso, como lo sentenció la Corte Constitucional en su fallo C-383 de 1999, de una política de financiación de viviendas impagable en la

⁶⁰⁵ GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y...* Loc. Cit., p. 94.

⁶⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, L. "El constitucionalismo de los..." *Op. Cit.*, p. 216.

práctica. Mas conlleva también, por otro lado, la inconstitucionalidad de las normas o actuaciones que desconozcan o resulten contrarias a la función social del derecho. Sería el caso, por ejemplo, de una legislación que suprimiera la institución de la prescripción adquisitiva sobre los bienes de propiedad privada o consagrara un término irrazonablemente dilatado para su configuración⁶⁰⁷; que autorizara el levantamiento de barreras de acceso a vías públicas para conformar unidades residenciales cerradas inicialmente no planificadas como tal⁶⁰⁸; o una que a pesar de imponer al propietario de un predio la carga de explotación de su bien le privara de la posibilidad de constituir una servidumbre de tránsito sobre un predio vecino a efectos de acceder a una vía principal a menos que se encontrara completamente incomunicado⁶⁰⁹. En últimas, como se ha comentado ya y se verá en detalle en la segunda parte de este escrito, en tanto que *componente estructural* del derecho de propiedad en la Carta, **un atentado en contra de la función social del derecho envuelve asimismo un desconocimiento del régimen constitucional de la propiedad, semejante al que se desprende de una agresión en contra de su momento subjetivo.**

222. Por otra parte, el efecto de irradiación se traduce asimismo en la extensión de la influencia de los derechos fundamentales en tanto que normas de carácter objetivo al ámbito jurídico-privado. Así, ninguna prescripción ni acto jurídico-privado puede estar en contradicción con la vertiente objetiva de este derecho; además de lo cual se impone el deber de efectuar su interpretación siempre de conformidad con el espíritu del derecho⁶¹⁰. Por esta razón, el legislador de Derecho Privado se encuentra igualmente vinculado al respeto de la imagen que de este derecho ha previsto la Constitución; circunstancia que resulta de interés

⁶⁰⁷ De acuerdo con la caracterización que de esta figura ha efectuado la Corte Constitucional, en desarrollo de las funciones inherentes a la propiedad y del carácter social que le es inherente, “el legislador ha previsto la prescripción como una sanción para el propietario de un bien que lo deja abandonado y como recompensa para el poseedor que decide sacar de él un provecho que no siempre se reduce a su ámbito personal, sino que puede llegar a beneficiar a buena parte de la colectividad”. Cfr. Sentencia C-204 de 2001, FJ 19. Es, por tanto, una institución que desarrolla cabalmente las directrices que emanan de la cláusula de función social del derecho; llamada, como tal, a desempeñar un papel importante dentro del régimen de ciertas formas de propiedad (p. ej. la inmobiliaria).

⁶⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2002.

⁶⁰⁹ Tal como ha sido expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-544 de 2007, “[c]uando un bien no puede explotarse adecuadamente, no por voluntad del propietario o de los titulares de derechos reales sobre él, sino por inconvenientes naturales del predio, como la falta de comunicación con la vía pública, el Estado debe intervenir no como una facultad discrecional de la autoridad competente, sino en forma impositiva para exigir la eficacia de la función social de la propiedad. En tal virtud, la exigencia legal relativa a que la servidumbre de tránsito sólo puede imponerse cuando el predio dominante se encuentra totalmente incomunicado con la vía pública, sin que pueda considerarse la idoneidad, grado de dificultad o costo de la vía existente, desconoce la función social de la propiedad no sólo desde el punto de vista subjetivo del titular del predio sirviente que no puede ejercer plenamente su derecho, sino del interés social o colectivo que implica la adecuada y correcta explotación de la tierra”. (FJ 18). Esto lleva al juez constitucional a declarar la invalidez del condicionante previsto por el artículo 905 del Código Civil, de acuerdo con el cual la procedencia de la referida servidumbre estaba sujeta a que el predio se hallara privado de “toda” comunicación con la vía pública.

⁶¹⁰ HESSE, K. *Derecho privado y... Ob. Cit.*, p. 58.

por cuanto resalta su obligación de desarrollar en sus disposiciones el modelo dual de propiedad constitucional. Por esta razón, *al igual que el juez ordinario, el legislador de Derecho Privado tiene el deber de observar y ponderar en todo momento los dos polos sobre los cuales bascula la idea constitucional de la propiedad*. Esto significa que ante la presencia de un interés general resulta procedente *introducir normas o efectuar interpretaciones* que, a pesar de operar en el ámbito jurídico-privada, establezcan privilegios a favor de una de las partes, con independencia de que puedan comportar restricciones (razonables y proporcionadas) al momento subjetivo del derecho de un tercero, en aras de dar desarrollo a la particular función social que le es inherente. El caso de la sentencia C-544 de 2007, donde se juzga contrario a la función social de la propiedad la restricción contemplada por el artículo 905 del CCC respecto de la constitución de servidumbres de tránsito, condicionada a que el predio dominante se encuentre desprovisto de *toda* comunicación con la vía principal, ilustra plásticamente esta situación.

La jurisprudencia constitucional proferida a propósito del derecho a la vivienda digna (artículo 51 CC) ofrece igualmente un material apto para corroborar lo anterior. Su estrecha relación con el derecho de propiedad permite usufructuar los ejemplos que proporciona este filón. De una parte, las declaratorias de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada formuladas por la Corte Constitucional al régimen de financiación de viviendas a largo plazo vigente en Colombia desde los años 70 son una estupenda muestra del peso del efecto de irradiación de los derechos fundamentales frente a la legislación. A pesar de tratarse de un derecho social y económico, en principio desprovisto de exigibilidad inmediata⁶¹¹, éste le dota de plena eficacia jurídica y permite al juez constitucional adoptar decisiones con base en él. Así, por encontrar que a pesar de tratarse de normas aplicables entre particulares -usuarios y entidades del sistema financiero- desconocían la especial posición del adquirente de vivienda y de su manifiesta necesidad de protección, la Corte Constitucional consideró que comportaban un atentado contra el derecho a adquirir y conservar una vivienda - y por ende, de manera indirecta, contra el derecho de propiedad- medidas como la prohibición de pago anticipado del mutuo en caso de haberse pactado intereses⁶¹², la definición de una metodología de cálculo de la UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) -fórmula sobre la cual se erigió el sistema de financiación de vivienda desde los años 70-, "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía"⁶¹³ o la capitalización de intereses⁶¹⁴. En esta misma línea, pero con relación a la posición de los jueces, se

⁶¹¹ OSUNA PATIÑO, Néstor. "El derecho fundamental a la vivienda digna. Señal de un Estado social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", en *Revista de Derecho del Estado*, No. 14, 2003, pp. 99 y ss.

⁶¹² Corte Constitucional, sentencia C-252 de 1998.

⁶¹³ Corte Constitucional, sentencia C-383 de 1999.

⁶¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-747 de 1999. Estos pronunciamientos, como se concluye en la sentencia T-083 de 2003 tras analizar las decisiones adoptadas, ponen de manifiesto que "el ejercicio del derecho a la vivienda digna hace que sus sistemas de financiación posean una naturaleza excepcional a la de los demás servicios financieros" (FJ 2.6). Al tener como finalidad la materialización del derecho a adquirir y conservar una vivienda, deben ser objeto de un

inserta la jurisprudencia constitucional que destaca el especial cuidado que, a pesar de tratarse de operaciones enteramente jurídico-privadas, éstos han de mostrar al controlar los acuerdos que hayan podido alcanzar usuarios y entidades del sistema financiero con ocasión de un crédito hipotecario⁶¹⁵. La “naturaleza excepcional” de los servicios de financiación de vivienda⁶¹⁶, derivada de los intereses públicos envueltos en la defensa del referido derecho fundamental y la ostensible situación de subordinación en que se encuentran los primeros respecto de las segundas, configura un supuesto particular que el Estado no puede pasar por alto. Impone exigencias materiales a la actuación de las autoridades en orden a revertir la relación de desigualdad existente entre las partes de este tipo de contratos y a hacer efectivo el derecho a adquirir y conservar una vivienda digna.

2.2. El encargo de protección y fomento del derecho de propiedad.

223. El carácter de normas objetivas de los derechos fundamentales trasciende el simple dato según el cual éstos adquieren la condición de elementos inderogables del ordenamiento jurídico y cobran valor de reglas negativas de competencia que aseguran el permanente respeto del ámbito de libertad garantizado. En tanto encierran “directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa”⁶¹⁷, la vertiente objetiva de los derechos fundamentales obra también como fuente de *obligaciones positivas* para que, incluso en ausencia de pretensiones individuales que así lo demanden, las autoridades desplieguen actuaciones que aseguren la efectividad y el disfrute de los derechos fundamentales. Supone, pues, *un verdadero encargo constitucional a los poderes públicos para que cada uno, desde su órbita de competencia, adopte las medidas que estén en sus manos para asegurar que el derecho pueda ser ejercido de forma real y efectiva*⁶¹⁸.

224. En parte, este deber constituye el revés del derecho de protección que surge del carácter prestacional del derecho de propiedad. Por esto, despliega sus

tratamiento preferencial que haga posible el cumplimiento efectivo de estos fines. Tratamiento que, como ha establecido el propio juez constitucional, “se traduce en medidas legislativas que contengan condiciones distintas a las de los créditos ordinarios y que permitan a los usuarios el pago en condiciones equitativas del valor de su inmueble” (T-083 de 2003, FJ 2.1).

⁶¹⁵ Así, por ejemplo, en la sentencia T-1034 de 2005, FFJJ 5-6, ante la proliferación de prácticas abusivas por parte de las entidades bancarias derivadas de la reliquidación unilateral de créditos hipotecarios, el juez constitucional se ve obligado a fijar los requisitos que debe presentar el consentimiento del usuario para entender que se pliega a la propuesta de revisión que en este sentido le presente la institución financiera. Contrario a lo entendido por un sector de la banca y algunos jueces ordinarios que daban curso a sus demandas, no cualquier tipo de manifestación por parte de aquél puede ser tomada como una aceptación de dicha reliquidación, so pena de incurrir en un posible atentado contra el derecho a conservar una vivienda (artículo 51 CC) –y, por ende, de manera indirecta, contra el derecho de propiedad (artículo 58 CC)–.

⁶¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2003, FJ 6.

⁶¹⁷ SCHNEIDER, Hans Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, 1979, p. 32.

⁶¹⁸ GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y... Op. Cit.*, pp. 104-105.

efectos en un plano jurídico-objetivo. Por ende, y como se ha mencionado ya a propósito del efecto de irradiación, el deber objetivo de protección de la propiedad comporta la obligación de resguardar **en su integridad el esquema dual** que de este derecho ha plasmado la Constitución. Esto significa que *no sólo grava a las autoridades con la obligación de llevar a cabo acciones enderezadas a proteger el momento subjetivo del derecho; también su función social debe verse favorecida*. Supone entonces la obligación para el conjunto de los agentes estatales de observar y ponderar en todo momento los dos componentes fundamentales ensamblados en torno a la idea constitucional de este derecho. Ello aplica tanto en el ámbito jurídico-público, como jurídico-privado. De este modo, no sólo deberá propugnarse por la ampliación de los espacios donde actúa la órbita de libertad que asegura el derecho; la convergencia en el ámbito dominical de intereses generales dignos de protección exigirá también la adopción de las medidas de protección y promoción pertinentes.

Se justifica así, por ejemplo, la previsión legal de una prórroga forzosa del contrato de arrendamiento de vivienda urbana, dada la indudable consideración de interés general envuelta en la protección del derecho a la vivienda implicado en este tipo de acuerdos⁶¹⁹; el establecimiento de un régimen especial e informal de prescripción adquisitiva para la vivienda calificada como de interés social⁶²⁰; o el carácter imprescriptible de los bienes baldíos con la finalidad de supeditar su adjudicación al lleno de los requisitos objetivamente fijados en la ley⁶²¹. Ocurre lo mismo con la definición de la obligación impuesta al urbanizador de ceder una franja de terreno para la conformación del espacio público necesario para mejorar la calidad de vida de la comunidad⁶²²; o la puesta a disposición de los particulares prestadores de servicios públicos domiciliarios de prerrogativas públicas como la potestad de expropiación (artículo 56 de la Ley 142 de 1994) o la imposición unilateral de servidumbres (artículo 57 párr. 1 de la Ley 142 de 1994) cuando sea necesario para la prestación del servicio. Todas ellas encierran medidas que si bien pueden romper con la idea clásica que se tiene del derecho de propiedad, no tienen otro objetivo que asegurar la vigencia plena de la idea que de este derecho forjó el constituyente⁶²³.

⁶¹⁹ Tal es el supuesto que ocupa al Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 89/1994. De acuerdo con el análisis allí efectuado, la prórroga forzosa supone, de hecho, “una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución” (FJ 5).

⁶²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2006.

⁶²¹ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FFJJ d) y e).

⁶²² Corte Constitucional, sentencia C-292 de 1993.

⁶²³ Lo anterior, desde la perspectiva concreta de la propiedad privada. Desde la perspectiva macro del Estado social, tales medidas son la evidencia de la superación por parte del Estado de su anterior papel de gendarme o mero espectador del tráfico jurídico privado, que atribuye derechos en un plano de igualdad formal y posteriormente dirime los conflictos que puedan surgir *inter pares*. En ellas se refleja la necesidad de adoptar decisiones que consulten la realidad material del

225. La segunda parte del encargo constitucional que se desprende de la inserción del deber de protección dentro de la dimensión objetiva del derecho de propiedad tiene que ver con la *promoción o el fomento del derecho*. Del mismo modo que el deber de protección encuentra su fundamento positivo en el texto constitucional (artículo 2 CC), para el caso de la propiedad, el deber de promoción posee igualmente sustento en el texto positivo de la Carta. El artículo 60 párr. 1 CC prescribe *ab initio* que “[e]l Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad”. Esta cláusula general es, a su vez, reforzada y especificada por normas especiales que buscan señalar campos de particular relevancia dentro del orden que aspira instaurar la Constitución y hacia los cuales debe el Estado procurar orientar su acción social: es el caso, por ejemplo, de los artículos 51 y 64 CC. El primero, tras consagrar el derecho a una vivienda digna, consagra en su segunda frase el deber estatal de promover “planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”. El artículo 64 frase 1, por otra parte, impone el deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”. Se fija así, en primer lugar, un mandato de actuación dirigido a franquear a las personas –a *todas* las personas- el acceso a la propiedad (artículo 60 párr. 1)⁶²⁴, acompañado de encomiendas específicas determinantes para la cristalización de fines sociales concretos. Aunque con este mandato de promoción se busca también expandir y legitimar en la práctica la institución de la propiedad entre las distintas capas de la población –como forma de asegurar su pervivencia en tanto que elemento objetivo del orden normativo esencial para la vida de la comunidad-, su finalidad primordial no es otra que contribuir tanto al mejoramiento de las condiciones económicas de la comunidad y de su nivel de vida, como atender el mandato de la igualdad material y de favorecer y fortalecer la activa participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social de la colectividad.

226. El encargo constitucional de promoción de la propiedad no puede sustraerse del complejo conjunto de conexiones vitales existentes entre propiedad y principios básicos del ordenamiento como la libertad, la igualdad, la solidaridad, el Estado social y la democracia. De ahí que no pueda ser entendido como un simple mandato de promoción de la propiedad. Si bien apunta a asegurar la estabilidad jurídica y la paz social⁶²⁵, no puede vaciarse del componente

entorno en el cual van a ser aplicadas y que contemplen instrumentos adecuados para garantizar tanto la realización de sus fines particulares como la mayor efectividad de los derechos fundamentales implicados.

⁶²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-747 de 1995, FJ 3.4.

⁶²⁵ Que el Estado tenga la obligación de protección y fomento de la propiedad le atribuye a esta encomienda un sentido que le relaciona con la preservación de la paz social. Al asegurar la existencia y pervivencia de la institución, al igual que la tenencia en manos de sus titulares de los bienes que ampara este concepto, este encargo previene los conflictos políticos y sociales derivados de una eventual lucha por la desaparición o el reparto de la propiedad ya existente. Así, *Cfr.* PAPIER, H. J. “Eigentums-garantie... *Ob. Cit.*, p. 26.

teleológico que le es inherente: al tiempo que procura la conservación de la propiedad en cuanto elemento central del orden normativo y social en consideración a su nexos con la libertad y la economía de mercado, su lazo con los principios de igualdad y solidaridad y con el Estado social y democrático de Derecho subrayan el hecho que también tiene como objetivo la promoción de mejores condiciones de vida entre la comunidad. Por esta razón, *envuelve un mandato de actuación en contra de la concentración de la propiedad*, que insta a las autoridades a actuar en pro de una adecuada redistribución de la riqueza. En últimas, como es puesto de relieve por PAPIER, nada más contrario y amenazante tanto para el orden constitucional y social en general, como para la institución de la propiedad en particular, que una situación agravada de inequitativa distribución de los bienes⁶²⁶.

La adjudicación de predios baldíos a los no propietarios⁶²⁷, la previsión de reglas tendientes a evitar la conformación de minifundios o latifundios –por tratarse de sistemas de explotación de tierras que conducen a la conformación de una inadecuada estructura de la propiedad agraria⁶²⁸–, la realización de programas redistribución de tierras, el fomento de las actividades agrícolas, comerciales o microempresariales (subsidios, incentivos tributarios, auxilios técnicos y organizativos, etc.), la apertura de líneas de créditos a largo plazo y con facilidades de pago para la realización de actividades productivas en pequeña o mediana escala, tanto como para la materialización del derecho a la vivienda digna (ya sea en propiedad, *leasing*, alquiler o cualquier otra modalidad comercial), lo mismo que la oferta preferente y bajo condiciones especiales a sus trabajadores o a organizaciones solidarias y de trabajadores de acciones de las empresas públicas sometidas a procesos de privatización, de conformidad con lo expresamente previsto en el párrafo 2 del artículo 60 CC⁶²⁹, son mecanismos que buscan atender el compromiso estatal con la promoción de este derecho. La articulación de programas o instrumentos especiales para favorecer el acceso a la propiedad por parte de grupos sociales débiles o marginados cuando quiera que el Estado desee vender algunos de sus activos distintos a acciones y bonos de empresas estatales en proceso de privatización se inscribe también en esta misma

⁶²⁶ *Idem*, p. 31.

⁶²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FFJJ e) e i).

⁶²⁸ Algunas de estas medidas, como la restricción al comercio de los inmuebles adjudicados como baldíos, en el sentido de que su titular no puede transferir determinadas extensiones de tierra, son enjuiciadas y valoradas positivamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 1997.

⁶²⁹ Las “condiciones especiales” a que alude el artículo 60 párr. 2 CC respecto de la venta por parte del Estado a los trabajadores o a organizaciones solidarias o de trabajadores de su participación en empresas en trance de privatización, pueden concretarse en un sinnúmero de posibilidades que corresponde al legislador definir. Tal como ha sido señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1994, FJ 3, éstas “pueden consistir en la creación y otorgamiento de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisición de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especiales), o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del Constituyente de incorporar a los trabajadores en el dominio y manejo de la respectiva empresa”.

línea, con un especial acento en la conexión propiedad-igualdad⁶³⁰. La exigencia legal de que los operadores de televisión sean personas jurídicas organizadas como sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en una bolsa de valores, apunta asimismo en la dirección de establecer condiciones adecuadas para la democratización de la propiedad de los medios de comunicación⁶³¹ y es, por tanto, expresión del encargo de promoción de este derecho impuesto al Estado.

2.3. La salvaguardia de la propiedad por medio de estructuras procedimiento y organización.

227. En tanto que elementos indispensables para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, a la dimensión objetiva del derecho de propiedad es también inherente un componente relacionado con su salvaguardia vía procedimiento y organización. Como se analizó en detalle al examinar la vertiente jurídico-subjetiva del derecho a la protección por medio de procedimientos y organización⁶³², esta especial modalidad de tutela de la posición del titular del derecho se encuentra ínsita en la concepción de la propiedad en tanto que derecho fundamental. Por ende, además del referido carácter subjetivo, posee asimismo un revés objetivado insertado dentro del contenido jurídico-objetivo que ampara la Constitución. La dimensión objetiva del derecho de propiedad impone así la articulación y puesta en funcionamiento de estructuras de procedimiento y organización adecuadas para la salvaguardia y efectividad de los contenidos que garantiza. En consecuencia, constituye una encomienda que no sólo debe ser observada frente a pretensiones individuales que demanden su cumplimiento; atribuye una tarea llamada a desplegar sus efectos *ex Constitutione* en toda intervención estatal en el ámbito protegido por este derecho⁶³³. Por ende, vincula tanto al legislador como a la Administración en

⁶³⁰ En este caso, por tratarse de venta de activos distintos a la participación estatal en empresas a privatizar, el mandato contenido en el artículo 60 párr. 2 CC no tendría aplicación. Ésta se restringe, tal como ha sido subrayado por la Corte Constitucional, a la *propiedad accionaria* implicada en los procesos de *privatización* de empresas públicas. *Vid.* la sentencia C-392 de 1996, FFJJ 4, 5 y 6. Sin embargo, como afirma el juez constitucional en este mismo pronunciamiento, ello no obsta para que el legislador implemente este tipo de planes, instrumentos o programas para la venta de bienes públicos de todo tipo, con base en la cobertura que para ello le brindan tanto el artículo 13 párr. 2 CC y su mandato para que la igualdad sea real y efectiva, como el artículo 60 párr. 1 CC y el compromiso estatal allí sancionado con la promoción general del acceso a la propiedad. *Cfr. Idem*, FJ 7.

⁶³¹ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996, examen de los cargos primero y segundo.

⁶³² *Vid. supra*, en este capítulo, el apartado A-2.2 y sus diferentes sub-apartados.

⁶³³ La declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional del artículo 128 del Código de Tránsito Terrestre respalda esta conclusión. Esta disposición autorizaba a las autoridades de tránsito a disponer mediante pública subasta de los automotores inmovilizados por la comisión de infracciones. Sin embargo, no especificaba el procedimiento que debía surtir a efectos de declarar la extinción del dominio sobre estos bienes; con lo cual se situaba a los propietarios en condición de absoluta imposibilidad de hacer valer su derecho. La norma en cuestión contenía únicamente una remisión al Ministerio de Transporte para que definiera el procedimiento correspondiente. Si bien la Corte Constitucional invoca como una de las razones fundamentales para su determinación la violación de la reserva de ley (*vid.* la sentencia C-474 de 2005, FJ 9.1), la

el ejercicio de sus poderes de delimitación de la propiedad, lo mismo que a los jueces. Cada uno de ellos, en su ámbito particular, deberá considerar que *por virtud del efecto de irradiación, la interpretación y aplicación de las normas procesales existentes, al igual que la articulación de los procedimientos que se definan, deberá hacerse siempre buscando la mayor efectividad del derecho*⁶³⁴.

228. Para el caso de la Administración, por ejemplo, el carácter poligonal y complejo de muchas de sus actuaciones con incidencia sobre la propiedad exigirá un especial celo en la configuración, interpretación y aplicación de los procedimientos. La concurrencia de múltiples intereses contrapuestos permite apreciar con claridad su condición de instrumento clave para la efectividad de los derechos fundamentales. Materias como la expedición de autorizaciones, la planeación del territorio o la aprobación de proyectos de impacto ambiental brindan un marco de referencia incomparable para apreciar supuestos concretos de colisión de intereses entre propietarios. En ellos no solo resulta afectado el derecho de propiedad del empresario implicado; los vecinos también pueden verse comprometidos por causa de las determinaciones que se adoptan en este tipo de actuaciones de la Administración⁶³⁵. Surge entonces una situación de intereses contrapuestos que potencia la exigencia de realización de los derechos fundamentales por medio del procedimiento, en tanto que garantía contra el favorecimiento o la prevalencia de alguno de los intereses enfrentados. Los distintos argumentos que militan a favor de cada uno de ellos deben poder ser llevados al proceso con el fin de facilitar su conocimiento y valoración por parte del operador jurídico de manera previa a la ponderación final. En cuanto premisa para la adopción de una decisión racional, objetiva, imparcial y legítima, la articulación, interpretación y aplicación de los procedimientos ha de ser flexible y acorde con las exigencias de efectividad del derecho ínsitas en su dimensión objetiva⁶³⁶.

2.4. Las consecuencias jurídicas subjetivas derivadas del contenido objetivo del derecho de propiedad.

229. Finalmente, y dado que por virtud de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales el Estado se encuentra obligado a adoptar acciones enderezadas a asegurar su vigencia real y efectiva, la doctrina ha considerado asimismo un

incorporación del deber de adoptar medidas de procedimiento adecuadas para la protección del derecho dentro de su contenido jurídico-objetivo no hace más que reforzar y dar un sustento específico a este argumento.

⁶³⁴ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 47.

⁶³⁵ *Idem*, p. 49.

⁶³⁶ Ello es puesto de manifiesto en el ya comentado supuesto examinado por la Corte Constitucional en la sentencia T-051 de 1999; relacionado con la interpretación restrictiva que del procedimiento sancionatorio por infracciones urbanísticas efectuaba la Administración, en abierto detrimento del derecho de los propietarios de las unidades residenciales de un edificio de propiedad horizontal a tomar parte en una actuación que pretendía la demolición de la fachada del inmueble. *Vid. supra* el apartado A-2.2 c') de este Capítulo.

cuarto frente en el cual aquella produce sus efectos: la derivación de consecuencias jurídicas subjetivas⁶³⁷. Se ha entendido que, aunque de forma condicionada, la dimensión objetiva debe asignar a los individuos determinadas consecuencias en el plano jurídico-subjetivo, que se traduzcan en una verdadera garantía de la efectividad del derecho. Como una especificación del más general deber de protección y fomento que la dimensión objetiva impone de manera genérica sobre las autoridades en defensa de la efectividad de los derechos fundamentales, esta circunstancia conlleva el señalamiento de un ámbito preferencial de actuación promocional por parte de las autoridades. Debe, entonces, traducirse en el otorgamiento de subvenciones u otro tipo de ayudas o prestaciones sin las cuales el derecho en cuestión podría devenir inane⁶³⁸.

230. Así, y según se ha comentado ya, si el mandato de protección y fomento de la propiedad envuelve, entre otros, *un mandato de actuación en contra de la concentración de la propiedad*, que insta a las autoridades a actuar en pro de una adecuada redistribución de la riqueza y una efectiva democratización del acceso a la propiedad; éste último efecto de la dimensión objetiva dirigirá su actuación al plano jurídico-subjetivo: les compelerá a adoptar medidas que repercutan en el *status* activo de los individuos. En consecuencia, por obra de la intermediación de éste, aquél mandato genérico y abstracto deberá dar lugar a la implementación de un conjunto de programas, proyectos y actuaciones particulares de la Administración enderezadas a asegurar su efectividad en el plano concreto de las relaciones individuo-Estado. La realización de programas redistribución de tierras entre minifundistas o no propietarios, el fomento de las actividades agrícolas, comerciales o microempresariales (subsidios y ayudas financieras, auxilios técnicos y organizativos, etc.), la apertura de líneas de créditos a largo plazo y con facilidades de pago para la realización de actividades productivas en pequeña o mediana escala, tanto como para la materialización del derecho a la vivienda digna (ya sea en propiedad, *leasing*, alquiler o cualquier otra modalidad negocial), lo mismo que la oferta preferente y bajo condiciones especiales a sus trabajadores o a organizaciones solidarias y de trabajadores de las acciones de las empresas públicas sometidas a procesos de privatización, de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 60 CC⁶³⁹, son mecanismos que buscan atender el compromiso estatal con la promoción de la efectividad de este derecho. Es también el caso de los programas o instrumentos especiales articulados para favorecer el acceso a la propiedad por parte de grupos sociales débiles o

⁶³⁷ En este sentido, véase GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y...* *Loc. Cit.*, pp. 94 y 105.

⁶³⁸ En el Derecho alemán, esta doctrina ha permitido dar sustento a la obligación que asiste al Estado de subvencionar centros educativos privados, a fin de asegurar la libertad de fundación de escuelas y atender el mandato estatal de protección y fomento que existe respecto de las escuelas privadas (artículo 7.4 GG). Al respecto, *Vid.* DÍAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 65 y ss.

⁶³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1994, FJ 3.

marginados cuando quiera que el Estado disponga de sus activos distintos a acciones y bonos de empresas estatales⁶⁴⁰.

231. La realización de estas actuaciones es una confirmación de la vertiente prestacional del derecho de propiedad: con ellas el Estado deja de estar vinculado solamente por un deber de abstención y pasa a ser deudor de prestaciones de conformidad con el régimen legalmente previsto. Con todo, dado que se trata de derechos sujetos a la reserva de lo financieramente posible y a la intermediación y apreciación política del legislador, es claro que si bien son expresión de la dimensión objetiva del derecho de propiedad, su grado de astringencia es mínima en relación con otras de sus proyecciones (*v. gr.* su virtualidad como parámetro de interpretación por virtud del efecto de irradiación o su vertiente procedimental). Su lógica encaja y refuerza la encomienda específicamente confiada al Estado por el artículo 60 párr. 1 CC, de acuerdo con el cual le corresponde promover, de acuerdo con la ley, el acceso de todos a la propiedad. Busca hacer operativo este mandato. La naturaleza programática y promocional de este enunciado, estructurado a manera de principio, supone el señalamiento de un deber que, como ha sido señalado por la Corte Constitucional, el Estado “debe intentar realizar en la medida de sus posibilidades jurídicas”⁶⁴¹ y fácticas⁶⁴².

C. El contenido esencial del derecho de propiedad.

232. La notable apertura de la noción constitucional de propiedad, la vasta extensión de su cobertura y la atribución de una función social que debe ser precisada respecto de las distintas clases de bienes en atención a las diversas necesidades de la colectividad en cada momento, ponen de manifiesto la importancia de la intervención del legislador en la definición de los distintos regímenes dominicales concretos. Su actuación resulta determinante para el cabal desarrollo del esquema constitucional de la propiedad privada. En últimas, no es sólo que la función social tome la forma concreta que el legislador quiera imprimirle en cada momento y en cada caso, o que un derecho de propiedad ilimitado pueda representar una amenaza para otros intereses (individuales y colectivos) jurídicamente relevantes, por lo cual su limitación por la ley resulta imperativa; se trata, también, como señalan PIEROTH y SCHLINK, del hecho que la propiedad constitucional abarca (aunque no sólo) todo aquello que, en un determinado punto, la legislación ordinaria haya definido hasta entonces como tal⁶⁴³. La efectiva operatividad del esquema constitucional previsto respecto de este derecho -tanto en lo que concierne al desarrollo del derecho, como a sus límites y su potencial al servicio del interés general- se encuentra, así, en buena

⁶⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-392 de 1996, FFJJ 4-7.

⁶⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-392 de 1996, FJ 3.

⁶⁴² Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1997, FJ 2 A.

⁶⁴³ PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Loc. Cit.*, p. 226.

parte, en manos del legislador⁶⁴⁴. El cumplimiento de esta responsabilidad supone, naturalmente, su plena conformidad y observancia de los distintos elementos prefigurados por la Constitución como centrales dentro de la disciplina constitucional del derecho. Además de encerrar sus aspectos nucleares, ellos representan la frontera de los poderes de conformación de la ley. De este modo, lejos de ser un asunto totalmente libre y arbitrario, la definición de los distintos regímenes dominicales por parte del legislador presupone el cumplimiento de la totalidad de las exigencias previstas por la Constitución como límites a sus amplios márgenes de configuración en esta materia. Junto con la garantía expropiatoria, el mandato de ponderación, el principio de proporcionalidad, el principio de confianza legítima, el principio de igualdad y las reglas de competencia, uno de los límites más connotados –el más conocido y recurrentemente invocado, sin duda– es el contenido esencial del derecho.

233. Originaria del Derecho alemán –fue formalizada por primera vez en 1949 por el texto de la GG–, la garantía del contenido esencial pretende ser una técnica de protección de los derechos fundamentales frente al legislador. Su objetivo: asegurar que un reducto de éstos sea indisponible por la ley. El artículo 19.2 GG establece así una clara prohibición: “[e]n ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial (*Wesensgehalt*)”. Se trata de una fórmula general que debe ser precisada respecto de cada derecho en particular⁶⁴⁵. Al margen de las penosas razones históricas que pudieron haber motivado la incorporación de esta cláusula en el texto de la Ley Fundamental⁶⁴⁶, ella coronó formalmente la aspiración del constitucionalismo alemán en tiempos de Weimar de asegurar la eficacia jurídica de aquellas disposiciones constitucionales que por encerrar remisiones al legislador corrían el riesgo de quedar reducidas a meras especificaciones del principio de legalidad⁶⁴⁷. Puesto que el contenido esencial comienza allí donde terminan las posibilidades legítimas de regulación de un derecho fundamental⁶⁴⁸, la garantía constitucional de esta técnica de protección supone la fijación de un límite a la intervención del legislador en la configuración de aquellos. Pero además de este aspecto negativo o limitativo, lleva aparejado un aspecto positivo igualmente relevante: implica la afirmación de un contenido sustantivo constitucionalmente atribuido que preexiste a su conformación por el legislador⁶⁴⁹. Su propósito fundamental es, entonces, establecer un contrapeso a la reserva de ley; precaver su uso abusivo a fin de evitar una situación de

⁶⁴⁴ Sobre la relevancia de la configuración jurídica que de los derechos fundamentales efectúa el legislador, véase HESSE, K. “Significado de los... *Passim*, pp. 108 y ss.

⁶⁴⁵ PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 68.

⁶⁴⁶ Véase, al respecto PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los... *Op. Cit.*, pp. 169-170.

⁶⁴⁷ Con todo, esta aspiración se vería en cierto modo cristalizada en la construcción doctrinal de las garantías institucionales. Su efecto garantizador de la eficacia jurídica de la Constitución es tal que CRUZ VILLALÓN no duda en calificarlas de “un contenido esencial *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal”. *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de los... *Passim*, p. 61.

⁶⁴⁸ HESSE, K. *Grundzüge des... Op. Cit.*, p. 149.

⁶⁴⁹ PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los... *Passim*, pp. 170 y 182.

inoperancia práctica o de vaciamiento del contenido de los derechos fundamentales⁶⁵⁰.

234. Al margen del debate sobre el carácter objetivo o subjetivo y absoluto o relativo de esta garantía producido en la ciencia jurídica alemana⁶⁵¹, y de la multitud de preguntas que origina (¿qué es? ¿qué abarca? ¿cómo, cuándo y por quién se determina? ¿a quién vincula?, etc.), la fórmula ha hecho fortuna, como se evidencia en la notable influencia que ha ejercido esta técnica de protección de los derechos fundamentales sobre otros ordenamientos. Algunos, como el español, la han recibido de manera formal e insertado en sus textos constitucionales (artículo 53.1 CE); otros, como el colombiano, a pesar de su no inclusión en las cláusulas de la Constitución, la han adoptado vía jurisprudencia constitucional⁶⁵² y han hecho de ella un elemento más del control de constitucionalidad. Sin embargo, a pesar de tratarse de la misma garantía, su figuración y comprensión en el caso del derecho de propiedad registra importantes variantes. Por esta razón a continuación se efectuará una aproximación a la noción y al papel desempeñado por el contenido esencial de este derecho en cada uno de estos ordenamientos.

1. La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho alemán.

235. En tanto que derecho fundamental, el derecho de propiedad (artículo 14 GG) goza de la garantía de intangibilidad en su contenido esencial que de forma general predica de esta categoría el artículo 19.2 GG como garantía frente al legislador. Con todo, a pesar de haberse originado allí y de contar con un fundamento jurídico-positivo expreso en la Constitución, distintos aspectos particulares del Derecho alemán hacen que si bien la garantía del contenido esencial resulte relevante dentro de esta materia, no concite la atención que se le

⁶⁵⁰ HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 147.

⁶⁵¹ Mientras que para la teoría subjetiva la garantía del contenido esencial ampara a los derechos fundamentales en tanto que derechos subjetivos, la teoría objetiva afirma la protección de los derechos fundamentales en tanto que institución o categoría cardinal dentro del orden jurídico objetivo. Por otro lado, en contraste con la teoría absoluta, que defiende la existencia de un núcleo duro o absoluto del derecho, intangible para el legislador o resistente a cualquier intento de limitación, como base de la garantía del contenido esencial, la teoría relativa se niega a ver el contenido esencial como algo inmutable y predeterminado. Toda vez que protege contra intervenciones desproporcionadas, la teoría relativa asume una postura no absoluta sobre el contenido esencial, que debe determinarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Por ende, de acuerdo con esta última visión, la garantía del contenido esencial protege aquello que queda después de la ponderación entre el derecho fundamental limitado y otros bienes jurídicos o derechos de igual o mayor rango. Sobre este debate, véase BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 405 y ss. También PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Passim*, pp. 69-70; BOROWSKI, M. *La estructura de los... Ob. Cit.*, pp. 97 y ss.; o CORREA HENAO, M. *La limitación de los... Loc. Cit.*, pp. 73 y ss.

⁶⁵² CORREA HENAO, M. *La limitación de los... Loc. Cit.*, p. 75.

brinda en ordenamientos como el español o el colombiano. No hay en torno suyo aspavientos ni grandes controversias distintas a las que planean, en general, sobre la difícil noción de contenido esencial⁶⁵³. De hecho, sin perjuicio de la importancia que conserva y que le brinda su consagración jurídico-positiva por el propio texto constitucional, su protagonismo es cada vez menor⁶⁵⁴.

236. Así, por un lado, la irremisible necesidad de injerencia del legislador en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados como forma de asegurar su operatividad sobre el terreno⁶⁵⁵ ha conducido a la definición un nutrido catálogo de límites tanto para la potestad de intervención legal en este ámbito, como para su poder de habilitación a la Administración o a los jueces para incursionar en él. Ello, como forma de asegurar la eficacia directa de las normas constitucionales que proclaman los derechos fundamentales. Los límites inmanentes a la propia consagración de los derechos, la reserva de ley formal, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial, entre otros, cumplen en el Derecho alemán la misión de ser “límites de los límites”⁶⁵⁶.

Esta pluralidad de vías de contención del poder de conformación de los derechos otorgado al legislador se traduce en la existencia de un razonable y saludable balance entre potestades de intervención de la ley y mecanismos de freno a tales poderes, en virtud del cual se evita que todo el peso de la garantía de la efectividad de la norma constitucional recaiga sobre un único elemento. Por esta causa, a pesar de gozar de consagración constitucional expresa (artículo 19.2 GG), la garantía del contenido esencial no monopoliza la atención de jurisprudencia y doctrina, ni es vista como una promesa de respuesta a las múltiples preguntas que suscita el complejo esquema de interrelación Constitución-ley en punto al desarrollo y limitación de los derechos fundamentales⁶⁵⁷. Desprovista del protagonismo que se le brinda en otros ordenamientos, esta garantía es, entonces, en el Derecho alemán, una más dentro del repertorio de límites establecidos por la Constitución. El contenido esencial emerge así como un concepto jurídico técnicamente determinable, de perfiles más o menos amplios según el caso, que deberá cumplir la función de restricción del poder de configuración del legislador que constitucionalmente le ha sido asignada.

⁶⁵³ Sobre la complejidad envuelta en la determinación de esta noción, *vid.* HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19.2 Grundgesetz*, 2ª Edición, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1972, pp. 58 y ss. También BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Ob. Cit.*, pp. 403 y ss.

⁶⁵⁴ *Vid.* BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. “La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990), en *REDC*, No. 38, 1993, p. 301.

⁶⁵⁵ HESSE, K. “Significado de los... *Passim*, pp. 108-109. En sentido análogo, LEISNER, W. “Eigentum... *Ob. Cit.*, p. 1046.

⁶⁵⁶ Así, PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Loc. Cit.*, pp. 63 y ss.

⁶⁵⁷ De hecho, autores como HESSE destacan la “limitada” significación práctica que ofrece esta garantía. *Vid.* HESSE, K. “Significado de los... *Op. Cit.*, p. 112.

237. Por otro lado, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha introducido una concepción formal del instituto expropiatorio⁶⁵⁸, el siempre espinoso debate acerca de la diferenciación entre la delimitación de la propiedad y su expropiación ha sido superado⁶⁵⁹. Antes que a partir de los más problemáticos criterios materiales, la tipificación de esta última recae, en lo esencial, sobre aspectos formales. Ello hace posible un más preciso aislamiento conceptual de cada una de estas formas de intervención del Estado en la propiedad e impide una comprensión que al ubicar en un mismo plano delimitación y expropiación, permita su solapamiento y la dilución de las fronteras entre una y otra figura⁶⁶⁰. Por ende, y a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España, la distinción entre una y otra no depende del contenido esencial. Más que constituir el “punto fronterizo”⁶⁶¹ entre una delimitación y una expropiación, su papel se restringe, tal como lo establece la Constitución, a ser uno más de los *límites a los límites* del derecho de propiedad.

Que el artículo 14.3 GG contemple la expropiación, y con ello la posibilidad de la privación y la desaparición del derecho de propiedad en casos determinados, no significa, para la doctrina alemana, que esta garantía no resulte predicable de este derecho. Admitir una interpretación semejante supondría desconocer, por una parte, que la expropiación procede únicamente bajo ciertas condiciones -taxativas y restrictivas- cuya concurrencia debe verificarse en cada caso para admitir su legitimidad; y por otra, que habida cuenta del modelo constitucionalmente diseñado para la protección de este derecho, más que una supresión o renuncia a su tutela efectiva, la expropiación supone *una fórmula alternativa de defensa*: la

⁶⁵⁸ Vid. *infra* el apartado A-1.1 c) del Capítulo Quinto de esta investigación.

⁶⁵⁹ Sobre este debate, véase *infra* el apartado E y sus sub-apartados del Capítulo Cuarto de este trabajo.

⁶⁶⁰ Fruto de esta concepción se entiende que la órbita de la expropiación comienza allí donde la de la delimitación termina. De este postulado se desprenden importantes conclusiones no siempre ajustadas al texto de la Constitución. La principal, para el tema que puntualmente se discute ahora, atribuir al contenido esencial la función de límite entre una y otra figura. Esto lleva, por ejemplo, a que se vea la expropiación como una privación del contenido esencial del derecho; apreciación que, en rigor, por dar lugar a que se acepte la mutación de una delimitación en expropiación siempre que se prevea el pago de la correspondiente indemnización, no puede ser aceptada. Admitir lo contrario equivale a neutralizar la eficacia de este límite a la ley previstos por la Constitución y, lo que es lo mismo, revestir al legislador de unos poderes de injerencia en la propiedad privada más amplios de los que en realidad le han sido atribuidos por el texto constitucional. En últimas, supone asumir que la ley puede efectuar cualquier tipo de incursión en este ámbito siempre que, en caso de representar un atentado contra el contenido esencial -por desbordar el marco de la delimitación e ingresar a la órbita de la expropiación-, prevea el pago de la compensación correspondiente. El resultado global: la distorsión del sistema general de garantías patrimoniales de los ciudadanos, en general, y una merma de la garantía constitucional de la propiedad, en particular, reducida así a una simple prohibición de privación sin indemnización. Es lo que, según MIR PUIGPELAT, ocurre en el ordenamiento español por causa de la concepción amplia de expropiación imperante y de la subsecuente difuminación de las fronteras entre una y otra categoría. Vid. MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Passim*, pp. 108 y ss. Sobre esta problemática, en detalle, *vid. infra* los apartados C-2.2 b) de este capítulo y E-1.2 b'') del Capítulo Cuarto de esta investigación.

⁶⁶¹ La expresión es de PONS CÀNOVAS, Ferran. *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad, Perspectivas actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 32.

mutación de la garantía de existencia del contenido adquirido o de estabilidad del derecho (*Bestandsgarantie*) en garantía de valor (*Wertgarantie*)⁶⁶². Mientras que aquella protege la cosa en sí, el dominio que se ejerce sobre ella o sus posibilidades de aprovechamiento particular ya adquiridas, ésta asegura su valor de cambio (*Tauschwert*)⁶⁶³. Se trata, así, en el caso de la segunda, de una garantía de naturaleza subsidiaria o complementaria respecto de la primera⁶⁶⁴; cuya procedencia legítima ha sido condicionada por la Constitución con el fin de evitar que su eventual uso discrecional e indiscriminado por el legislador comporte la reducción de garantía del derecho a una simple prohibición de expropiaciones sin indemnización⁶⁶⁵.

238. Finalmente, y en consideración a la amplia aceptación de que goza en este ordenamiento la concepción *lato sensu* del derecho de propiedad constitucional⁶⁶⁶, lo mismo que al acuerdo existente sobre el amparo de la propiedad por esta garantía, si bien su definición expresa no es recurrente, tampoco parece ser foco de ninguna controversia. Para quienes asumen una postura *relativa* sobre la garantía del contenido esencial, éste determinará la obligación legal de definir un régimen jurídico dominical que conserve la sustancia del derecho con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad⁶⁶⁷. Para quienes defienden, en cambio, una postura *absoluta* de esta garantía, el contenido esencial envuelve un núcleo absoluto, sustancial e irreductible del derecho fundamental y de la garantía del instituto⁶⁶⁸. Esta garantía, se afirma entonces, debe suponer la

⁶⁶² PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Passim*, pp. 181-182.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁶⁴ *Idem*, p. 182.

⁶⁶⁵ Al tener como fin último asegurar un espacio a los individuos para la libre y responsable configuración de su existencia en el campo jurídico-patrimonial, se tiene que, necesariamente, a la garantía de la propiedad corresponde, en primer término una libertad de propiedad relacionada con el objeto, una garantía de existencia del contenido adquirido o de estabilidad del derecho (*Bestandsgarantie*) y una garantía de aprovechamiento (*Nutzungsgarantie*); y no solo la simple garantía de valor (*Tauschwertsgarantie*). Ésta resulta secundaria o accesorio respecto de aquellas. Por esto, solo opera cuando quiera que habiéndose verificado las condiciones establecidas en la Constitución, la expropiación o la socialización resulta necesaria respecto de un bien o derecho en concreto. *Cfr.* PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 29.

⁶⁶⁶ Tal es la comprensión generalizada del derecho de propiedad constitucional en el Derecho alemán desde su formulación por M. WOLFF en 1923. *Vid.* WOLFF, M. "Reichsverfassung und... *Ob. Cit.*, p. 3. Así, por ejemplo, ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des...* *Ob. Cit.*, p. 704; DÜRIG, G. "Der Staat und die... *Loc. Cit.*, pp. 14 y ss.; PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 52-53; BADURA, P. „Eigentum... *Ob. Cit.*, pp. 329 y 347; IPSEN, J. *Staatsrecht...* *Op. Cit.*, p. 180; PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte...* *Passim*, p. 227; IBLER, M. "Eigentumsdogmatik und die... *Passim*, pp. 567-568; KIMMICH, O. "La propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 152 o MAURER, H. *Allgemeines...* *Op. Cit.*, pp. 708-709, 711.

⁶⁶⁷ HESSE, K. *Grundzüge des...* *Ob. Cit.*, p. 194.

⁶⁶⁸ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 182. Para este autor, la tesis que defiende el significado relativo del contenido esencial recorta esta garantía, la equipara a la prohibición del exceso y acaba por confundir en una misma categoría dos límites que son independientes. El carácter de límite de la prohibición del exceso constituye, dice, una exigencia del propio principio de Estado de Derecho. Por ende, la garantía del artículo 19.2 GG debe tener un significado propio, independiente, cuyo sentido es preciso reconstruir a efectos de hacer operativo este límite expresamente previsto por el texto de la Ley Fundamental. *Vid. Idem.*

existencia de una sustancia o un contenido mínimo indisponible por el legislador. Para el caso de la propiedad constitucional, este núcleo absoluto y sustancial, intangible e inexcusable para el legislador, envuelve el aprovechamiento privado (*Privatnützigkeit*) de la propiedad y la facultad básica de disposición sobre el objeto del derecho⁶⁶⁹. El respeto de estos elementos medulares del derecho fundamental por la ley limitadora preserva su sustancia y previene así su desfiguración por parte del legislador.

2. La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho español.

239. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, el derecho de propiedad vincula a todos los poderes públicos y goza de un contenido esencial que deberá ser siempre atendido por el legislador al regular sus condiciones de ejercicio. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, cuyo singular desarrollo dogmático y jurisprudencial priva al contenido esencial de un protagonismo estelar y cuya evolución parece concitar en sus trazos fundamentales el acuerdo mayoritario de la doctrina, pocos asuntos despiertan tanto interés y polémica en el Derecho Público español como el contenido esencial del derecho de propiedad⁶⁷⁰. Ciertamente, y aunque también en España la doctrina ha decantado un repertorio notable de límites formales y materiales al poder de configuración del legislador⁶⁷¹, ninguno de ellos disputa su protagonismo al contenido esencial.

⁶⁶⁹ *Idem.* En sentido análogo, LEISNER, W. "Eigentum... *Ob. Cit.*, pp. 1043 y ss. PIEROTH y SCHLINK, en contraste, atribuyen este contenido y la función de límite último del legislador a la garantía del instituto que identifican en el artículo 14 párr. 1 frase 1 GG. "Por encima de ella, dicen, no puede pasar ninguna definición de la propiedad". *Vid.* PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Op. Cit.*, p. 239.

⁶⁷⁰ La tormentosa relación de la doctrina española con el contenido esencial de este derecho es plásticamente representada por el significativo número de páginas que los textos especializados dedican a esta materia, en absoluto parangonable con la atención que esta misma temática recibe en otros ordenamientos, como por ejemplo el alemán. Para citar tan solo algunos pocos ejemplos, MUÑOZ GUIJOSA, dedica 20 páginas solo al problema de la determinación del contenido esencial del derecho. *Vid.* MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, pp. 192-212. También COLINA GAREA reserva un buen número de páginas para tratar este mismo asunto ("Aproximación a la determinación del contenido esencial de la propiedad privada"): 18 en total. *Cfr.* COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, pp. 355-372. BARNÉS VÁZQUEZ, por su parte, a pesar de abordar en él números asuntos, dedica todo un capítulo a esta temática. *Vid.* el Capítulo V de la obra *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 291-368.

⁶⁷¹ También en el ordenamiento español se reconoce a la reserva de ley, el principio de proporcionalidad y al contenido esencial la condición de garantías de la efectividad del derecho de propiedad consagrado por la Constitución. *Vid.* MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Ob. Cit.*, pp. 162 y ss. Con señalamiento de otros límites, como los principios de igualdad, seguridad jurídica y de respeto a la garantía expropiatoria, BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, pp. 37-38. REY MARTÍNEZ (*cfr.* *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, pp. 370 y ss.) descarga esta responsabilidad en el principio de proporcionalidad, las normas objetivas de Derecho Constitucional, la estabilidad jurídica y la garantía expropiatoria. Desde una perspectiva general, MEDINA GUERRERO destaca el papel que en cuanto límite de los límites le asiste al contenido esencial conjuntamente con el principio de proporcionalidad. *Vid.* MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales,*

En torno a esta cuestión pivotan debates referidos en particular al artículo 33 CE, tales como cuál ha de ser la base común a la pluralidad de formas de propiedad acuñadas por el legislador⁶⁷², dónde ha de ubicarse el punto fronterizo entre intervenciones delimitadoras y expropiatorias⁶⁷³ o la línea divisoria entre intervenciones indemnizables y no indemnizables⁶⁷⁴. Hay también inquietudes

Madrid, Mc. Graw Hill, 1997, p. 116. Desde esta misma perspectiva discrepa del carácter de límite a la legislación que habitualmente se predica del principio de proporcionalidad, JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Op. Cit.*, pp. 74 y ss.

⁶⁷² BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Loc. Cit.*, pp. 274 y ss. También en este sentido COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 163 y MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, p. 192. En contra, LÓPEZ Y LÓPEZ, para quien, dada la marcada heterogeneidad de la materia abarcada por la propiedad constitucional, el contenido esencial no es más que “un espejismo”, que “no sirve para definir el derecho”. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Passim*, pp. 43-44.

⁶⁷³ Frente a la idea tradicional, según la cual el rasgo característico de la expropiación lo constituye el dato formal del carácter singular de la intervención por medio de la cual se lleva a cabo -en contraste con el carácter general de las intervenciones delimitadoras del contenido del derecho-, defienden su caracterización material como atentado contra el contenido esencial del derecho, con independencia del carácter general o singular de la medida a través de la cual se practica, DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Ob. Cit.*, p. 132; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Passim*, pp. 68 y ss.; GALÁN VIOQUÉ, Roberto. *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, CEDEC, 2001, pp. 138 y ss.; COLINA GAREA, R. *La función social de la... Op. Cit.*, pp. 390 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, p. 46; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 377, nota a pie de página No. 148; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, p. 169; BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 370 y ss; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Loc. Cit.*, p. 165. La propia jurisprudencia constitucional participa de esta visión; véase las sentencias STC 227/1988, FJ 11 y STC 170/1989, FJ 8 b). En contra, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Passim*, pp. 110-111. Para este autor “la norma que vulnera el contenido esencial no dará lugar a indemnización, sino que será inconstitucional. El contenido esencial, en definitiva, sirve de parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de expropiación”. *Vid. Idem*, p. 111. Aunque sin ahondar en las razones que le sirven de base, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO asume una postura intermedia. De acuerdo con ella es preciso reconocer que “el art. 33.3 CE opone al poder público dos conceptos distintos y complementarios de expropiación: el de privación singular (al poder público “Administración” o “legislador que expropia singularmente”) y el del contenido esencial (al legislador que regula derechos patrimoniales con alcance general). Por otra parte, deberá aceptarse que la ley que regula derechos patrimoniales con vulneración de su contenido esencial (Art. 53.1 CE) no será siempre constitucional si prevé una indemnización. En algún caso, podrá ser inconstitucional sin más”. Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 184. No obstante, este autor no señala cuál es el criterio determinante para identificar el efecto que en cada caso debe producir la vulneración de la garantía del contenido esencial.

⁶⁷⁴ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, p. 106. También CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Ob. Cit.*, p. 104. Aunque parte de una comprensión amplia de lo que es una “privación” -que incluye dentro de esta categoría a las delimitaciones desproporcionadas al contenido del derecho- es de este parecer BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Madrid, Montecorvo, 2003, pp. 30 y ss. En contra, PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las... Op. Cit.*, pp. 77 y ss. La falta de una visión clara del significado y alcance concreto del contenido esencial de la propiedad lleva a este autor a plantear la conveniencia de emplear criterios complementarios al del contenido esencial del derecho de propiedad en la tarea de diferenciar intervenciones compensables de las no compensables. En este sentido, señala como otros posibles criterios el de la exclusividad, el de la existencia de un beneficiario, o el de la relación estrecha con un bien demanial. *Vid. Idem*, pp. 85 y ss.

atinentes a la teoría general de los derechos fundamentales que se trasplantan a la sede concreta del artículo 33 CE y se centran en debatir el carácter objetivo⁶⁷⁵ o subjetivo⁶⁷⁶, relativo⁶⁷⁷ o absoluto⁶⁷⁸, declarativo o constitutivo de la garantía del contenido esencial de la propiedad⁶⁷⁹; lo mismo que el alcance del término esencial, bien como certeza de un “mínimo”⁶⁸⁰, bien como aseguramiento de la “sustancia o esencia”⁶⁸¹ del derecho consagrado. El procedimiento por el cual puede ser reconstruido este contenido ha sido igualmente objeto de debate⁶⁸².

⁶⁷⁵ BAÑO LEÓN, J. M. “La distinción entre... *Op. Cit.*, p. 164 (Este autor rectifica expresamente este planteamiento en un escrito reciente: *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, p. 1782, nota a pie de página No. 2 y p. 1793). En sentido análogo, *Cfr.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Algunas reflexiones sobre el... *Passim*, p. 1263 y PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos... Ob. Cit.*, p. 422.

⁶⁷⁶ JIMENEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, p. 68. También COLINA GAREA, R. *La función social de la... Op. Cit.*, p. 383; BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Passim*, p. 1793; MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Passim*, pp. 192, 198 y 210.

⁶⁷⁷ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Op. Cit.*, p. 147, nota a pie de página No. 18.

⁶⁷⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las... Loc. Cit.*, p. 54.

⁶⁷⁹ REY MARTÍNEZ alude a los planteamientos de la doctrina general del Derecho constitucional (*Vid.* DE OTTO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 127; también PRIETO SANCHÍS, Luis. “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 2, 1982, pp. 398-399) sobre el valor meramente retórico o declarativo de los efectos de la cláusula de garantía del contenido esencial de los derechos. De acuerdo con esta postura, tales efectos no tendrían nunca carácter constitutivo, en cuanto no añaden ni representan una mayor o más amplia vinculación o resistencia al valor normativo predicable de cualquier precepto constitucional por el simple hecho de ser parte del Texto Supremo. *Cfr.* REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, pp. 306-307. En contra, COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 382 y ss. También MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, p. 195, nota a pie de página No. 85 *in fine*.

⁶⁸⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Passim*, p. 107.

⁶⁸¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Op. Cit.*, pp. 251-252. También COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 383 y MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, p. 196.

⁶⁸² Así, por ejemplo, PÉREZ LUÑO remite la reconstrucción del contenido esencial del derecho a una compleja fórmula que combina elementos de una interpretación sistemática de la Constitución (que integra tanto los elementos presentes en el artículo 33 CE -reconocimiento del derecho, función social y expropiación-, como en el resto del texto constitucional -libertad individual, derecho al trabajo, Estado social, sistema económico de mercado, etc.-), con elementos extraconstitucionales, jurídicos (legislación civil, penal, administrativa, etc.) y extrajurídicos (datos sociológico-políticos que pueden estar presentes en el contenido esencial del derecho y pueden ser reflejo de la “conciencia social” que del mismo se tiene en un determinado momento histórico en una comunidad). *Cfr.* PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos... Op. Cit.*, pp. 422 y ss. Otros, como MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, estiman innecesario emprender una labor que ya figura en la regulación del Código Civil. Además de fijar el contenido del derecho, dice, este último establece su contenido esencial. *Vid.* MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las... Loc. Cit.*, p. 60. MONTÉS apela a “criterios hermenéuticos y heurísticos basados en la conciencia social, en la realidad del tiempo presente, como ordena el artículo 3º del Código Civil, con un cierto margen de arbitrio judicial”. *Cfr.* MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Ob. Cit.*, p. 227. REY MARTÍNEZ, por su parte, asume los planteamientos del Tribunal Constitucional (STC 11/1981, FJ 8), y sostiene que la determinación del contenido esencial de este derecho supone el

Pero, sin duda, la mayor controversia gravita en torno a la determinación del significado específico del contenido esencial del derecho de propiedad⁶⁸³.

240. Ciertamente, la pregunta acerca de cuándo se considera que una inmisión en el contenido del derecho posee tal intensidad que atenta contra ese núcleo fundamental que la Constitución garantiza y ha de entenderse infringido el límite fijado a la potestad de configuración del legislador resulta una de las más arduas dentro de una temática de suyo complicada. Frente a la marcada indeterminación constitucional en este punto, las dificultades metodológicas que comporta la resolución de esta incógnita no deben ser desestimadas ni minusvaloradas⁶⁸⁴. Derivan del hecho que para la reconstrucción concreta del contenido esencial de este derecho es preciso apelar, según la jurisprudencia constitucional⁶⁸⁵, al uso complementario de criterios materiales (utilidad privada) y formales (recongnoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta)⁶⁸⁶ que, como lo evidencia su manejo por parte del propio juez constitucional, ofrecen pocas respuestas certeras en esta materia. De un lado, más que una definición concreta de lo que es el contenido esencial de la propiedad, estos criterios representan una pauta ofrecida por la jurisprudencia constitucional para su identificación en un caso concreto⁶⁸⁷. De otro, tanto uno como el otro resultan en extremo abstractos e

empleo complementario de los criterios de la “vía interna” (parte de la naturaleza jurídica del derecho y procura identificar el haz de facultades típicas que otorga y que permiten identificarle como perteneciente a un tipo), y la “vía externa” (busca identificar los intereses protegidos por el derecho). Vid. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 308-309. En contraste con la postura de REY MARTÍNEZ, DE MARCOS FERNÁNDEZ se muestra crítica de la generalidad de los criterios definidos por la jurisprudencia constitucional y de su incompatibilidad con la amplitud del concepto constitucional de propiedad. En su parecer, por una parte, “la abstracción de estos criterios permite una gran flexibilidad en la definición del contenido esencial de los derechos; en la práctica estas fórmulas remiten a la concepción del derecho que tiene la sociedad en ese momento y que refleja la elaboración dogmática del mismo en el momento histórico correspondiente”. Por otra, “[e]l carácter genérico del concepto constitucional de propiedad impide que la aplicación de los criterios jurisprudenciales citados sirva con carácter general para resolver el problema de si se incide o no en el contenido esencial de la propiedad”. Cfr. DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, p. 134. En esta misma línea, otros como CARRILLO DONAIRE, ante “la indefinición constitucional sobre el grado o el tipo de utilidad individual que un bien debe reportar a su propietario” y la necesidad de que ésta esté siempre “supeditada a la función social”, subrayan la necesidad de efectuar una construcción tipológica del contenido esencial. Cfr. CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres administrativas... Passim*, p. 75.

⁶⁸³ No en vano, éste ha sido calificado como “el problema básico de la hermenéutica del artículo 33” CE por PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos... Passim*, p. 422.

⁶⁸⁴ En efecto, la forma como están redactados los enunciados que consagran derechos fundamentales impide identificar en la letra de la Constitución cuál es el núcleo protegido como esencial por esta garantía. De ahí que, en últimas, como señala REY MARTÍNEZ, “[e]l problema no es tanto precisar *qué* es la imagen maestra, en cuanto principio que asegura y da coherencia al derecho, cuanto *cómo* determinarla (ya que el contenido esencial no se *halla*, sino que debe *construirse*)”. Vid. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 309.

⁶⁸⁵ Cfr. STC 11/1981, FJ 8. El método aplicado por el Tribunal Constitucional en este fallo es explicado en detalle por PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los... *Ob. Cit.*, pp. 186 y ss.

⁶⁸⁶ STC 37/1987, FJ 2.

⁶⁸⁷ PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las... Ob. Cit.*, p. 77.

indeterminados; con lo cual, como afirma DE MARCOS FERNANDEZ, “en la práctica estas fórmulas remiten a la concepción del derecho que tiene la sociedad en ese momento y que refleja la elaboración dogmática del mismo en el momento histórico correspondiente”⁶⁸⁸.

241. Esta aproximación ha llevado al Tribunal Constitucional a sostener que el contenido esencial del derecho de propiedad debe ser entendido como “la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”⁶⁸⁹. Definición que, como puede observarse, si bien se presenta lo suficientemente amplia y abierta como para poder cubrir la entera extensión del ámbito abarcado por la propiedad constitucional y ajustarse a los cambios que impone la dinámica del sistema democrático y de la economía de mercado, antes que ofrecer respuestas concluyentes, las difiere para otro momento –el de responder de qué dependen la reconocibilidad del tipo y la practicabilidad del derecho– y termina por generar incertidumbre y nuevos interrogantes. Lejos de tener una contestación unívoca, la pregunta de cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad da lugar, en el Derecho español, a un intrincado debate. Además de la falta de consenso existente acerca del concepto, objeto y contenido de la propiedad constitucional⁶⁹⁰, a ello contribuye la dudosa reconstrucción jurisprudencial de la imagen global del contenido esencial (entendido como definido por utilidad individual y función social), ampliamente acogida por la doctrina, con consecuencias perturbadoras sobre la concepción general y operatividad concreta del sistema de garantía del derecho de propiedad.

242. A continuación se efectuará un breve análisis de los planteamientos del Tribunal Constitucional en punto al contenido esencial de este derecho a la luz de las que se estima constituyen las problemáticas centrales de este desarrollo jurisprudencial. Dos son, fundamentalmente, los principales problemas que se identifican en esta materia en el ordenamiento constitucional español. El primero de ellos hace referencia a la palmaria vaguedad del concepto elaborado; el segundo, al enfoque un tanto equívoco que se ha dado a esta temática, divergente de la finalidad y sentido originarios del contenido esencial como garantía del derecho (artículo 53.1 CE).

⁶⁸⁸ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Op. Cit., p. 134.

⁶⁸⁹ Tribunal Constitucional, STC 37/1987, FJ 2. En igual sentido, véase las sentencias STC 170/1989, FJ 8 b); 89/1994, FJ 4; y 204/2004, FJ 5.

⁶⁹⁰ Es preciso distinguir entre el objeto y el contenido de la propiedad constitucional. El primero alude al ámbito normativo del artículo 33 CE, es decir, a aquella porción de la realidad sujeta al régimen previsto por esta disposición. El segundo hace referencia, por su parte, a las atribuciones que la Constitución concede al titular del derecho para que ejerza o disfrute del ámbito de actuación que le es inherente. Como se apreciará en detalle más adelante, uno y otro se encuentran claramente determinados por la concepción (*lata* o *stricto sensu*) que se asuma de este derecho.

2.1. La cuestión de la indeterminación del concepto de contenido esencial del derecho de propiedad.

243. En cuanto al problema de la indeterminación de la noción de contenido esencial del derecho de propiedad acuñada por el Tribunal Constitucional, cabe decir que desde la STC 37/1987 éste ha mantenido que aquel debe ser entendido como “la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”⁶⁹¹. La constatación de la pluralidad de propiedades cubiertas por el artículo 33.1 CE lleva al juez constitucional a fijar una concepción abierta, de contornos vaporosos y fluidos, contraria a la existencia de un arquetipo atemporal del derecho. Al tiempo que favorece la dinámica de la evolución y transformación del Derecho en un sistema democrático y pluralista como el constitucionalmente instaurado, esta visión responde adecuadamente a las exigencias de su emplazamiento en el marco de una economía de mercado.

244. Sin embargo, esta noción resulta tan indeterminada que acaba por desdibujar la garantía consagrada. Tomada en su literalidad, esta fórmula supone, en la práctica, como señala DE MARCOS FERNANDEZ⁶⁹², una remisión a la realidad conceptual o dogmática imperante sobre el derecho en un determinado momento histórico. Representa, entonces, una *notable relativización de la garantía* de permanencia de la institución. Por esto es preciso indagar más allá. Analizada en sus términos concretos, o bien encarna una huída encubierta de la Constitución, o bien una innecesaria circunlocución: el empeño por evadir la expresa enunciación de aquello que se sabe constituye la “esencia” del derecho y ha de permanecer inalterado, pero se silencia para evitar el riesgo y los señalamientos de encallar en la tradición o en la voluntad histórica del constituyente⁶⁹³. La referencia tanto a la reconocibilidad, como a la practicabilidad del derecho, dan por sentada una imagen de la propiedad que, sin perjuicio de la natural apertura a la actualización inherente a la Constitución y al Derecho⁶⁹⁴, debería ser explicitada. Más cuando de ello dependen aspectos centrales del régimen general de la propiedad constitucional.

⁶⁹¹ Tribunal Constitucional, STC 37/1987, FJ 2. En igual sentido, véase las sentencias STC 170/1989, FJ 8 b); 89/1994, FJ 4; y 204/2004, FJ 5.

⁶⁹² DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Op. Cit., p. 134.

⁶⁹³ En este sentido apunta, por ejemplo, la crítica a la que denomina concepción “espacial o topográfica” del contenido esencial de los derechos fundamentales -según la cual a éste es inherente un núcleo irreductible o indisponible por el legislador-, JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales...* Op. Cit., pp. 70 y ss. En su parecer, ésta no entraña más que “el ilusorio empeño de reproducir, a través de un razonamiento indagador, la imagen acabada de un concepto fijado para todo tiempo”. Vid. *Idem*, p. 72.

⁶⁹⁴ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la...” Loc. Cit., p. 51.

245. Ciertamente, como se ha mencionado ya, la respuesta dada por jurisprudencia⁶⁹⁵ y doctrina⁶⁹⁶ a cuestiones tan relevantes como la diferenciación entre intervenciones expropiatorias y delimitaciones del contenido del derecho dependen del concepto de contenido esencial. A ello se suma, por otro lado, que la efectiva realización del interés general inherente a la función social del derecho presupone la atribución y garantía al propietario de un mínimo de facultades que hagan posible la prosecución de sus intereses personales de un modo socialmente útil. De ahí que además de asegurar la permanencia de la institución, la garantía del contenido esencial pretenda asimismo asegurar mínimamente el balance entre interés general e interés particular en los regímenes que el legislador establece para el ejercicio del derecho; cuestión decisiva tanto para la satisfacción de los intereses protegidos por el módulo individual del derecho (función privada del derecho), como para la efectiva actuación del modelo de cooperación Estado-propietarios constitucionalmente establecido vía proclamación de la función social de la propiedad⁶⁹⁷. En consecuencia, más que una remisión abierta al estado de cosas imperante en un momento dado, la garantía constitucional del contenido esencial exige una formulación más concreta, *que asegure su operatividad y funcionalidad al interior del sistema constitucional de la propiedad privada*. Estando ella implícita en la fórmula acogida por la jurisprudencia -en la imagen que hace reconocible y practicable el derecho-, no parece justificada su elusión.

246. Sea como sea, y a pesar de haber sentado los parámetros que deben guiar la identificación del contenido esencial en cada caso concreto y presuponer una imagen concreta del derecho -o de sus tipos-, vistos con atención, los criterios material y formal aportados por la jurisprudencia no ofrecen tampoco una respuesta concluyente a la pregunta sobre cuál es el reducto intangible del derecho de propiedad que garantiza el artículo 53.1 CE. El criterio material, de una parte, se presenta como demasiado vago e incierto. Supone, según ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, FJ 8), preguntarse para qué ha sido concebido el derecho en cuestión. El interrogante sobre el sentido y la finalidad del derecho hará posible encontrar los intereses jurídicamente protegidos como médula o núcleo central del mismo. Con base en esta respuesta

⁶⁹⁵ Véase las sentencias STC 227/1988, FJ 11 y 170/1989, FJ 8 b).

⁶⁹⁶ MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* Loc. Cit., pp. 239 y ss.; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Ob. Cit., p. 132; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* Passim, pp. 68 y ss.; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del...* Op. Cit., pp. 138 y ss.; COLINA GAREA, R. *La función social de la...* Op. Cit., pp. 390 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la..." Passim, p. 46; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* Ob. Cit., p. 169; BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* Passim, pp. 370 y ss.; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el...* Loc. Cit., p. 165. En contra de este planteamiento, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* Passim, pp. 110-111.

⁶⁹⁷ No debe olvidarse que la permanente conjunción entre función social y utilidad privada constituye, a grandes rasgos, el rasgo más notable de la propiedad constitucional. Ellos representan, sin duda, los elementos fundamentales de la arquitectura constitucional de la propiedad. De ahí que sea preciso salvaguardar el equilibrio existente entre ellos. La garantía del contenido esencial con que el artículo 53.1 CE protege a este derecho busca, precisamente, preservar este balance mediante la definición de una limitación a la potestad de configuración del contenido del derecho que el artículo 33.2 CE otorga al legislador.

puede concluirse que el contenido esencial será entonces “aquella parte del contenido del derecho que es *absolutamente necesaria* para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁶⁹⁸. Para el caso específico de la propiedad privada, ello tropieza con la dificultad –a la que se hará mención en el apartado siguiente– de la equívoca formulación del contenido esencial por la jurisprudencia constitucional. Desde la STC 37/1987, FJ 2, ésta suele aludir a la utilidad privada y a la función social como elementos básicos para la determinación del contenido esencial del derecho. Tal como es analizado a continuación, la ambigüedad de este planteamiento impide aprehender con claridad el objeto protegido por la garantía del contenido esencial y acaba por introducir factores que perturban la cabal comprensión y funcionamiento del esquema de protección del derecho de propiedad constitucional.

El criterio formal, de otra parte, que exige una “recongnoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta”⁶⁹⁹, resulta igualmente genérico e indeterminado. Más cuando invocar un tipo abstracto de la propiedad constitucional supone una dificultad adicional, derivada de la falta de consenso en torno al alcance concreto del objeto y del contenido de este derecho. Para algunos, en lo que concierne a su objeto, la propiedad constitucional “protege todo tipo de derechos e intereses de contenido patrimonial”⁷⁰⁰. Para otros, en cambio, en línea con la visión tradicional de este derecho y su regulación en la codificación (artículo 348 CCE), recae únicamente sobre cosas corporales⁷⁰¹. En lo relativo a su contenido, hay quienes sostienen que representa la atribución de facultades concretas (goce o aprovechamiento determinable sin necesidad de intermediarios y poder de disposición, esto es, facultad de transferencia o traslación)⁷⁰². Otros ven en la propiedad constitucional un dominio pleno, carente de un contenido determinado, referido a ésta o aquella facultad de uso o aprovechamiento específica, que alude más bien a una suma de poderes y

⁶⁹⁸ STC 11/1981, FJ 8.

⁶⁹⁹ STC 11/1981, FJ 8.

⁷⁰⁰ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Ob. Cit., p. 162. En sentido análogo RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la...” Op. Cit., p. 168; AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuesta para...” Ob. Cit., p.941; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del...* Loc. Cit., pp. 146 y ss.; también REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* Passim, pp. 255-256; PARADA, R. “Evolución y crisis del...” Passim, p. 47, nota a pie de página No. 11 y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* Ob. Cit., p. 42. El Tribunal Constitucional acoge expresamente este planteamiento en la STC 204/2004, FJ 5.

⁷⁰¹ MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* Ob. Cit., p. 93.

⁷⁰² PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las ...* Op. Cit., pp. 77 y ss. En sentido análogo MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* Loc. Cit., p. 211; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las...* Ob. Cit., p. 60; Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Algunas reflexiones sobre el...” Op. Cit., p. 1263 y BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional ...* Loc. Cit., pp. 315 y ss. En igual sentido, aunque partiendo de un concepto amplio de propiedad, que extiende su cobertura a toda posición jurídico patrimonial amparada por el Derecho, de este mismo autor, véase su trabajo “El derecho de propiedad en ...” Op. Cit., p. 48 y ss. Igualmente SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 76 y ss.

facultades de contenido global o pleno⁷⁰³. Hay también, en fin, quienes a partir de una concepción amplia de la propiedad constitucional pregonan la ausencia de rasgos comunes que permitan identificar las facultades que integran el contenido del concepto constitucional de propiedad⁷⁰⁴ o remiten, genéricamente, a la utilidad económica del bien para su titular⁷⁰⁵. La diferencia entre asumir una postura u otra es crucial.

En función de la posición que se acoja el espectro de la propiedad constitucional se amplía o se contrae decisivamente y su contenido esencial será una cosa u otra. Así, por ejemplo, acoger una postura *lato sensu* del objeto de la propiedad –como se hace en este escrito– supone extender su protección a todo tipo de derechos e intereses de contenido patrimonial que ampara el Derecho. El resultado: la idea de un tipo abstracto de propiedad se ensancha de tal manera que se desdibuja notoriamente: engloba figuras tan disímiles como el dominio-derecho real, el usufructo, el derecho de arrendamiento o los títulos administrativos que amparan usos privativos, que apenas si resulta posible identificar en ellos rasgos comunes. Por ende, y aquí estriba la principal consecuencia, las facultades que tradicionalmente se predicaban como contenido de la propiedad derecho real (derecho o facultad de goce o disfrute, derecho o facultad de disposición) dejan de ser genéricamente predicables de la propiedad constitucional, para pasar a ser tan sólo atributos propios de *un tipo específico de derecho* adscrito a su órbita de protección. Nada de esto ocurre, en contraste, de asumir una postura *stricto sensu* del objeto de la propiedad constitucional. Ello hace posible retener los contornos bien delineados del haz de facultades inherentes al derecho en el Código Civil. No obstante, aferrarse en este punto a la tradición no sólo supone renunciar a una interpretación fiel e integral de la Constitución, sino también a una hermenéutica que se acomode a las múltiples exigencias de nuestro tiempo⁷⁰⁶. Sobre este punto se volverá en detalle en el Capítulo Tercero de este trabajo.

⁷⁰³ DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de... Passim*, p. 143.

⁷⁰⁴ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, p. 135. Producto de la referida ausencia de rasgos comunes y de la imposibilidad de tipificar un único contenido del concepto constitucional de propiedad, afirma esta autora, el criterio de la recongnoscibilidad resulta inviable frente a este derecho. “Únicamente sería posible aplicar este criterio en relación con cada uno de los supuestos en concreto, es decir, mediante la determinación en cada caso de si la regulación en cuestión impide la recongnoscibilidad del tipo abstracto de que se trate. Así por ejemplo, se trata de analizar si la regulación del derecho de propiedad en un caso concreto resulta reconocible a la luz del tipo abstracto de este derecho o si la regulación de una concesión demanial en un sector determinado resulta conforme con el tipo abstracto de concesión demanial. No obstante este tipo de planteamiento no es compatible con la interpretación jurídico-constitucional de los derechos fundamentales; en ningún caso resulta admisible la consagración de una interpretación del derecho de propiedad según la Ley. Este tipo de interpretación conduciría a la petrificación del ordenamiento jurídico y resulta incompatible con la comprensión de los derechos fundamentales que deriva de la Constitución como norma de aplicación directa”. *Cfr. Idem*, p. 135, nota a pie de pg. No. 91.

⁷⁰⁵ BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Loc. Cit.*”, p. 1782.

⁷⁰⁶ *Vid.* en este sentido el planteamiento de MUÑOZ GUIJOSA sobre la interpretación aislada (¿asistemática?) de cada uno de los tres apartados que componen el artículo 33 CE. Para esta autora, mientras que el artículo 33.1 CE recoge la idea de propiedad originaria del Código Civil (propiedad sobre cosas corporales), el instituto expropiatorio (artículo 33.3 CE) recae sobre “la

247. En suma, la falta de una descripción formal de aquello que constituye el referido contenido esencial supone su reconstrucción dogmática y encierra una tarea que parece no estar todavía resuelta⁷⁰⁷. Tal como ha sido articulado por la jurisprudencia constitucional, más que ofrecer respuestas satisfactorias a la multitud de preguntas que gravitan en torno suyo o de brindar certezas en punto a la efectividad del derecho - esperables en atención a la relevancia del papel que le encomendó la Constitución a esta garantía-, **la indeterminación del contenido esencial del derecho de propiedad hace de él fuente de nuevas incógnitas e incertidumbres.**

2.2. La cuestión de la equívoca formulación del concepto de contenido esencial del derecho de propiedad.

248. El análisis del segundo punto requiere examinar ya no el concepto específico y su indeterminación, sino la formulación global del contenido esencial del derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su particular empeño por subrayar la relevancia de la (innegable) transformación operada en el instituto dominical tras la incorporación de la función social dentro de la estructura del derecho distorsiona la cabal comprensión de la *misión de garantía* del derecho que originalmente le incumbe al contenido esencial. De acuerdo con la más célebre de sus formulaciones, “la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que *debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.* Utilidad individual y función social definen, por

totalidad de posiciones jurídicas de carácter patrimonial”. Cfr. MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Ob. Cit.*, pp. 91-92. Por esta causa, en su concepto, derecho de propiedad y expropiación poseen ámbitos materiales disímiles. Esto explica que, en su parecer, la propiedad intelectual no goce de la protección del artículo 33.1 CE, pero sí constituya un bien expropiable. *Vid. Idem*, pp. 89-90. Además de suponer una evidente asimetría entre la posición del propietario –desprovista así de la garantía constitucional del derecho que representa el artículo 33.1 CE- y las notables posibilidades de intervención estatal sobre ella que surgen de una potestad expropiatoria así configurada, esta postura deja fuera del ámbito de cobertura de la función social a buena parte de las posiciones jurídico-patrimoniales existentes hoy en día. Naturalmente esto no les pone fuera del alcance de la intervención del Estado, pero sí les priva de las garantías que son inherentes al régimen constitucional de la propiedad (garantía del derecho, intervenciones limitadas por límites constitucionalmente previstos, reserva de ley y garantía expropiatoria) y remite su amparo al principio de legalidad. Adicionalmente, al quebrar la relación intrínseca que liga los apartados 1 y 3 del artículo 33 CE, desconoce que “un concepto determinado de propiedad arrastra un concreto concepto de expropiación y que cada concepto de expropiación tiene detrás, como presupuesto, uno distinto de propiedad”. *Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... Ob. Cit.*, p. 159.

⁷⁰⁷ *Vid.* en este mismo sentido AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuestas para... *Loc. Cit.*, pp. 951 y 963.

tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”⁷⁰⁸ (cursivas fuera de texto).

249. Como es destacado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO⁷⁰⁹, el énfasis puesto en resaltar que la función social y las limitaciones que de ella se desprenden forman parte de la estructura o del contenido del derecho de propiedad ha llevado a que se afirme, por ejemplo, que “la función social se incluye dentro del contenido esencial del derecho de propiedad”⁷¹⁰. Se ha dicho igualmente que “representando el contenido esencial la sustancia del derecho y debiendo por tanto tal sustancia reflejar la estructura de aquél según su configuración constitucional, la función social deberá contar con el necesario reflejo en el contenido esencial del derecho de propiedad”⁷¹¹. Si bien estos planteamientos parten de la idea sugerida –no expresamente sentada– por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual función social y utilidad individual integran el núcleo fundamental del derecho de propiedad privada en la Constitución⁷¹², conllevan *apartarse de la lógica que informa la figura del contenido esencial y suponen un flanco abierto y una distorsión en la forma como se comprende la garantía constitucional de la propiedad*. De un lado, y desde un punto de vista conceptual, la función social no puede ser parte integrante de él. De otro, y desde una perspectiva tanto dogmática como operativa, tales planteamientos envuelven el germen de una pretendida singularidad del contenido esencial de la propiedad que acaba por menguar o diluir su función de garantía del derecho y conduce a una perniciosa infravaloración global del mismo⁷¹³.

250. En cuanto a lo primero, es preciso observar que tal como se expresa en el artículo 33.2 CE, la función social delimita el contenido de los derechos de propiedad y herencia de conformidad con lo establecido en las leyes. Supone

⁷⁰⁸ Tribunal Constitucional, STC 37/1987, FJ 2. Este planteamiento es recogido de manera constante por la jurisprudencia constitucional. *Vid.* p. ej., las sentencias STC 227/1988, FJ 11; 170/1989, FJ 8 o 89/1994, FJ 4 y 204/2004, FJ 5.

⁷⁰⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 177.

⁷¹⁰ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 41, nota a pie de página 88. En el mismo sentido AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuestas para... *Ob. Cit.*, p. 941. Aunque en términos más ambiguos, este planteamiento se encontraba esencialmente formulado por el primero de los autores citados en un trabajo precedente. De acuerdo con lo expuesto en dicha oportunidad, dos elementos inescindibles integran el contenido esencial de la propiedad constitucional: la rentabilidad económica del titular y la eficacia difusiva frente a la colectividad. *Vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Op. Cit.*, pp. 291-292 y 306-307. Este razonamiento le conducía a afirmar que “el contenido esencial del derecho de propiedad reside en lo que, sumariamente, podríamos calificar como *aprovechamiento difusivo*. De manera que en la íntima sustancia del derecho en cuestión, cabe reconocer este doble aspecto de poder o libertad y de funcionalidad social, plenamente identificados” (cursivas del texto). *Cfr. Idem*, pp. 306-307. La divergencia frente a lo que, en rigor, debe representar la garantía del contenido esencial es, pues, significativa.

⁷¹¹ MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* *Loc. Cit.*, p. 201.

⁷¹² STC 37/1987, FJ 2.

⁷¹³ Para BAÑO LEÓN esta minusvaloración del derecho de propiedad proviene de la propia Constitución que explícitamente le excluyó del recurso de amparo. *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, pp. 1781 y ss.

entonces un título de intervención, un límite al derecho cuya concreta articulación es remitida al legislador. Corresponde a éste delimitar el contenido del derecho con arreglo a las directrices que manan de aquella⁷¹⁴. De ahí que sea imperativo fijar una frontera a dicho poder de injerencia en el ámbito protegido por el derecho. La garantía del contenido esencial (artículo 53.1 CE) cumple esta finalidad: *señala un punto más allá del cual no le es permitido penetrar legítimamente al legislador*⁷¹⁵. Es, entonces, **un límite al límite. Por ende, en rigor, el contenido esencial no puede incluir a la función social**⁷¹⁶. Que en un Estado social de Derecho la función social de la propiedad sea parte esencial de *la estructura del derecho* no puede significar que ella integre además su *contenido esencial*. Éste debe recaer únicamente sobre un mínimo de *utilidad individual* del propietario⁷¹⁷. Entender lo contrario supone difuminar la imagen de aquello que se busca proteger, en detrimento de la funcionalidad y sentido de esta garantía constitucional.

Pese al tratamiento equívoco dado por la jurisprudencia constitucional a este punto –evidenciado en el pasaje del FJ 2 de la STC 37/1987 citado al comienzo de este apartado–, su desarrollo envuelve, en últimas, tanto en la misma sentencia STC 37/1987, como en pronunciamientos posteriores, una formulación que permite corroborar la no inclusión de la función social en el contenido esencial. Así, por ejemplo, en la STC 37/1987, FJ 2, el Tribunal Constitucional alude en concreto a la imposibilidad de anular la “utilidad meramente individual del derecho”⁷¹⁸ o la “rentabilidad del propietario o de la empresa” como mínimo irreductible de la propiedad frente a las exigencias que la función social impone al derecho. En esta misma línea, en la STC 89/1994 (FJ 5) se hace referencia a la “pérdida o vaciamiento de la utilidad económica” como barrera a las limitaciones que el legislador fija al derecho de propiedad⁷¹⁹. De esta forma, a pesar de la

⁷¹⁴ MONTÉS, V. *La propiedad privada en el...* Ob. Cit., p. 184.

⁷¹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la...” Loc. Cit., p. 177.

⁷¹⁶ *Idem.* También GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad...” Ob. Cit., p. 143. En su parecer, un planteamiento semejante “altera una interpretación equilibrada de los Derechos Fundamentales”. Cfr. *Idem.* Análogo es el planteamiento de M. ARAGÓN REYES sobre la función social de la libertad de empresa, extrapolable al ámbito de la propiedad. En su opinión no resulta admisible entender que aquella forma parte del núcleo esencial de este derecho “ya que el contenido esencial es límite de los límites, esto es, reducto no susceptible de limitación; los límites son externos, no internos, respecto del contenido esencial”. Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel. “Libertad de empresa”, en ARAGÓN REYES, M. (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 220.

⁷¹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la...” Op. Cit., p. 177. En este mismo sentido, BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la...” Ob. Cit., p. 1782. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las...* Loc. Cit., p. 53.

⁷¹⁸ *Vid.* también las sentencias STC 170/1989, FJ 8 y 204/2004, FJ 5.

⁷¹⁹ Más explícito que el texto de la sentencia es, en este sentido, el voto particular del Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo: tras manifestar, al hilo de la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, que función social y utilidad privada conforman el contenido esencial del derecho de propiedad, afirma que “habrá que decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad -porque alguno tiene que haber- cuya pervivencia tras la acción del Legislador es indispensable para que la propiedad que ahora consideramos (la inmobiliaria) sea reconocible como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por

ambigüedad de sus declaraciones en punto a la necesidad de considerar siempre la función social al momento de determinar el contenido esencial del derecho de propiedad, está claro que ello no puede significar su inclusión dentro de este *reducto privilegiado del derecho*⁷²⁰. En últimas, *lo verdaderamente relevante para efectos de establecer si se ha atentado o no contra la substancia íntima del derecho será siempre definir, en concreto, cuándo se entiende que se ha perdido la utilidad privada inherente al derecho*. Así las cosas, a pesar de definir sustantivamente la singularidad de la propiedad constitucional, formar parte de su estructura global y desplegar sus efectos desde el propio ámbito interno del derecho, *la función social no está inserta dentro del contenido esencial de la propiedad privada en la Constitución*. Como será puesto de relieve más adelante, otra es su finalidad y otro su lugar dentro del complejo diseño constitucional de este derecho. La cuestión crucial para este punto pivota entonces, indiscutiblemente, como se señaló líneas arriba, en torno a *la utilidad privada*⁷²¹.

251. El esclarecimiento de este primer punto permite emprender el análisis del segundo, relacionado con las reservas que desde una doble perspectiva, dogmática y operativa, suscita la idea de la pretendida *singularidad del contenido esencial de la propiedad*. La falta de claridad sobre aquello que constituye o integra el contenido esencial del derecho incide no sólo en la forma como éste es conceptualizado; influye también en el papel que se le otorga y en el modo como se concibe su régimen de protección constitucional. Se afirma así que a diferencia de lo que acontece con otros derechos fundamentales, la propiedad representa un *caso especial* en lo tocante a su contenido esencial: no toda intervención que atente en su contra resulta inconstitucional y se encuentra, por ende, proscrita. Lo será sólo si, se dice, no se tienen en cuenta las exigencias del art. 33.3 CE; disposición

relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora en tanto institución jurídica” (cursivas fuera de texto).

⁷²⁰ Aunque doctrinalmente se pregona, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que función social y utilidad individual integran el núcleo fundamental del derecho de propiedad privada en la Constitución, de una u otra manera, se acaba poniendo el acento en el momento subjetivo del derecho. Así, por ejemplo, para DE MARCOS FERNÁNDEZ “[I]a intervención en la propiedad constitucional no puede determinar la privación de la utilidad privada económica del bien sobre el que recae: la privación de la utilidad económica determina la exigencia de la aplicación de la garantía expropiatoria y, en consecuencia, la correspondiente previsión legal de indemnización” (cfr. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, p. 163). Desde su particular posición, según la cual rentabilidad económica del titular y eficacia difusiva frente a la colectividad integran inescindiblemente el contenido esencial de este derecho, BARNÉS VÁZQUEZ afirma que, en definitiva, “*la ecuación cargas-beneficios en que se traduce, descriptivamente, el contenido dominical ha de resolverse, en todo caso, a favor de una cierta rentabilidad o margen de beneficio para el titular*” (cfr. *La propiedad constitucional... Loc. Cit.*, p. 329, nota a pie de página No. 57). Este planteamiento es reiterado por este mismo autor en otro trabajo sobre la materia, ahora ya con el fundamento jurisprudencial que representa la STC 37/1987, véase “El derecho de propiedad en ... *Passim*, p. 41. En sentido análogo, también REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la ... Op. Cit.*, pp. 311 y ss; CARRILLO DONAIRE, J. *Las servidumbres ... Loc. Cit.*, p. 75 y ss. En últimas, como puede observarse, *el recurso a un criterio material enfrenta siempre a la realidad que la utilidad privada emerge invariable como el aspecto central de esta problemática*.

⁷²¹ En este sentido, Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 177. También BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Op. Cit.*, p. 1782.

que envuelve una habilitación directa para penetrar legítimamente en ese ámbito y despojar a los particulares de su propiedad⁷²². Así, mientras que en cualquier otro caso toda intervención contraria al contenido esencial de un derecho fundamental será inconstitucional, *en el supuesto de la propiedad lo será sólo si infringe los requisitos establecidos al respecto por la regulación del instituto expropiatorio* (artículo 33.3 CE); en especial la indemnización⁷²³. Se trata, a mi juicio, de una interpretación que resulta problemática.

252. Dogmáticamente no existen razones que permitan justificar la pretendida excepcionalidad del contenido esencial del derecho de propiedad. El enunciado del artículo 53.1 CE proclama una garantía de manera general:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1 a)”. (cursivas fuera de texto)

Al formar parte del bloque de derechos amparados por la garantía consagrada, no existen, en principio, en el artículo 53.1 CE, razones que permitan postular la vigencia de un régimen especial para el caso de la propiedad. No obstante, la corroboración que el artículo 33.3 CE admite la legítima privación del derecho en casos donde se cumplan las exigencias previstas para la procedencia del instituto expropiatorio (*causa expropiandi*, procedimiento e indemnización) daría pie para esta interpretación. Se entendería que con ello la Constitución articula un régimen especial para el caso de la propiedad, en el cual su contenido esencial presenta una “notable peculiaridad”⁷²⁴: “consiente que el derecho de propiedad ceda en presencia de un interés público prevalente siempre que se les entregue a cambio a los propietarios una indemnización adecuada”⁷²⁵. De este razonamiento se desprende una conclusión igualmente cuestionable desde el prisma del artículo 53.1 CE y la teoría general de los derechos fundamentales: “el contenido esencial no constituye formalmente un límite a la actuación del legislador sino que la Constitución establece los requisitos –garantía expropiatoria– para que

⁷²² Así, p. ej., BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 370 y ss. También DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Loc. Cit.*, p. 132; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, p. 138; COLINA GAREA, R. *La función social de la... Op. Cit.*, p. 384; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 46-47; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Loc. Cit.*, p. 169.

⁷²³ *Vid.* STC 227/1988, FJ 11. También en este sentido, *i. a.*, GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000”, en *RAP*, No. 153, 2000, p. 417.

⁷²⁴ GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Op. Cit.*, p. 138.

⁷²⁵ *Idem.* Se trata de una interpretación que encaja con el planteamiento del Tribunal Constitucional según el cual la propiedad privada es “un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación”. (STC 111/1983, FJ 8)

dicha intervención pueda realizarse conforme a Derecho⁷²⁶. Subsumida por la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE, *por obra de esta interpretación la garantía del contenido esencial desaparece respecto del derecho de propiedad*.

La confusión entre una y otra garantía hacen que la propiedad pase a ser así un “derecho relativo”⁷²⁷; que su contenido esencial se desvanezca y pierda su condición de *límite de los límites*⁷²⁸; y que acabe encarnando un derecho minusvalorado, porque “la única garantía individual que tiene el propietario es la garantía patrimonial, en la medida en que desde ese punto de vista las violaciones del derecho de propiedad serán siempre violaciones de la garantía expropiatoria”⁷²⁹. Todo ello, como consecuencia de reconocer al legislador la posibilidad legítima de “lesionar su contenido esencial ejercitando la potestad expropiatoria”⁷³⁰, es decir, indemnizando a los propietarios afectados. Un cuadro, en suma, difícil de encajar dentro de un modelo constitucional que si bien contempla la vinculación social de la propiedad (artículo 33.2 CE) y su carácter expropiable por razones de interés general y previo procedimiento y pago de la correspondiente indemnización (artículo 33.3 CE), *reconoce y garantiza el derecho*⁷³¹ (artículo 33.1 CE); al cual, además, en tanto que derecho fundamental, reviste de una garantía especial frente a la ley -adicional a la expropiatoria- como es la de un contenido esencial (artículo 53.1 CE).

253. Ahora bien, desde una perspectiva técnico-jurídica -o de índole operativa, si se quiere- esta línea de argumentación conduce, a su vez, a dos conclusiones que ponen de manifiesto su escaso engaste dentro del sistema constitucional construido en torno al derecho de propiedad. La primera de ellas, que al confundir dos límites normativamente aislados y singularizados (artículo 53.1 y artículo 33.3 CE) y sustantivamente configurados (mientras que el contenido esencial es “el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social”⁷³², es decir, una garantía que aplica frente a la potestad estatal de *delimitar* el contenido del derecho; la garantía expropiatoria busca racionalizar la potestad estatal de *tomar* la propiedad privada por razones de interés general), no sólo se infringen reglas de la hermenéutica constitucional como la de la no redundancia o de la realización óptima de la norma⁷³³. Al suponer la práctica desaparición de la garantía del contenido esencial, se desconoce el propio texto de la Constitución y se afecta de manera sensible el

⁷²⁶ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Passim*, p. 132.

⁷²⁷ GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, p. 138.

⁷²⁸ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Passim*, p. 132.

⁷²⁹ BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Loc. Cit.*”, p. 1783.

⁷³⁰ GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, p. 138.

⁷³¹ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Passim*”, pp. 139-140.

⁷³² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*”, p. 177.

⁷³³ De acuerdo con la regla de la no redundancia o del efecto útil, debe preferirse aquella interpretación que no implique una reiteración normativa. La regla de la realización óptima de la norma, en cambio, sugiere que la interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación particular dada, realice de forma adecuada el *sentido* de una determinada norma. Sobre la primera, véase PECES BARBA, G. *et al. Curso de teoría... Ob. Cit.*, pp. 241-242. Sobre la segunda, *Vid. HESSE, K. Escritos de... Op. Cit.*, p. 69.

régimen de protección de este derecho. La segunda, que dicha confusión está en la base de una paradójica hipertrofia de la idea de contenido esencial, que resulta en el ensanchamiento de la concepción de la expropiación. Además de desdibujar los contornos del instituto expropiatorio, esta circunstancia enturbia aún más el panorama del régimen constitucional de la propiedad, dificulta su recta apreciación y aplicación y contribuye a su continua minusvaloración.

a) La desaparición de la garantía del contenido esencial y la depreciación de la garantía del derecho.

254. En efecto, y en cuanto a la primera de las conclusiones referidas, al reducir el contenido esencial de este derecho a la garantía indemnizatoria del instituto expropiatorio no sólo se ignora que cada una de estas figuras posee un alcance y responde a una finalidad y a una razón de ser específicas; ello se traduce, fundamentalmente, en *la desaparición del contenido esencial del derecho en cuanto garantía autónoma y específica de este derecho*. Fruto de la ecuación planteada (contenido esencial = garantía expropiatoria) se impone asumir que “en relación con el derecho de propiedad la vulneración del contenido esencial tiene lugar cuando la intervención del mismo se realiza sin las garantías constitucionalmente previstas en el art. 33.3 CE”⁷³⁴. En consecuencia, el legislador deja de estar vinculado por un contenido constitucional preexistente a su intervención configuradora del derecho que no podrá ser vulnerado (artículo 53.1 CE). Su actuación estará únicamente condicionada por las exigencias formales del artículo 33.3 CE: *causa expropiandi*, procedimiento e indemnización, y en especial, dadas las particularidades del procedimiento legislativo, por esta última.

255. *Adoptar esta posición implica, entonces, sustraer al artículo 33 CE de la garantía que con carácter general proclama el artículo 53.1 CE, caracterizar la delimitación de la propiedad como un ámbito esencialmente libre de restricciones constitucionales materiales y aceptar que siempre que asuma las consecuencias indemnizatorias de sus determinaciones, el legislador podrá efectuar cualquier configuración de este derecho*. Ello no sólo resulta contrario al carácter normativo de la Constitución española en general; en particular resulta incompatible con el reconocimiento y la garantía constitucional del derecho del artículo 33.1 CE y con lo dispuesto -sin excepciones- por el artículo 53.1 CE⁷³⁵. Más cuando equivale a rebajarle a un pretendido *carácter relativo*⁷³⁶, producto de lo cual el derecho de propiedad resulta excluido, sin justificación plausible, del régimen general de garantías constitucionalmente previstas a favor de los derechos fundamentales. Un resultado, naturalmente, contrario a las disposiciones de la Carta.

Si bien en su actual configuración en la Constitución éste dista mucho de ser un derecho absoluto -ninguno lo es, en últimas-, su regulación jurídico-

⁷³⁴ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Op. Cit., p. 132.

⁷³⁵ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* Ob. Cit., p. 379.

⁷³⁶ Así, GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del...* Loc. Cit., p. 138.

constitucional (derecho fundamental provisto de un contenido esencial⁷³⁷ y amparado por las demás garantías del Estado de Derecho –señaladamente, del principio de proporcionalidad-) impide entender que baste una simple indemnización para disponer *ad libitum* de él⁷³⁸. El vaciamiento de todo contenido normativo de la garantía del derecho del artículo 33.1 CE y la conformidad con una habilitación incondicionada al legislador para determinar el régimen de ejercicio del derecho (artículo 33.2 CE) son resultados abiertamente contrarios al valor normativo y a la eficacia directa de la Constitución⁷³⁹. Una recta comprensión de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y de su relación con la legislación no sólo exige excluir de entrada cualquier tentativa de *desconstitucionalización o legalización de la Constitución* en este punto; impone valorar *la constitucionalidad de la ley*, so pena de reducir la garantía de estos derechos al mero principio de legalidad de las intervenciones en los ámbitos que protegen. Lo anterior, sin contar con exigencias adicionales como el respeto a su contenido esencial, una debida ponderación y el acatamiento de principios como la igualdad, la confianza legítima y la proporcionalidad. En este contexto difícilmente podría aceptarse que el legislador sea libre para fijar cualquier contenido al derecho de propiedad bajo la única condición de prever las

⁷³⁷ Sobre la categoría de derecho fundamental como alusiva al “derecho creado por la Constitución”, esto es, a aquellas posiciones caracterizadas por la “preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa” o, más sencillamente, como derechos provistos de un “contenido esencial”, véase JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Loc. Cit.*, pp. 24 y ss.

⁷³⁸ Si bien el expreso reconocimiento del instituto expropiatorio por el artículo 33.3 CE ha dado lugar a que el derecho de propiedad sea caracterizado por la jurisprudencia constitucional como “un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legítima la expropiación»” (STC 37/1987, FJ 2), ello no puede significar su sustracción del régimen general de garantías constitucionalmente previstas en defensa de los derechos fundamentales. De ahí que no resulte de recibo, por ejemplo, lo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC 227/1988, FJ 11, en punto a las restricciones que debe enfrentar el legislador al delimitar el contenido de este derecho, compendiadas, en últimas, en supuestos extremos, en el pago de una indemnización. De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en dicha ocasión, “la delimitación del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no toleradas por la norma constitucional, *salvo que medie la indemnización correspondiente*” (STC 227/1988, FJ 11) –cursivas fuera de texto-. Aún cuando se reconoce el carácter vinculante de su contenido esencial, se hace de forma apenas retórica, en tanto se le equipara con la garantía expropiatoria. A pesar de declarar la imposibilidad de vulnerar el contenido esencial en sede de delimitación del contenido del derecho, el juez constitucional acaba por condicionar la validez de cualquier intervención en este ámbito reforzado al pago de una compensación. Con ello efectúa una interpretación del régimen constitucional de la propiedad que se aparta de la lógica tuitiva del derecho que le es inherente y atenta contra el esquema de protección constitucionalmente establecido para este caso.

⁷³⁹ Así, como afirma GALLEGO ANABITARTE, “no se puede negar que el concepto de propiedad estará determinado fundamentalmente por el legislador ordinario, pero éste *no es constitucionalmente libre en su regulación*” (cursivas fuera de texto). Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*, p. 148. Lo contrario sería volver al ya superado estadio de comprender *los derechos fundamentales en el marco de las leyes*, en lugar del actual imperativo de entender *las leyes en el marco de los derechos fundamentales*. *Vid. Ibidem*, p. 140.

indemnizaciones correspondientes por la afectación del contenido esencial/garantía expropiatoria. Tanto el reconocimiento y la garantía constitucional del derecho por el artículo 33.1 CE, como la atribución de un contenido esencial por el artículo 53.1 CE, obligan a entender que *para la Constitución la propiedad es más que una simple prohibición de privación sin indemnización*.

b) La paradójica hipertrofia del contenido esencial y el correlativo ensanchamiento de la noción de expropiación.

256. Aún cuando la tesis de la singularidad del contenido esencial del derecho de propiedad comporta su práctica desaparición en términos de garantía del derecho, origina, a la vez, una paradójica hipertrofia de esta noción en términos de su uso. Su fruto más visible: el ya mencionado ensanchamiento del instituto expropiatorio. Al quedar subsumido bajo la garantía que representa este último, aquél deja de cumplir la misión que originalmente le es señalada por la Constitución; esto es, servir de límite a las intervenciones delimitadoras del legislador (artículo 33.2 CE), para pasar a convertirse en criterio determinante de una intervención expropiatoria (artículo 33.3 CE)⁷⁴⁰. Su uso se convierte, entonces, en recurrente, **pero con otro fin**. Producto de esta circunstancia tiene lugar *la desnaturalización tanto del contenido esencial como de la garantía expropiatoria*.

257. Este desarrollo hipertrofiado de la figura del contenido esencial supone, a su vez, la expansión del instituto expropiatorio. Éste pasa de ser una “privación *singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social”⁷⁴¹, a ser cualquier privación (indemnizada) del contenido esencial del derecho. Surge así una situación caracterizada por la cuestionable *difuminación de la distinción entre expropiación y delimitación. La frontera entre una y otra estará determinada por el contenido esencial*⁷⁴². Ello se traduce, como ha sido señalado por MIR PUIGPELAT, en el entrelazamiento de ambas figuras a manera de un *continuum* bajo el cual una empieza donde la otra acaba⁷⁴³. Así, antes que en una intervención inconstitucional, una delimitación que afecte el contenido esencial del derecho se tornará en expropiación y deberá, por lo tanto, ser compensada⁷⁴⁴. De lo contrario

⁷⁴⁰ Así, por ejemplo, para BARNÉS VÁZQUEZ, “el contenido esencial dominical se constituye en el umbral, más allá del cual una intervención puede calificarse de expropiatoria”. Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 371.

⁷⁴¹ STC 204/2004, FJ 5 *in fine*. En el mismo sentido, también la STC 227/1988, FJ 11.

⁷⁴² Véase, en este sentido, MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Ob. Cit.*, pp. 240-241; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Op. Cit.*, pp. 68-70; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, pp. 46-47; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Algunas reflexiones sobre el... *Loc. Cit.*, p. 1269; BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 370 y ss.; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Op. Cit.*, p. 165.

⁷⁴³ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, p. 108.

⁷⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, afirma BARNÉS VÁZQUEZ que la constitucionalidad de una intervención delimitadora de la propiedad dependerá, entre otras cosas, y como punto final del

-sólo entonces, es decir, *cuando no se indemniza-, será inconstitucional*⁷⁴⁵. El resultado (además de la constatación de la alienación del carácter de límite que originariamente le incumbe al contenido esencial): una más que dudosa disolución de cualquier diferencia estructural entre las intervenciones delimitadoras y expropiatorias.

258. Puesto que cada uno de estos institutos ha sido concebido con un sentido, alcance y finalidad específica, esta situación debe ser rechazada⁷⁴⁶. Altera sustancialmente el funcionamiento general del esquema constitucional de la propiedad y antes que favorecer la protección del derecho, la afecta de manera significativa. Expropiación y delimitación del contenido dominical representan técnicas de intervención estatal en la propiedad claramente diferenciadas; por esta razón, su campo de acción no puede ser confundido. Más que como una expropiación, las leyes delimitadoras que desconozcan o sobrepasen los límites fijados por los artículos 33.2 y 53.1 CE deben ser vistas como una infracción al ordenamiento constitucional cometida en ejercicio de la potestad de delimitación. Por ende, *únicamente procede calificarlas de inconstitucionales*⁷⁴⁷. *El pago de una indemnización no atenúa ni revierte esta situación.*

259. La articulación constitucional del sistema de protección de la propiedad exige que delimitación y expropiación sean claramente diferenciadas. Para ello, el contenido esencial debe ser visto como lo que es: **una garantía específica enderezada a servir de límite al legislador; un límite que no puede ser traspasado a cambio del pago de una indemnización.** Esto, por cuanto su misión primordial se contrae a servir de "parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de expropiación"⁷⁴⁸. Por lo tanto, su función de garantía no puede quedar satisfecha con la mera concurrencia de una indemnización⁷⁴⁹. Su infracción, *como ocurre de ordinario con los demás derechos fundamentales*, más que dar lugar al pago de una compensación, debe originar la declaración de inconstitucionalidad de la medida que le sea contraria. Entre tanto, la expropiación debe ser vista como una potestad reconocida al Estado para asegurar la prevalencia del interés general y como una garantía de los propietarios⁷⁵⁰. Representa así una autorización al poder público para privar total o parcialmente a un particular de una posición jurídica de contenido patrimonial de cara a asegurar la satisfacción de un interés general siempre que se cumplan las condiciones constitucionalmente establecidas

test que propone, de "si la ley delimitadora no desborda el contenido esencial; y, en caso contrario, si ha previsto la correspondiente indemnización". Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 37-38. Cfr. también las pp. 46 y ss.

⁷⁴⁵ Así, p. ej., MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* *Loc. Cit.*, pp. 242-243.

⁷⁴⁶ Señala la necesidad de respetar esta distinción AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Op. Cit.*, pp. 945 y 951.

⁷⁴⁷ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* *Ob. Cit.*, p. 380. También MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Op. Cit.*, p. 111 y AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Passim*, p. 945.

⁷⁴⁸ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Op. Cit.*, p. 111.

⁷⁴⁹ AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Passim*, p. 951.

⁷⁵⁰ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 99.

para su legitimidad. Sobre esta cuestión se volverá en detalle más adelante⁷⁵¹. De momento interesa subrayar la necesidad de deslindar de manera adecuada la garantía del contenido esencial de la garantía expropiatoria para mantenerse fiel al esquema de protección del derecho establecido por la Constitución.

260. Si bien el reconocimiento de la potestad estatal de expropiar no puede ser visto como la anulación práctica o la negación del contenido esencial del derecho de propiedad –ya que debe articularse con las demás garantías constitucionalmente conferidas al derecho–, éste último tampoco puede ser subsumido por la garantía expropiatoria. A cada una de ellas corresponde un ámbito, una función y una finalidad diferentes, que no pueden ser alterados sin trastocar las bases del esquema de protección del derecho definido por la Constitución. Además de relativizar el derecho y desnaturalizar las garantías referidas, el inconveniente ensanchamiento de la concepción de expropiación desdibuja los contornos del instituto expropiatorio y trastorna aún más el panorama del régimen constitucional de la propiedad. El resultado global: un factor más de depreciación de la garantía del derecho que acaba por reducir su garantía a la sola prohibición de privación sin indemnización⁷⁵².

⁷⁵¹ Sobre el instituto expropiatorio en el ordenamiento constitucional español, *vid.* el apartado A-3 del Capítulo Quinto de este trabajo.

⁷⁵² Así, por ejemplo, como se mencionó en la breve exposición del Derecho alemán efectuada líneas atrás en punto al contenido esencial de este derecho y como se verá con mayor detenimiento en el apartado E-1.2 a''') del Capítulo Cuarto de este trabajo, el manejo por la jurisprudencia constitucional de una concepción estricta de expropiación –introducida desde el conocido fallo *Nassauskiesungsbeschluss*, de 15 de julio de 1981, BVerfGE 58, p. 300 y ss.–, ha hecho posible que en Alemania expropiación y delimitación que afecta el contenido esencial sean hipótesis diferentes y claramente diferenciables. El recurso a criterios formales excluye la utilización de los siempre discutibles criterios materiales. Por esta razón, a diferencia de lo que ocurre en España, nada tiene que ver allí el contenido esencial con la diferenciación entre las intervenciones expropiatorias y delimitadoras. Su rol como límite a las intervenciones efectuadas por el legislador en virtud de la función social que es inherente al derecho (artículo 14.1.2 y 14.2 GG) está claro. Cuando quiera que el legislador decida llevar a cabo una expropiación –o habilitar a la Administración para ello–, deberá, según el artículo 14.3 GG, ser consciente de ello y regular él mismo la forma y extensión de la indemnización. El desconocimiento de este requisito supone la trasgresión de un mandato constitucional y, por ende, la correlativa invalidez de la decisión que se adopta de esta forma. En estos casos, más que un eventual derecho a indemnización –que en el fondo no resolvería el problema de la infracción al orden constitucional cometido–, debe activarse la faceta defensiva del derecho de propiedad y, en especial, la garantía de existencia del contenido adquirido o estabilidad del derecho (*Bestandsgarantie*) del artículo 14.1.1 GG. Una ley delimitadora con efectos materialmente expropiatorios podría ser atacada, en este orden de ideas, mediante la *Verfassungsbeschwerde*; al tiempo que los actos administrativos expedidos para su ejecución podrían ser impugnados ante el contencioso-administrativo. Lo fundamental es que el propietario afectado por una medida de este tipo no puede pretender, en lugar de ejercer su derecho de defensa, optar por el derecho a una compensación. Aunque la jurisprudencia civil desarrolló la figura de las “intervenciones equivalentes a la expropiación” (*enteignungsgleichen Eingriffs*), que buscaba legitimar el derecho a una compensación a favor de los afectados por estos casos con base en el propio artículo 14 GG, el BVerfG en su jurisprudencia reciente ha sido explícito en excluir esta posibilidad. En su fallo de 15 de julio de 1981 (*Nassauskiesungsbeschluss*) se ha pronunciado en contra del reconocimiento al afectado de la posibilidad de elegir (*Wahlmöglichkeit*) la respuesta frente a una intervención de este tipo por parte del poder público. Qué reacción ha de asumirse y qué camino procesal ha de escogerse (rechazo de la intervención y

3. El contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho colombiano.

261. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos constitucionales alemán y español, la Constitución colombiana no garantiza expresamente a los derechos fundamentales la vigencia de un contenido esencial. Si bien el artículo 4 párr. 1 CC⁷⁵³ establece el carácter normativo y la eficacia directa de la Constitución y el artículo 5 *idem*⁷⁵⁴ sanciona la primacía de los derechos inalienables de la persona, entre sus disposiciones no se halla una garantía específica semejante a la prevista en los artículos 19.2 GG o 53.1 CE. Ello no ha sido óbice, no obstante, para su introducción por la jurisprudencia constitucional como elemento recurrente en su labor de control de constitucionalidad de las leyes; empleado además, en ocasiones, como regla de control de las actuaciones de la Administración y los jueces con incidencia sobre los derechos fundamentales⁷⁵⁵. Las dificultades anejas al empleo de una noción de perfiles tan resbaladizos no han conseguido disuadirle de prescindir de su utilización⁷⁵⁶. De hecho, figura desde muy tempranamente –aunque sólo como *obiter dictum*– en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, en su primera aparición en la sentencia T-002 de 1992, FJ 4, siguiendo a HÄBERLE, el juez constitucional alude al contenido esencial como “al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de

reivindicación de la efectividad del derecho –*grundrechtlicher Eingriffsabwehr*–, o su aceptación acompañada de la reclamación por la afectación sufrida –*entschädigungsrechtlich kompensierter Eingriffsduldung*–) no puede ser una decisión dejada al arbitrio del afectado. La presencia de una trasgresión al ordenamiento constitucional impone como primera opción el restablecimiento del orden infringido y la guarda de la superioridad de sus normas exigen que se proceda de este modo. En este escenario, una compensación económica constituye apenas una alternativa secundaria y subsidiaria. *Vid.* PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 180-181. También efectúa un comentario a la influencia de este fallo sobre las consecuencias de las intervenciones estatales en el ámbito de la propiedad privada MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, pp. 112 y ss.

⁷⁵³ **Artículo 4.-** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁷⁵⁴ **Artículo 5.-** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad.

⁷⁵⁵ Así, por ejemplo, con ocasión de una controversia originada en el presunto desconocimiento del derecho de un par de niños a tener una familia y a no ser separados de ella, la Corte Constitucional afirmó que la especial naturaleza de estos derechos “impone a todos los organismos y entidades del Estado el deber fundamental e ineludible de procurar que con sus actuaciones no se causa daño irreparable a aquellos derechos, y de *velar por que en todo caso se respeten cuando menos en su núcleo esencial y no se desampare a sus titulares*” –cursivas fuera de texto– (T-215 de 1996, FJ Tercero c).

⁷⁵⁶ El juez constitucional colombiano no ha ocultado en ningún momento los inconvenientes que supone el empleo de “un concepto inevitablemente ambiguo, frente al cual todo intento de definición satisfactoria está avocado al fracaso” (Sentencia C-179 de 1994, SNFJ), como el de “contenido esencial”. De hecho, los muchos problemas que suscita su hermenéutica le han llevado a referirse a él como “esa expresión tan problemática como imprescindible” (*Idem*).

interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”⁷⁵⁷. En sentencias posteriores se hará habitual su uso, pero se empleará otra expresión: “núcleo esencial”⁷⁵⁸ será la denominación bajo la cual se consolidará esta noción en la jurisprudencia constitucional colombiana.

262. Siguiendo muy de cerca la jurisprudencia constitucional española, la Corte Constitucional ha indicado también las líneas metodológicas fundamentales que han de seguirse a efectos de determinar aquello que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental. De acuerdo con lo sostenido en la sentencia T-426 de 1992, el método para su determinación presupone “[t]anto la caracterización de las facultades inherentes a un derecho particular, como la determinación de los intereses jurídicamente protegidos”⁷⁵⁹. Al hilo de los criterios formulados por la jurisprudencia española en la STC 11/1981 (“recongnoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta”, atendiendo a la naturaleza jurídica del derecho; y “practicabilidad” del mismo, de conformidad con los intereses jurídicamente protegidos como substancia del derecho) la Corte Constitucional ha sostenido que:

“Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁷⁶⁰.

263. Aun cuando la Constitución colombiana carece de una norma que, a semejanza del artículo 53.1 CE, al tiempo que autoriza expresamente al legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales prevea de forma igualmente explícita su límite genérico (*v. gr.* el contenido esencial), varias de sus disposiciones habilitan al legislador para intervenir en este ámbito. El artículo 152 literal a), por ejemplo, establece la reserva de ley estatutaria respecto de los derechos y deberes fundamentales de las personas, lo mismo que respecto de los procedimientos y recursos para su protección. De igual modo, de forma genérica el artículo 150 párr. 1 frase 1 asigna al Congreso la función de hacer las leyes, y en algunos de sus numerales le efectúa encomiendas específicas respecto a la regulación de algunos derechos en concreto (p. ej. numerales 18, 21, 23, 24 y 25).

⁷⁵⁷ En el mismo sentido, la sentencia T-406 de 1992, FJ 15.

⁷⁵⁸ Véase, entre otras, del primer año de jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es, 1992, las sentencias de amparo T-426, FFJJ 20-27.; T-490, FJ 8; T-508, FJ Sexto; T-609, FJ Tercero B y T-612, FJ 7.

⁷⁵⁹ FJ 23.

⁷⁶⁰ Sentencia T-426 de 1992, FJ 22.

La fuerza normativa que la Constitución reclama para sí en su artículo 4 impone asumir que se trata de una *habilitación implícitamente limitada*. Más cuando el carácter no absoluto de los derechos en unos casos, o su necesidad de determinación legal en otros, exige la intervención del legislador bien en aras de su armonización con los demás derechos, bien en pro de la configuración concreta de su régimen. En uno y otro evento su goce pleno supondrá la intermediación de la ley y, por contera, la obligación de señalar un punto que ésta no podrá traspasar, a riesgo de abandonar enteramente la substancia constitucional a las potestades de configuración del legislador. La noción de contenido o núcleo esencial ha venido a cumplir esta función⁷⁶¹. Ella denota “el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares”⁷⁶², impide el vaciamiento de los derechos fundamentales por la reserva de ley⁷⁶³ y les reviste de una especial “fuerza de resistencia” frente a otros valores jurídicos consagrados en la Constitución en casos de ponderación⁷⁶⁴.

264. Por ser la propiedad privada uno de los derechos llamados a ser objeto de una mayor configuración legal, la idea del contenido esencial ha desempeñado un papel relevante dentro de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de la materia. No obstante, su incidencia no se limita a encarnar la frontera a las intervenciones legales en el ámbito del derecho. Ella se ha extendido también, como se verá enseguida, a otro tipo de inmisiones en la propiedad. Puesto que la doctrina se ha mantenido prácticamente al margen de este debate, la exposición que sigue se centra en el tratamiento que a esta temática ha dado la jurisprudencia constitucional y los problemas que se derivan de ella.

3.1. El “núcleo esencial” del derecho de propiedad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

a) Aproximación conceptual al “núcleo esencial” de la propiedad.

265. La figura del núcleo esencial constituye un argumento recurrente en los pronunciamientos del juez constitucional en materia de propiedad privada en Colombia. En armonía con el planteamiento general esbozado en la sentencia T-426 de 1992 (FFJJ 22-23), la Corte Constitucional ha considerado que “[e]l núcleo irreductible de poder, garantizado por la Constitución, se refiere al nivel mínimo que pueden objetivamente tener las facultades de goce y disposición del bien para permitir a su titular extraer su utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que, en la conciencia social, alcancen a justificar la presencia de un interés privado y a reconocer como subsistentes los rasgos que distinguen un cierto tipo de propiedad”⁷⁶⁵. El “núcleo básico” que envuelve los

⁷⁶¹ CORREA HENAO, M. *La limitación de los... Op. Cit.*, pp. 144 y ss.

⁷⁶² Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992, FJ 21.

⁷⁶³ *Idem*, FJ 24.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, FJ 26.

⁷⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

elementos indispensables para la “recognoscibilidad del tipo” y “practicabilidad del derecho”, se concreta así, en el caso específico del derecho de propiedad, en las facultades de goce y disposición que deben reconocerse a su titular, por un lado, y, en el interés privado en un ámbito de utilidad económica, por otro. Aunque quizás innecesaria y problemática, la referencia a la “conciencia social”, en fin, busca hacer explícito el carácter no estático de estas definiciones.

266. Por varias razones se trata de una formulación que merece ser apreciada más de cerca. Desde un punto de vista conceptual, interesa subrayar cómo, al margen de lo cuestionable que pueda resultar, esta construcción es un fiel reflejo del difícil equilibrio entre tradición e innovación que muchas veces -en ocasiones de manera inconsciente- se ve forzado a buscar el juez constitucional en sus determinaciones. Mientras que la alusión a las facultades de goce y disposición trasluce una clara influencia de la concepción jurídico-civil tradicional del derecho de propiedad (artículo 669 CCC⁷⁶⁶), la referencia al interés particular en la utilidad económica encaja mucho mejor dentro de la concepción amplia que del derecho introduce la Constitución (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC).

Desde un ángulo metodológico dos aspectos merecen ser mencionados: el primero, la preocupación que exhibe la Corte en esta sentencia por efectuar una caracterización concreta del derecho de propiedad conforme con el planteamiento general plasmado en la sentencia T-426 de 1992 -preocupación que desaparecerá más tarde, con la reiteración de este precedente-. Y segundo, la estructura de la argumentación empleada por el juez constitucional para fundamentar su decisión. En ella se examina la constitucionalidad de la autorización legal al gobierno para expedir el Código de Minas con una disposición en la cual figure como causal de extinción del derecho (*rectius* privación sin indemnización) la no inscripción del título minero en el registro creado al efecto dentro del término fijado por la ley. Este cargo lleva al juez constitucional a ocuparse a fondo en esclarecer el régimen constitucional del derecho de propiedad, presuntamente infringido. Pero antes de realizar dicho análisis general y abstracto, en los FFJJ 4-9 el juez constitucional efectúa un interesante examen de las transformaciones que a nivel infraconstitucional había venido experimentado el derecho de propiedad antes de la expedición de la Constitución de 1991. El examen de “los nuevos regímenes de la propiedad” le lleva a considerar cómo la regulación de la propiedad industrial⁷⁶⁷, los arrendamientos de inmuebles urbanos destinados a vivienda y locales comerciales⁷⁶⁸ y las propiedades accionaria⁷⁶⁹, rural⁷⁷⁰, urbana⁷⁷¹ y minera⁷⁷² a lo

⁷⁶⁶ De acuerdo con lo dispuesto por el art 669 del C.C: “[e]l dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella (*arbitrariamente*), no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”. El adverbio “arbitrariamente” fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en su sentencia C-595 de 1999.

⁷⁶⁷ FJ 4.

⁷⁶⁸ FJ 5.

⁷⁶⁹ FJ 6.

⁷⁷⁰ FJ 7.

largo del tiempo ha determinado “la mutación del concepto y del sentido que la sociedad Colombiana tiene y asigna a la propiedad privada”⁷⁷³. Transformación que se concreta en “[e]l alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil [...] y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del interés social y de la función social”⁷⁷⁴. *Toda una afirmación de la autonomía conceptual de la noción constitucional de propiedad*. No podía ser de otra forma: el análisis de la realidad infraconstitucional de este derecho pone en evidencia la pluralidad de regímenes dominicales existente y la imposibilidad de hacer de uno de ellos en particular la “imagen maestra” acogida por la Constitución. Se ponía así de manifiesto que la propiedad constitucional no tiene por qué ser equiparada en sus rasgos fundamentales y atributos al derecho real de dominio que regula el Código Civil. Consecuencia del carácter normativo de sus disposiciones, la reconstrucción de lo que significa este derecho para el texto constitucional debe efectuarse a partir de los datos que él mismo proporciona⁷⁷⁵.

267. Aún cuando esta aproximación metodológica debería haberse traducido en una formulación mucho más general y acorde con la pluralidad de formas imprimidas por el legislador al derecho de propiedad -notablemente más vasta que la examinada en la sentencia- y las exigencias del sistema económico, el peso inevitable de la tradición empuja al juez constitucional a adoptar un concepto que evoca, en parte, el antecedente de la codificación. La referencia a las facultades de goce y disposición así permite afirmarlo. A pesar de haber ido excluyendo rasgos pertenecientes al derecho real de dominio como característicos de la propiedad constitucional a lo largo de su argumentación (*v. gr.* su objeto estrictamente corporal; su pretendido carácter absoluto, ilimitado y perpetuo; su sentido marcadamente individualista; su concepción como poder directo sobre la cosa, etc.), al determinar las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, el juez constitucional echa mano de la fórmula tradicional del Derecho Civil. Con ello caracteriza a este haz de facultades como pertinente al tipo descrito y hace de aquél un elemento sin el cual un determinado desarrollo legal dejaría de adscribirse a él, por desnaturalizar la figura garantizada por la Constitución. Dibuja entonces *una noción de propiedad constitucional que aunque se aparta del esquema típico del derecho real, adopta su contenido y se ancla en la idea general de propiedad que subyace a la codificación*⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ FJ 8.

⁷⁷² FJ 9.

⁷⁷³ FJ 10.

⁷⁷⁴ *Idem*.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ Consciente de las limitaciones presentes en la figura del derecho real de dominio, sin abandonar completamente los marcos conceptuales que proporciona su régimen, se prescinde de ella para abrazar la idea de una “propiedad común” o “propiedad general”, entendida por la doctrina jurídico-civil como “el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa no siendo contra la ley”, entendiéndose que su objeto puede recaer tanto sobre cosas corporales como incorporeales. *Vid.* GÓMEZ, J. J. *Bienes... Passim*, pp. 54 y ss. Esta concepción se encuentra incorporada en el propio

Aunque el esfuerzo por pasar revista a la realidad infraconstitucional de la propiedad permite a la Corte Constitucional rebatir la idea de un *supraconcepto metajurídico y metahistórico* del derecho –el de la codificación–, las barreras material y metodológica a las que se hizo referencia en el primer capítulo de este trabajo le impiden ir más allá. El esfuerzo *inductivo* empleado en la corroboración empírica de la pluralidad de propiedades existentes a nivel infraconstitucional debió haber ido acompañado de un correlativo empeño *deductivo* enderezado a abstraer del texto constitucional los perfiles fundamentales de este derecho en la Carta. A pesar de tratarse de la más completa, clara, metódica y elaborada reconstrucción jurisprudencial del régimen constitucional de la propiedad, la sentencia C-006 de 1993 no consigue consolidar la autonomía conceptual de la propiedad constitucional. Pese a plantear que “[u]n mecanismo constitucional de garantía de la propiedad -y en general de los derechos patrimoniales -, sería incompleto si no se extendiera, como en efecto lo hace el artículo 58 de la C.P - a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”⁷⁷⁷, no desarrolla esta afirmación y se conforma con atribuir a la propiedad constitucional el contenido esencial que se le asigna tradicionalmente a este derecho (*rectius* facultades de goce y disposición)⁷⁷⁸.

268. Sea como sea, este precedente ha sido reiterado –aunque no siempre con el rigor que sería deseable⁷⁷⁹–, aunque en una versión simplificada. Se ha asumido

texto del Código Civil, como puede apreciarse en su artículo 670. De acuerdo con esta disposición: “[s]obre las cosas incorpóreas hay también *una especie de propiedad*. Así, el usufructuario tiene *la propiedad de su derecho de usufructo*” (cursivas fuera de texto).

⁷⁷⁷ FJ 14.

⁷⁷⁸ Ello se debe, pienso, al grupo de derechos patrimoniales escogidos como banco de pruebas para corroborar la pluralidad de propiedades (FFJJ 4-9). Con la salvedad de las minas, todos ellos están referidos a objetos “normales” dentro del esquema de la “propiedad común”: bienes inmuebles, acciones y derechos de propiedad intelectual. Como se verá más adelante a propósito del estudio de la sentencia C-189 de 2006, una diferente conformación de este grupo permite arribar a otras conclusiones.

⁷⁷⁹ Ciertamente, el uso indiscriminado de la idea de núcleo esencial por la jurisprudencia constitucional no sólo ha llevado a que se invoque *obiter dicta* en las situaciones más disímiles; ha supuesto asimismo que se dejen de lado las líneas metodológicas trazadas en la sentencia T-426 de 1992 y que se caiga, además, en una fuerte simplificación del concepto, que acaba por homologarlo a la noción del Derecho Civil. El núcleo esencial del derecho de propiedad queda así reducido a “los atributos de goce y disposición” (C-595 de 1999, FJ C), al de “*uso, el de usufructo y el de disposición*” (C-366 de 2000, FJ 4.4); o al “mínimo de goce y disposición de un bien” (C-204 de 2001, FJ 21). La referencia al interés particular en la utilidad económica, elemento más característico de la propiedad constitucional, queda así excluida de estas formulaciones. Tampoco es recogida por los autores que se han pronunciado al respecto. Así, por ejemplo, para RAMIREZ BAQUERO, el contenido esencial del derecho, entendido como “conjunto básico de facultades que de este derecho resultan a favor del propietario (...) no son otras que las clásicas categorías romanistas del uso (*usus*), apropiación de los beneficios (*fructus*) y disposición”. Vid. RAMIREZ BAQUERO, Edgar A. “Las más relevantes mutaciones del derecho de propiedad en el régimen jurídico colombiano que le privan de un carácter absoluto”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, p. 226.

así que “el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición que produzcan utilidad económica a su titular”⁷⁸⁰. Con todo, como se verá en el apartado siguiente, si bien no se ha producido todavía un cambio explícito en la línea jurisprudencial que marca el sentido atribuido a esta noción, otra puede ser la conclusión que se alcance si examina con atención la decisión adoptada en la sentencia C-189 de 2006. A pesar de reiterar de manera insistente el precedente fijado por esta línea, en ella se adopta una determinación que resulta abiertamente incompatible con él. Al análisis de este cambio se dedicará el apartado siguiente.

b) Aproximación funcional al “núcleo esencial” de la propiedad.

269. Como se ha destacado ya, dos son, fundamentalmente, las funciones que cumple la figura del núcleo esencial en la jurisprudencia constitucional colombiana. La primera, acorde con la idea tradicional que de ella tiene tanto el Derecho alemán como el español, es servir de *límite a los límites* que el legislador fija al derecho de propiedad a fin de evitar que éste desaparezca en términos constitucionales. Si bien es cierto que el artículo 58 CC otorga a la ley una amplia habilitación para articular y conformar los derechos patrimoniales en general, y la propiedad privada en particular, así como para delimitar sus contenidos de cara a especificar el sentido concreto de la correspondiente función social⁷⁸¹, también lo es que no se trata de una habilitación incondicionada o ilimitada. En ningún caso puede llegar al extremo de lesionar el núcleo esencial del derecho⁷⁸², ni desconocer los principios de razonabilidad⁷⁸³, proporcionalidad⁷⁸⁴ o igualdad⁷⁸⁵. “[E]l legislador puede limitar en mayor o en menor medida el espectro de protección del derecho de dominio, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, su clase y la utilización de los mismos, para hacer prevalecer intereses generales o por motivos de utilidad pública o para exigir el deber de solidaridad, pero sin que ello signifique autorización para dejar sin efectos la garantía constitucional mínima e irreductible del derecho”⁷⁸⁶.

270. La segunda función, controvertible desde la teoría general de los derechos fundamentales, consiste en servir de parámetro de control de las actuaciones de los demás órganos estatales con incidencia en el derecho de propiedad⁷⁸⁷. Así,

⁷⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 8. En sentido análogo, véase las sentencias T-427 de 1998, FJ C 3; C-492 de 2002, FJ 4; C-544 de 2007, FJ 15.

⁷⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.3.

⁷⁸² Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 9. También la sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

⁷⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15. En sentido análogo, véase la sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

⁷⁸⁴ *Idem*.

⁷⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2000, FJ 8.

⁷⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

⁷⁸⁷ Este planteamiento resulta contrario a la idea según la cual el contenido esencial de los derechos fundamentales vincula únicamente al legislador. A la Administración y a los jueces les

por ejemplo, en la sentencia T-245 de 1997, frente a la negativa injustificada de una autoridad local de expedir los certificados prediales y de paz y salvo con los impuestos municipales de unos bienes determinados, fruto de lo cual se impedía a sus propietarios disponer legalmente de ellos –por ser tales documentos requisito para el otorgamiento de las escrituras públicas indispensables para la celebración de ciertos actos de disposición- la Corte Constitucional estimó que se infringía el contenido esencial de la propiedad y procedía su amparo. De igual forma, el total desentendimiento de una administración local frente al destino de los recursos depositados a su favor por una persona de escasos recursos favorecida para participar en un programa municipal de viviendas de interés social fue considerado atentatorio del núcleo esencial de este derecho⁷⁸⁸. A su vez, en la sentencia T-427 de 1998, con ocasión de una colisión de derechos entre particulares⁷⁸⁹ y tras examinar las transformaciones experimentadas por el derecho de propiedad, analizar cuál es el contenido esencial que le es garantizado por la Constitución y la necesidad de armonizar esta garantía con los requerimientos de la comunidad, ordena una medida que constituye una clara intervención en el derecho de propiedad ajustada a las exigencias de este límite⁷⁹⁰.

resultaría vedado, así, escindir el contenido del derecho en “esencial” y “no esencial”, y estarían en sus actuaciones compelidos a respetar y realizar el derecho, sin más. En este sentido, véase JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, pp. 68-69. En contra de esta postura, PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los... *Loc. Cit.*, p. 182. Para este autor la prohibición de violación del contenido esencial debe ser considerada tanto en la fase de creación del Derecho, como en la de su aplicación.

⁷⁸⁸ Tras cinco años de espera, y ante el incumplimiento de la entrega de la vivienda, el afectado presentó una reclamación ante la Administración municipal para que su dinero fuera devuelto. Toda vez que las sumas habían sido entregadas a un promotor privado, la respuesta fue que tal reclamación resultaba improcedente y que debía ser dirigida, directamente, a este último.

⁷⁸⁹ En este fallo se resuelve el conflicto que surge entre el derecho del propietario de un predio y el derecho a la vida de unos menores que su madre considera amenazado por el proceder de aquél. En ejercicio de su derecho y con la autorización correspondiente, el propietario del predio en cuestión construyó un cerramiento ubicado justo en frente de la vivienda de la demandante y separado por una calle de doble vía, por estimar que la cerca responde estrictamente a los linderos que le pertenecen. La demandante, no obstante, estima que el cerramiento es ilegítimo porque es una zona de uso público, que no se le permitió adelantar los recursos de ley para controvertir tal cerramiento y que además vulnera sus derechos fundamentales y los de sus hijos, al haberse realizado omitiendo el espacio de andén necesario para permitir el tránsito peatonal en la vía. Producto de esta situación se obliga a los menores a esperar en la calle, con un claro riesgo para sus vidas, el autobús que los conduce al colegio.

⁷⁹⁰ Afirma así la Corte que “no se puede considerar el derecho a la propiedad como absoluto y desconocer, con su ejercicio excesivo e injustificado que contradice los principios de la legislación en materia de ordenamiento físico del Distrito, el evidente perjuicio social y de peligro que se le puede causar a la comunidad. Tal interpretación, es contraria a los fundamentos de solidaridad (Artículo 1 de la C.P) y de función social de la propiedad antes expuestos, más aún cuando el aparente titular del derecho ni siquiera obtiene beneficio o pérdida alguna concreta de correr su cerca de alambre unos cuantos centímetros, ya que ni siquiera tiene la posibilidad de explotación o utilización del predio por la existencia de una reserva vial que impide cualquier tipo de construcción en la zona”. Por esto, ordena echar hacia atrás el cerramiento y respetar el espacio que se requiere para garantizar el paso de los transeúntes en la zona.

Esta inclinación del juez constitucional a tomar al contenido esencial como medida de la legitimidad de intervenciones no legislativas sobre el derecho no sólo representa el empleo de esta categoría en un ámbito ajeno al que originariamente le es inherente, operación dogmáticamente cuestionable según la posición que se adopte, sino que envuelve además una inconveniente y problemática equiparación de la vulneración del derecho con la de su núcleo substancial. En últimas, acaba por originar una situación doblemente paradójica: o bien da a entender que el ámbito de protección del derecho se reduce únicamente a su contenido esencial, con lo cual su garantía puede resultar, paradójicamente, en un debilitamiento de la protección del derecho amparado - puesto que fuera de este reducto protegido ya no sólo podrá intervenir el legislador, sino también la Administración y los jueces⁷⁹¹-; o bien supone, para enervar este riesgo, un ilógico ensanchamiento del contenido esencial del derecho, que abarque igualmente elementos no substanciales del mismo, con lo cual éste pasaría a identificarse con el régimen global del derecho y la invocación de un supuesto núcleo esencial perdería todo sentido. Por esto, parece preferible *un uso racional de la figura*, que preserve su órbita funcional primigenia, evite confusiones terminológicas y aporte claridad a la sistemática constitucional de la protección de los derechos fundamentales⁷⁹².

c) El núcleo esencial de la propiedad y el instituto expropiatorio.

271. Por último, cabe apuntar que para la Corte Constitucional la previsión por el artículo 58 párr. 4 CC del instituto expropiatorio no representa una afectación del núcleo esencial del derecho: “[s]implemente -ante la evidente superioridad del interés público- se impone un sacrificio que de todas formas resulta de proporciones mínimas, si se tiene en cuenta que el pago de la indemnización previa busca que no sea solamente el afectado el que resista la carga de la decisión pública, sino que se trate de un asunto que involucre directamente a toda la comunidad”⁷⁹³. Más que una simple reducción del contenido esencial del derecho al valor de su equivalente económico, este planteamiento confirma la plena compatibilidad de aquél con la expropiación. Sin embargo, esta compatibilidad no surge de que se imponga un “sacrificio mínimo” al derecho como consecuencia de su mutación en un equivalente pecuniario. Ella resulta de

⁷⁹¹ CORREA HENAO, M. *La limitación de los... Op. Cit.*, p. 149.

⁷⁹² Una muestra ostensible de la urgente necesidad de introducir claridad sistemática a este ámbito puede apreciarse en la ya referida sentencia T-413 de 1997, FJ 2. En contravía de lo que sostiene la teoría general de los derechos fundamentales -que ve en el contenido esencial uno de los elementos centrales de la noción de derecho fundamental, en tanto que manifestación de su creación directa por la Constitución (Cfr. JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, pp. 24 y ss.)-, en ella se afirma que “pese al criterio general de que la propiedad no es de suyo un derecho fundamental, no puede soslayarse la existencia de un núcleo esencial y necesario al ser humano”. Además del innecesario empleo de la figura del contenido esencial -pues en este asunto no se estaba enjuiciando una actuación del legislador-, este pasaje permite apreciar algunas de las no pocas dificultades del manejo del concepto de derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional colombiana.

⁷⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1994, FJ 3 A.

su aplicación a otra clase de actuaciones: la garantía del contenido esencial opera únicamente frente a intervenciones que delimitan el contenido del derecho. En vista de la particular configuración del régimen constitucional de la propiedad, este límite no resulta oponible ni se vé afectado por las incursiones expropiatorias. Los distintos presupuestos constitucionales que condicionan su procedencia hacen de la expropiación en sí una garantía más para el propietario. De ahí que esta clase de actuaciones no deban ser confundidas con las delimitadoras ni sus regímenes entremezclados.

3.2. Problemas de la reconstrucción del contenido esencial del derecho de propiedad a la luz de la regulación constitucional del derecho.

272. Como se ha comentado ya, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha insistido en la reiteración del precedente sentado en la sentencia C-006 de 1993 en punto al contenido esencial del derecho de propiedad, en uno de sus pronunciamientos más recientes y relevantes en la materia, la Corte Constitucional adoptó una decisión que pone en entredicho su vigencia actual. En efecto, en la sentencia C-189 de 2006, al examinar el cargo de inconstitucionalidad presentado contra la *prohibición de "venta de tierras"* de los predios particulares integrados al denominado Sistema de Parques Naturales establecida por el artículo 13 de la ley 2ª de 1959, la Corte Constitucional se vio obligada a volver sobre el contenido esencial del derecho de propiedad privada que garantiza el artículo 58 CC y a replantearse su postura tradicional al respecto. Toda vez que éste ha sido caracterizado como "el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición que produzcan utilidad económica a su titular"⁷⁹⁴, al anular toda posibilidad de disposición jurídica sobre un bien de dominio particular una medida de esta índole debería resultar claramente inconstitucional. El atentado contra uno de los elementos que integran dicho reducto fundamental así permitiría inferirlo. Sin embargo, y a pesar de insistir repetidamente en la reiteración del precedente sentado en la materia⁷⁹⁵, concluye declarando la *constitucionalidad* del precepto acusado. Esta breve referencia es suficiente para constatar, en abstracto, que este resultado presupone una variación en la posición del juez constitucional frente a la garantía del contenido básico del derecho de propiedad. O bien resulta indicativa del abandono de su tradicional concepción absoluta respecto de ella, en pro de una concepción relativa de la misma; o bien sugiere, contrario a lo declarado en el texto de la sentencia, un cambio de postura en punto al contenido esencial del derecho. La estructura de la argumentación, los argumentos en sí y una apenas velada referencia al principio de proporcionalidad -no acompañada del test correspondiente- permiten descartar la primera opción. Velada o inconscientemente, en la sentencia C-189 de 2006, el juez constitucional adoptó *una nueva fórmula* que describe el contenido esencial del derecho de propiedad.

⁷⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-427 de 1998, FJ C 3. En sentido análogo, véase las sentencias C-006 de 1993, FJ 14; C-492 de 2002, FJ 4; C-544 de 2007, FJ 15.

⁷⁹⁵ Vid. los FFJJ 8, 9 y 18 de la citada sentencia C-189 de 2006.

273. De acuerdo con la nueva concepción sentada en este pronunciamiento, el poder de disposición ya no se encuentra amparado por la garantía del contenido esencial del derecho. Éste se cifra, únicamente, en el poder de goce. No de otra forma se entiende que se haya afirmado que “no se desconoce el citado núcleo esencial cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales de enajenación sobre algunos bienes, o en ciertos casos, limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, *siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular -de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico- obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad*”⁷⁹⁶ (cursivas fuera de texto). Sólo una reformulación de la noción del contenido esencial de la propiedad permite entender la decisión adoptada: una *propiedad inmobiliaria absolutamente indisponible por su propietario*. Al margen de las poderosas razones de interés general que, a juicio de la Corte, sirven de sustento a esta restricción⁷⁹⁷, es, sin duda, una conclusión controvertida y controvertible⁷⁹⁸. Como se analizará en detalle líneas abajo (*vid.* el apartado D-1 de este Capítulo), ella pone de manifiesto los notables riesgos e inconvenientes que trae consigo la utilización de la figura del contenido esencial en un ámbito tan extenso como el de la propiedad constitucional. Máxime cuando éste es empleado como único parámetro de control, dejando de lado límites al legislador tan relevantes como el principio de proporcionalidad, el mandato de ponderación o la prohibición de expropiación sin indemnización.

274. De momento interesa destacar dos aspectos de esta decisión: el primero, relativo al método empleado por el juez constitucional para elaborar el concepto; el segundo, al concepto en sí y a su más directa relación con la noción constitucional del derecho. A semejanza de lo que se aprecia en la fundamentación de la sentencia C-006 de 1993 (FFJJ 4-9), también en este pronunciamiento el juez constitucional hace uso de una *argumentación inductiva*, que pasa revista a la pluralidad de formas jurídico-patrimoniales configuradas por el legislador al amparo de la garantía constitucional de la propiedad⁷⁹⁹ y desvela, de este modo, la verdadera extensión de esta última. Ello, como presupuesto para redefinir, a la luz de esta constatación, el contenido esencial del derecho inherente a dicha garantía. La heterogeneidad del material abarcado impide tasar en las facultades de goce y disposición el denominado “núcleo esencial” de la propiedad constitucional y le lleva a acuñar un concepto más amplio y abstracto que el anclado en el contenido tradicional del derecho de dominio. Lo anterior nos enfrenta al segundo aspecto, referente a los problemas

⁷⁹⁶ FJ 18. En sentido análogo, véase lo sostenido en el FJ 10.

⁷⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FFJJ 17-18.

⁷⁹⁸ Sobre el carácter esencial de la transferibilidad de la propiedad, véase PENNER, J. *The Idea of...* *Loc. Cit.*, pp. 78-79.

⁷⁹⁹ FJ 9.

que surgen del empleo de la garantía “contenido esencial” en relación con un concepto propietario tan amplio.

275. Como se ha mencionado ya, el concepto sostenido en la decisión comentada deja de lado el poder de disposición sobre el bien para centrarse en el **poder de goce**, de un lado, y en el **interés privado en la obtención de una utilidad económica**, de otro. Con esto no sólo se atiende al esquema metodológico trazado en la sentencia T-426 de 1992, FFJJ 22-23, (“recongnoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta”, atendiendo a la naturaleza jurídica del derecho; y “practicabilidad” del mismo, de conformidad con los intereses jurídicamente protegidos como substancia del derecho); también se modifica (aunque no se declare así) el precedente sentado en la sentencia C-006 de 1993 y se redefine el contenido esencial de la propiedad⁸⁰⁰.

276. La referencia a un conjunto más amplio y heterogéneo de derechos⁸⁰¹ permite a la Corte arribar esta vez a conclusiones diferentes y elaborar un concepto al margen del contenido tradicionalmente atribuido a este derecho por la doctrina jurídico-civil. Si bien es cierto que esta nueva formulación reivindica (tácitamente, pues tampoco se declara así) la autonomía conceptual de la propiedad constitucional y se ajusta mejor a la realidad este derecho en la Carta, no lo es menos que su utilización permite legitimar conclusiones tan discutibles como la plasmada en la sentencia C-189 de 2006 en comento. Su notable abstracción se traduce en un amplísimo margen de discrecionalidad del intérprete, que acaba por neutralizar el componente de garantía inherente a la figura del contenido esencial y cubrir de un halo de legitimidad conclusiones más

⁸⁰⁰ Cifrar el contenido esencial de la propiedad privada en la facultad de usar y gozar del objeto del derecho no sólo puede fundamentarse en el texto constitucional y la cobertura amplificada que para él se ha definido en este último; el ordenamiento internacional de los derechos humanos aporta también un importante respaldo a esta reformulación. No otra conclusión puede extraerse de lo dispuesto por el artículo 21.1 frase 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José, de acuerdo con el cual “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. El cambio en la línea jurisprudencial referida se mueve entonces en la dirección señalada por la explícita definición de las facultades mínimas que deben integrar el contenido de este derecho conforme al ordenamiento interamericano de los derechos humanos. Naturalmente, más que excluir los inconvenientes del uso de la técnica del contenido esencial como forma exclusiva de garantía del derecho a los que se ha venido haciendo referencia, ello supone la confirmación del concepto *lato sensu* del derecho de propiedad y la consiguiente necesidad de introducir elementos que refuercen la tutela jurídica del derecho.

⁸⁰¹ En esta oportunidad el análisis inductivo efectuado por la Corte a lo largo del FJ 9 recae sobre un grupo de derechos patrimoniales amparados por el artículo 58 CC en el cual no está presente el atributo de la disponibilidad. El grupo lo integran el derecho a pedir alimentos, los derechos herenciales de persona no fallecida, el derecho que nace del pacto de retroventa, los derechos de uso y habitación, los derechos morales del autor de una obra amparada por la propiedad intelectual, la propiedad de los predios rurales entregados en el marco de la política estatal de reforma agraria, los bienes situados en zonas donde se haya declarado la inminencia de riesgo de desplazamiento forzado por causa de violencia, los inmuebles sometidos a la aplicación de la figura de la congelación administrativa y, por último, las acciones adquiridas en condiciones especiales dentro de los procesos de democratización de la propiedad accionaria perteneciente al Estado. Todos ellos, se dice, a pesar de resultar temporal o definitivamente indisponibles por su propietario, constituyen ejemplos de derechos amparados por el artículo 58 CC (*Vid.* FJ 9 *ab initio*).

que dudosas. Situación que se agrava si se repara en la no aplicación en el caso concreto de otros límites constitucionales a la ley (*v. gr.* el principio de proporcionalidad, estrechamente ligado a la idea de contenido esencial, o el mandato de ponderación) a efectos de corroborar su conformidad con las disposiciones de la Carta. No de otra forma se puede explicar la decisión adoptada por el juez constitucional en esta sentencia, donde se termina por admitir la validez de una *propiedad inmobiliaria* que, en tanto *indisponible, le impone a su propietario la obligación de serlo ad perpetuam*.

277. Como puede apreciarse, el empleo de la categoría “contenido esencial” en este ámbito resulta problemático. Más cuando, como en este caso, se hace de ella el único instrumento de control de la constitucionalidad de la ley. La amplitud de los contornos del objeto de la propiedad constitucional obliga a que su reconstrucción sea efectuada desde una abstracción y una elevación conceptual tales que, si bien consiguen extender la cobertura de este derecho a confines de ordinario ajenos a este referente *ius fundamental*, acaban por privar a esta garantía de buena parte de su capacidad de protección. *El efecto de límite que le es inherente se diluye en la indeterminación de un concepto demasiado genérico y abstracto*. Su escasa densidad descriptiva supone entonces un incremento de su cobertura en términos cuantitativos, pero una correlativa merma de la misma en términos cualitativos. En este orden de ideas, o bien se prescinde de la utilización de esta garantía -*opción que en el ordenamiento colombiano resulta viable, dada la ausencia de una disposición constitucional que imponga su uso-*, o bien se conserva y se acompaña de otros instrumentos de verificación de la constitucionalidad de las medidas -*señaladamente del principio de proporcionalidad y del mandato de ponderación, sin perjuicio de la aplicación de los demás referentes normativos que sean invocados por el impugnante-*, o bien se conserva y se reformula. Las dos primeras opciones resultan plausibles y recomendables, y no parecen merecer aclaraciones adicionales. La última alternativa, en cambio, sí. Ella puede, a su vez, suponer dos caminos: la renuncia a la concepción amplia de propiedad constitucional o la elaboración de *tipos* de propiedad y la adscripción, a cada uno de ellos, de un contenido esencial específico. Toda vez que la primera de estas posibilidades resulta, a mi juicio, contraria a las exigencias (materiales y metodológicas) del sistema constitucional, se impone, entonces, si se quiere persistir en el empleo de esta categoría, asumir que *no existe un único contenido esencial de la propiedad, sino tantos cuantos tipos de propiedad se reconozcan*. En este caso la construcción de dicha tipología resulta obligada.

D. Tipología de los derechos de propiedad en el texto constitucional.

1. Las exigencias metodológicas de un concepto constitucional de propiedad *lato sensu*.

278. Tal como fue analizado en el Capítulo Primero, al examinar las implicaciones de la constitucionalización del derecho de propiedad sobre su significado y

contenido (*vid. supra* apartado E-5.2), la dilatada extensión de su cobertura y la pluralidad de formas amparadas fuerzan a acuñar un concepto más amplio y abstracto de lo que ha de entenderse por tal. Toda vez que es preciso articular una fórmula que permita englobar bajo una misma noción realidades que son económico-social y legalmente diferenciadas (*v. gr.* derechos reales, derechos de crédito, derechos derivados de una concesión administrativa o de una pensión, etc.), pero constitucionalmente homologables (son, en últimas, ámbitos de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujetos a una función social y provistos de contenido patrimonial merecedores de la misma tutela), a efectos de expandir la cobertura de la protección y la lógica de las intervenciones estatales en la propiedad constitucional a la entera realidad patrimonial del tráfico jurídico-económico, es preciso apartarse del concepto clásico de la propiedad forjado por el Derecho Civil a partir de la regulación del derecho real de dominio en el Código Civil (artículo 669 CCC). No obstante, puesto que no sólo está en juego la introducción de un criterio de sistematización de una porción significativa del Derecho objetivo -del Derecho patrimonial, en este caso-, sino también la *garantía de un derecho subjetivo constitucional*, resulta imperativo tener presentes las exigencias metodológicas y jurídico-sustantivas que ello impone. Esto supone tanto el recurso a un esquema heurístico que combine diversas herramientas, como la preocupación por la conservación de la efectividad de las garantías constitucionales reconocidas al derecho.

1.1. El recurso a un repertorio metodológico mixto.

279. La realización y adecuada articulación del doble cometido metodológico y dogmático atrás señalado (sistematizar la entera esfera de lo jurídico-patrimonial y resguardar la efectividad de formas de tutela del derecho previstas por la Constitución) supone la aplicación de *distintos instrumentos metodológicos*: de una parte, *un concepto general*⁸⁰², que obre como *criterio ordenador* de los distintos elementos que se pretende abarcar bajo un mismo régimen -el del artículo 58 CC-; y de otra, la construcción de *tipos*⁸⁰³ que, a partir de la fijación de los rasgos

⁸⁰² Este concepto general debe ser construido siguiendo dos caminos complementarios: de una parte, deductivamente, mediante la definición de sus rasgos característicos según el sistema constitucional en que se encuentra insertado; y de otra, inductivamente, mediante la abstracción de notas distintivas que son comunes a la pluralidad de formas concretas que se encuentran bajo su tutela y que en muchos casos preceden a la Constitución. Este proceder confirma la importancia de la denominada "estructura circular" del proceso de comprender, del "ir y venir de la mirada" típico de la interpretación jurídica, que permite confirmar o desvirtuar el significado inicialmente dado a un texto o enunciado determinado (precomprensión). Sobre las particularidades del proceso de comprensión mediante la interpretación para el Derecho, *Vid. LARENZ, K. Metodología de la... Passim*, pp. 192 y ss.

⁸⁰³ Si bien la mayor generalidad y abstracción del concepto de propiedad constitucional representa la necesidad de aligerar o descargar su contenido -que ganará así amplitud, pero perderá densidad y capacidad definitoria- en aras a envolver bajo su órbita de protección la variopinta realidad de las relaciones jurídico-patrimoniales que se dan al interior del ordenamiento jurídico, ello se traduce en la correlativa merma de su capacidad para aprehender y describir la plenitud de cada uno de esos fenómenos. De ahí que sea necesario, para compensar

particulares de cada uno de ellos, hagan posible establecer las notas distintivas de esas realidades y perfilar los contornos de figuras más precisas, enmarcadas dentro del ámbito definido por el criterio ordenador. El recurso a este esquema metodológico mixto (concepto general/criterio ordenador y tipos de propiedad)⁸⁰⁴, al tiempo que permite generalizar y potenciar las posibilidades de aprovechamiento del modelo constitucional de garantía de la propiedad privada, hace posible la *separación tipológica* de las distintas realidades englobadas por la garantía general. Lo anterior, con el fin de evitar el vaciamiento del contenido de la regulación constitucional de este derecho, condenado a disolverse en la generalidad de un concepto demasiado abstracto en caso de prescindir de la elaboración de los consabidos tipos propietarios. Ello, en últimas, como una forma de asegurar la mayor operatividad de los mecanismos de garantía de la efectividad del derecho, tales como el contenido esencial⁸⁰⁵. Así, pues, resulta

este déficit de los conceptos abstractos, acudir al *tipo* como categoría metodológica capaz de resolver esta deficiencia. Sobre el tipo como forma de pensamiento y su importancia para la ciencia del Derecho, *vid.* LARENZ, K. *Metodología de la... Loc. Cit.*, pp. 451 y ss.

⁸⁰⁴ Aunque este camino metodológico no ha sido explorado aún por la jurisprudencia constitucional, ésta ha puesto de presente la amplitud del espectro cobijado por el artículo 58 CC y ha distinguido entre diversas clases de propiedad privada. Así, además de la distinción tradicional y neta entre propiedad pública y propiedad privada (*Vid.* la sentencia C-183 de 2003, FJ 3.1), en otras ocasiones, siguiendo la letra del artículo 58 CC, ha diferenciado entre la propiedad privada individual (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y la propiedad privada asociativa o solidaria (artículo 58 párr. 3 CC). La primera, corresponde a aquella que **“actúa en función del lucro monetario directo”** (Informe de ponencia sobre la propiedad, Gaceta Constitucional N° 46, pág 26); la segunda, en cambio, hace relación a aquella en la cual “el beneficio para los asociados y miembros de la empresa colectiva no se materializa mediante la distribución de utilidades **«sino en el mejoramiento directo de su calidad de vida, bien sea por el uso que hacen de esos bienes y servicios, o por la oportunidad de empleo que les ofrece su esfuerzo solidario»** (ibid, pág 26)”. Así, la sentencia C-006 de 1993, FJ 12. Siguiendo esta diferenciación, el objeto de este trabajo se centra en la denominada “propiedad privada individual”. En otras oportunidades, de manera un tanto inexplicable, dadas las muchas posibilidades que ofrece la regulación constitucional de esta temática y la clamorosa necesidad de aclarar su régimen -en lugar de hacerlo más confuso-, la Corte ha establecido distinciones globales poco apegadas al texto de la Constitución, dogmáticamente imprecisas y funcionalmente injustificadas y estériles. Es el caso, por ejemplo, de la desafortunada distinción establecida en la sentencia T-566 de 1992, FJ 2; en la cual se distinguen “tres clases de propiedad: privada, estatal y pública”. La propiedad “pública” se plantea a manera de *tertium genus* entre las dos primeras y, además de envolver un planteamiento confuso, construido esencialmente sobre la base de una impiadosa combinación de doctrinas extranjeras, encierra una formulación no solamente exótica en su contenido, sino fatalmente ajena a la disciplina de la materia en la Constitución. De acuerdo con su texto los bienes (*únicamente*) pueden ser propiedad pública o propiedad privada. Dentro de esta última, a su vez, la Constitución ha englobado distintas especies: propiedad privada individual, propiedad privada colectiva, propiedad privada comunitaria. Todas ellas son expropiables y de todas es predicable una función social que permite al legislador establecer las modalidades, límites y condicionamientos que exija el interés general. El carácter normativo de la Constitución impone no apartarse de este esquema general.

⁸⁰⁵ La inobservancia de esta circunstancia envuelve, a la postre, una contradicción insalvable: lleva a que se identifique el contenido esencial con el “común denominador” sobre cuya base ha de construirse la noción constitucional de propiedad. Una noción que, se dice, debe resultar lo suficientemente flexible y elástica para abarcar la amplia gama de regímenes dominicales introducidos por el legislador, pero que cumpla además con la misión de guardar la unidad del régimen constitucional. Esta perspectiva sustrae a la noción de contenido esencial del ámbito que

procedente afirmar, con COLINA GAREA, que en relación con la propiedad constitucional “lo que cambia para cada caso específico no es el concepto de propiedad, sino su contenido”⁸⁰⁶; cuya determinación en cada supuesto particular deberá puntualizar el legislador de conformidad con las notas distintivas impuestas por cada tipo propietario y las exigencias concretas de la función social. Como es lógico, esta pluralidad de contenidos deberá ser sistematizada en los distintos tipos concebidos, a cada uno de los cuales corresponderá un contenido esencial determinado.

280. Cada tipo debe poder permitir agrupar un número plural de formas (régimenes jurídicos) de propiedad que comparten rasgos característicos o aspectos esenciales comunes. Su integración al tipo correspondiente dependerá, entonces, de la concurrencia en un determinado supuesto propietario de las notas distintivas típicas que se identifiquen en cada caso en un grado tal que hagan posible reconocer en él la imagen fenoménica del tipo⁸⁰⁷. El tipo es más concreto que el concepto; por esta razón, a diferencia de lo que ocurre con éste, *no se define; se describe*⁸⁰⁸. Esto permite mayor flexibilidad en su construcción, pues mientras que el segundo debe ser fijado mediante una definición cerrada y completa, que permita la subsunción mecánica siempre que se encuentren los distintos elementos que la conforman; el primero opera bajo otras reglas. Puesto que las notas distintivas pueden ser abiertas y estar presentes en distinta medida, no habrá subsunción, sino integración al tipo⁸⁰⁹. Ello dependerá, se repite, del grado

originariamente le corresponde –el de la garantía de la eficacia de los derechos fundamentales– y conlleva forzosamente la pérdida de la capacidad limitativa del margen de apreciación legislativo que le es inmanente. Al atribuirle un papel diferente –constituye una expresión más de la ya referida hipertrofia de esta noción– se espera de ella el cumplimiento de una función que riñe con la que genuinamente le es propia y que conduce a su desnaturalización: *de ser una garantía de la efectividad del derecho, pasa a ser una garantía de la unidad del sistema constitucional de la propiedad*. Aunque formalmente pueda pensarse que se trata de cargas compatibles, visto con atención no lo son tanto. Como se ha razonado de manera precedente, frente a la heterogénea cobertura de la garantía constitucional de la propiedad, confiar al contenido esencial el papel de “mínimo común denominador” del derecho en todas sus expresiones supone un adelgazamiento tal de su substancia, que materialmente resulta irreconciliable con su pretendida condición de “límite de los límites”. La garantía de la unidad del sistema debe correr, entonces, por cuenta del *concepto constitucional de propiedad* (no de su contenido esencial). Plantea el contenido esencial como base del “*concepto unitario o común denominador*” de la propiedad constitucional BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 102, nota a pie de página No. 77; también p. 282. En esta misma línea, MUÑOZ GUIJOSA atribuye al contenido esencial “el doble papel de pieza fundamental en el sistema de garantías de aquel derecho, y asimismo de común denominador (núcleo común) a las manifestaciones subjetivas de que el mismo es susceptible”. *Vid.* MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, p. 192. Con todo, este planteamiento se aleja de la contradicción aquí señalada puesto que asume una concepción estricta de la propiedad. *Cfr. Idem*, pp. 81 y ss. Al extrapolar al ámbito jurídico-constitucional el concepto jurídico-civil de este derecho se restringe notablemente el ámbito de cobertura de la propiedad constitucional y desaparece con ello el riesgo de vaciamiento del contenido esencial, inherente a su concepción ensanchada, al que ahora se hace mención.

⁸⁰⁶ COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 161.

⁸⁰⁷ LARENZ, K. *Metodología de la... Loc. Cit.*, p. 211.

⁸⁰⁸ *Ibidem*.

⁸⁰⁹ *Idem*.

de reconocibilidad de la imagen maestra o la imagen en conjunto adoptada en cada caso⁸¹⁰. En consecuencia, el mayor grado de precisión de la definición de un concepto permitirá realizar una subsunción conforme a patrones específicos enderezados a acotar con nitidez su ámbito de cobertura -según la lógica conceptual algo se enmarca dentro de la categoría definida o no-. De aquí la importancia de un concepto bien perfilado. El proceder propio del pensamiento tipológico, en cambio, conllevará siempre un momento de valoración respecto de la concurrencia o no y con qué grado de intensidad de los rasgos distintivos como base para la incorporación de un supuesto a un tipo en concreto⁸¹¹.

El factor valorativo posee además un papel adicional en cuanto criterio directivo de la conformación de los tipos. Emerge como elemento de aglutinación de los rasgos distintivos, agrupados así en torno a un fin que asegurará el sentido y la significación de la categoría construida⁸¹². Además de tener un asidero cierto en la realidad, el factor fundamental de integración del tipo es poseer una consecuencia jurídica determinada ligada a él⁸¹³. La agrupación en tipos de supuestos análogos ofrece así la posibilidad de obtener soluciones jurídicas a problemas comunes cuya respuesta no viene directamente determinada por el orden jurídico; resultado óptimo si se tiene en cuenta que ello permite la creación de modelos explicativos útiles para introducir unidad y coherencia a una realidad heterogénea, dispersa y compleja⁸¹⁴. De aquí que su uso no constituya un recurso ajeno al Derecho. La ciencia jurídica está habituada a operar con tipologías. En el Derecho Privado, por ejemplo, es recurrente su uso para aludir a los tipos de contratos (compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad, etc.) o a los tipos de sociedades (de personas, de capital, etc.). En el Derecho Público se habla asimismo de tipos de Constitución (Constitución como orden-marco, Constitución como orden fundamental), tipos de ley (orgánica, ordinaria, etc.), o tipos de Administración (Administración de policía, Administración prestacional, Administración directiva, etc.), entre otras.

1.2. La preocupación por la guarda de la efectividad de las garantías constitucionales atribuidas al derecho.

281. En el caso concreto del derecho de propiedad, la referencia a los tipos propietarios se justifica por la necesidad de emplear un instrumento metodológico que al tiempo que haga posible preservar la unidad impuesta por la consagración constitucional de un régimen de la propiedad de proporciones tan vastas -sistematizado en torno al concepto de propiedad constitucional- y ordenar una materia tan heterogénea, consiga preservar la efectividad de las formas de protección efectiva que la Constitución ha previsto como garantía del

⁸¹⁰ LARENZ alude a la "imagen total". Vid. LARENZ, K. *Metodología de la... Op. Cit.*, p. 211.

⁸¹¹ *Idem*, pp. 212-213.

⁸¹² *Idem*.

⁸¹³ *Ibidem*, pp. 211-212.

⁸¹⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Op. Cit.*, p. 92.

derecho. Como se ha mencionado ya líneas atrás, en consideración a la notable extensión de dicha garantía, intentar perfilar un contenido esencial del derecho de propiedad *lato sensu* consagrado por el artículo 58 párr. 1 frase 1 dentro de la garantía constitucional del mismo resultaría inane⁸¹⁵. Tal como se ha señalado ya con ocasión del análisis de la inducción efectuada por el juez constitucional de la noción constitucional en la sentencia C-189 de 2006⁸¹⁶, más que a un verdadero contenido esencial, la fórmula allí acuñada se corresponde, mejor, con una aproximación al referido concepto general/criterio ordenador de los distintos materiales a someter bajo el régimen constitucional del artículo 58 CC. La amplitud y heterogeneidad de la cobertura de la garantía constitucional del derecho, y el análisis *inductivo e indiferenciado* que efectúa el Alto Tribunal de la realidad infraconstitucional de la propiedad, determinan que este último resulte en la elaboración de un concepto único. Si bien éste se encuentra dotado de la suficiente generalidad para abarcar el sinnúmero de posiciones jurídico-patrimoniales configuradas por el legislador, carece del peso conceptual y la fuerza descriptiva necesaria para cumplir la *función de límite* que corresponde al contenido esencial de un derecho fundamental.

282. La elaboración de concepto general y la atribución de un único contenido esencial construido desde tal generalidad, sin reparar en las diferencias que median entre la multitud de bienes y derechos englobados por dicha garantía a causa de la vastedad de su extensión, resulta inconveniente. Su notable abstracción se traduce en un amplísimo margen de discrecionalidad del intérprete, que acaba por neutralizar el componente de garantía inherente a esta figura, legitimar conclusiones dudosas y desamparar al derecho⁸¹⁷. El caso de la sentencia C-189 de 2006 de la Corte Constitucional y su muy discutible decisión de declarar ajustada a la Constitución una ley que impide a los propietarios de predios declarados parque natural enajenar su propiedad es el más claro ejemplo de ello.

283. Es preciso tener en cuenta que la propiedad constitucional es un derecho por medio del cual se atribuye a un sujeto *un ámbito de aprovechamiento privado* exclusivo y excluyente, vinculado a una función social, cuyo contenido radica en el *interés particular de obtener una utilidad económica privada y el correlativo poder de*

⁸¹⁵ Subraya el escaso valor limitativo que cumple el contenido esencial en tanto que garantía abstracta de una mera "utilidad económica" BAÑO LEÓN, J. M. "El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, p. 1782.

⁸¹⁶ *Vid. supra* el apartado anterior de este Capítulo.

⁸¹⁷ De lo que se trata, entonces, es de proponer una vía de solución metodológica a la problemática derivada de la proliferación de regímenes dominicales diversos, que al tiempo que guarde la unidad de la categoría propiedad, conserve la virtualidad tuitiva de figuras como el contenido esencial del derecho. Como señala DÍEZ-PICAZO, la pluralidad de regímenes dominicales amparados pone de relieve la necesidad de encontrar "si existe todavía un *quid* de común a todos que permita llamarlos a todos propiedad; o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea solo de denominación. Porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto". *Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Algunas reflexiones sobre... Passim*, p. 1260.

aprovechamiento o explotación. Este concepto permite trazar con suficiente radio de amplitud el círculo de bienes y derechos abarcados por la cobertura del artículo 58 CC. Con base en él pueden ser identificados los distintos objetos englobados por la noción constitucional de propiedad (posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial de Derecho Público o de Derecho Privado sujetas a regímenes legales disímiles)⁸¹⁸ a efectos de determinar su sometimiento a las reglas previstas por la Constitución para este derecho. De esta forma, al tiempo que se delimita el ámbito de cobertura de la garantía constitucional del derecho, se aísla conceptualmente el material a partir del cual debe construirse la tipología del derecho. Con ello, por una parte, se introduce un criterio sistematizador de raíz constitucional adecuado para asegurar la coherencia interna de la amplísima y nada homogénea esfera patrimonial de los individuos; y por otra, dada su escasa capacidad descriptiva del contenido del derecho, se hace patente la necesidad de apelar al *tipo* como herramienta metodológica apta para precisar los distintos contenidos que admiten ser subsumidos bajo un concepto de contornos tan anchos.

284. Adicional al aporte metodológico que representa la identificación de este criterio de ordenación del sistema anclado en un derecho fundamental constitucionalmente protegido, la sujeción al régimen constitucional de la propiedad de las distintas clases de situaciones jurídico-patrimoniales conlleva también consecuencias jurídico-sustanciales. No sólo implica asegurar un alto grado de constitucionalización de este ámbito del Derecho; conlleva, asimismo, consecuencias jurídicas más concretas: de un lado, la subordinación de esta entera realidad al interés general y su apertura a las diversas formas de intervención estatal previstas en este campo (delimitación del contenido del derecho, expropiación y extinción del dominio). Por otro, la posibilidad de tipificar contenidos dominicales concretos, acordes con las particularidades del ámbito en el cual se originan, mucho más compatibles con la operatividad de garantías constitucionales como el contenido esencial⁸¹⁹. Y finalmente, la mayor tutela jurídica de las distintas posiciones subjetivas consideradas como propiedad constitucional que resulta no sólo del reconocimiento de un contenido esencial, sino de su cobertura por las distintas garantías inherentes al esquema de protección *ius fundamental* que la Constitución ha previsto en este caso (reserva de ley, principio de proporcionalidad, garantía expropiatoria, mandato de ponderación, etc.); a manera de restricciones y límites al poder público, ellas buscan, justamente, racionalizar y controlar el ejercicio que se hace de las potestades de intervención sobre el derecho con miras a asegurar la efectividad de su garantía constitucional. *Más que en su carácter intangible o inviolable, la*

⁸¹⁸ Sobre esto, véase, en extenso, el Capítulo Tercero de este trabajo.

⁸¹⁹ En últimas, la efectividad del contenido esencial como garantía presupone una formulación sencilla y nítida de aquello que compone la substancia medular del derecho fundamental; de otra forma difícilmente podrá definirse con certeza qué integra el objeto protegido y acabará por frustrarse su finalidad tuitiva frente al legislador.

*garantía constitucional de la propiedad se traduce, en la actualidad, en la definición de un conjunto de límites que enmarcan el ejercicio de estas prerrogativas del poder público*⁸²⁰.

285. De esta forma se hace explícito que más que un único contenido y un único mecanismo de garantía, la Constitución ha ideado una propiedad constitucional plástica, afianzada sobre un nutrido tejido de mecanismos de protección. El carácter no uniforme de su substancia no representa la quiebra de la propiedad como figura unitaria. Ésta es anudada, en lo material, por un abstracto interés particular en la utilidad económica envuelta en la explotación o aprovechamiento privado de un determinado bien o derecho de contenido patrimonial y, muy especialmente, en lo formal, por las distintas vías de protección con que se encuentra amparado dicho interés. Aunque importante, el contenido esencial es solamente uno más de tales límites. Por esta razón, sin sobredimensionar su protagonismo, es preciso considerar este factor y efectuar una interpretación que haga posible el despliegue efectivo de esta función.

2. Los tipos de propiedad constitucional.

286. Aunque una elaboración técnica de los referidos tipos propietarios desborda por mucho el objetivo de este trabajo, con arreglo a los planteamientos metodológicos y dogmáticos que han sido expuestos y a efectos de corroborar la hipótesis formulada, resulta preciso pergeñar una tipología de las formas de propiedad amparadas por la garantía constitucional del derecho. *Prima facie*, y de acuerdo con la amplitud de la fórmula empleada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC al consagrar esta garantía y de la notable cobertura del objeto del derecho en la Constitución, podría decirse que resulta plausible identificar tres grandes tipos: la propiedad privada *stricto sensu* o *propiedad común*, por un lado, la *propiedad especial*, por otro, y la *propiedad subsistencia*, por último. Mientras que el primer tipo responde a la referencia directa al derecho de propiedad con que inicia el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC (“Se garantizan la propiedad privada...”) y presenta un contenido tradicional, integrado por las típicas facultades dominicales de goce y disposición; el segundo y tercero encuentran su cobertura en la cláusula general que complementa la fórmula de garantía (“...y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”). Por esto, poseen un contenido variable, menos firme y no completamente coincidente con la imagen social más extendida que se tiene de este derecho. En él sólo resulta indispensable la preservación de la facultad de goce; aunque en uno y otro caso con finalidades claramente diferenciadas.

2.1. La propiedad común.

287. El primer tipo debe, pues, construirse sobre las tradicionales bases liberales que ofrece la evolución del derecho de propiedad a partir de la revolución

⁸²⁰ BADURA, P. “Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 342.

francesa⁸²¹. Esto supone una referencia a los atributos que clásicamente le son conferidos (goce y disposición), pero se desvincula de rasgos típicos del derecho real de dominio tales como la perpetuidad, el objeto restringido a cosas corporales, singulares y unitarias, lo mismo que de su proverbial implicación de un poder pleno y directo sobre la cosa y del atributo de la reivindicación de la misma. Se apoya entonces en la conocida fórmula de la propiedad como derecho a gozar y disponer sobre un bien, pero abarca un espectro material más amplio que su homólogo del Código Civil. Recae tanto sobre objetos corporales como incorporeales insertados en el tráfico jurídico-económico habitual: propiedad inmueble, accionaria, dineraria, financiera, intelectual, industrial, mercantil, etc.

288. Al margen de las diferencias que puedan existir entre sus particulares regímenes legales, constitucionalmente envuelven una misma substancia y merecen el mismo grado de protección. Por ende, visto desde el prisma del contenido esencial, éste deberá envolver siempre las facultades de goce y disposición. La construcción de este tipo parte de entender, si se quiere, con el artículo 664 CCC, que los derechos son *cosas incorporales*. Y, con el artículo 670 CCC, que sobre las cosas incorporales asiste a sus titulares "*una especie de propiedad*". Los derechos que se agrupan bajo este tipo deben recaer sobre objetos susceptibles de apropiación, aprovechamiento y disposición por parte de sus titulares (bienes muebles o inmuebles, creaciones del intelecto, marcas, patentes, *good will*, *know how*, etc.). Su sentido es, entonces, en línea con el que tradicionalmente le es adscrito a este derecho, tanto económico como personal. De un lado, la propiedad común busca procurar al individuo los medios necesarios para una vida autónoma y autorresponsable; de otro, permitirle participar dentro de los procesos económico, político y social que se desarrollan en su comunidad. De esta forma, conecta con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa y el derecho al trabajo.

2.2. La propiedad especial.

289. A diferencia de lo que ocurre con la propiedad común, que es expresión de la evolución jurídico-civil de este derecho, el segundo tipo, la propiedad especial, constituye una manifestación concreta de la autonomía conceptual de la propiedad constitucional, de la singularidad de su objeto y de su necesidad de ajustarse a las exigencias presentes de la colectividad. Por esto, se aparta del contenido que tradicionalmente le ha sido atribuido a este derecho, para centrarse fundamentalmente en el *goce* sobre el sustrato del derecho. La amplitud de la noción constitucional de propiedad –entendida como ámbito de

⁸²¹ Sin duda, la ruptura del esquema feudal del derecho ocasionada por el afianzamiento de la visión incorporada en la DDHC de 1789 representa la instauración de una concepción concreta de la propiedad que ha perdurado hasta nuestros días. Se explica así que a juicio de autores como LEISNER, desde su visión comprometida con la defensa de la idea clásica del derecho, se afirme que "[l]a historia institucional de la propiedad comienza la noche del 4 de agosto de 1789". *Vid.* LEISNER, W. "Eigentum... *Ob. Cit.*, p. 1035.

aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujeto a una función social- permite la articulación de este tipo de derechos. Más cuando se repara en las particularidades de su objeto, caracterizado por una muy fuerte presencia de intereses generales⁸²². Su objeto primordial lo constituyen bienes incorpóreos, señaladamente posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial configuradas en el ámbito de la Administración económica⁸²³.

290. Abarca así al conjunto de derechos o situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de valoración económica que surgen tanto de actos administrativos como de contratos o conciertos suscritos por el Estado con particulares, cuyo resultado es la configuración de un ámbito de aprovechamiento privado económico exclusivo y excluyente, con independencia del objeto de que se trate (bien público, servicio público, etc.), siempre que éste no sea entregado *en precario*. Así entendido este tipo propietario, constituirán una propiedad constitucional especial, por ejemplo, las licencias de uso de suelo, las autorizaciones o permisos para actuar como operador en materia de transporte, la concesión de explotación de recursos naturales, los permisos o concesiones de ocupación de bienes públicos no entregados en precario, los títulos de explotación minera, las concesiones de uso del espectro electromagnético a los operadores de televisión, los títulos de inversión forzosa, los bonos de deuda pública, los créditos o ayudas económicas estatales, entre otras posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales configuradas frente al Estado.

291. Más que relaciones jurídicas enderezadas a la apropiación material inmediata y directa de un bien, el tipo propiedad especial agrupará (aunque no sólo) a aquellas fundamentalmente orientadas a permitir el *acceso y aprovechamiento* por particulares de ámbitos negociales controlados por la Administración. Por esto, visto desde la óptica de su contenido esencial, a él no es inherente el poder de disposición sobre la cosa; lo cual no significa que el legislador no pueda preverlo como parte del régimen definido en ciertos casos⁸²⁴.

⁸²² Hay aquí, entonces, una similitud con la idea tradicional de las “propiedades especiales” del Derecho Civil (*vid.* las disposiciones del Título IV del Libro II del Código Civil Español -artículos 407 a 429-, dedicado a las denominadas “propiedades especiales”; en concreto, a la propiedad sobre las aguas, minerales y la propiedad intelectual), caracterizadas por la particular naturaleza de su objeto, que presenta un notable y singular significado para el interés público o social. *Cfr.* PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1979, p. 182.

⁸²³ Sobre este tipo de posiciones como objeto del derecho de la propiedad constitucional, véase *infra* el apartado A-3.2 del Capítulo Tercero de esta investigación.

⁸²⁴ El supuesto de las concesiones mineras es una muestra de esta situación. De conformidad con lo previsto por el artículo 332 CC, “[e]l Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. Por esta razón, el artículo 14 del Código de Minas, a pesar de establecer que el contrato de concesión *no transfiere a su beneficiario la propiedad de los minerales "in situ", en cuanto pertenencia* -éstos pertenecerán siempre al Estado-, le confiere, para su beneficio particular, en forma exclusiva y temporal, un conjunto de ventajas de contenido económico -establecer la existencia de minerales en cantidad y calidad explotables, aprovecharse de ellos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades- dentro del área otorgada. En adición a estas facultades de

En ejercicio de la potestad de delimitación del contenido del derecho, la ley podrá configurar el régimen de esta clase de propiedades con arreglo al criterio de la función social. En consecuencia, podrá prever las facultades y los deberes dominicales que juzgue pertinentes. Del mismo modo podrá habilitar a la Administración para introducir en el título del cual surgen estos derechos las cláusulas accesorias que estime necesarias y convenientes para la salvaguardia del interés general (revocatorias, resolutorias, etc.)⁸²⁵. Aunque ello arroje como resultado la conformación de una propiedad altamente “condicionada, modulada, «vinculada»”⁸²⁶, su amparo por la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC debe darse por descontada. Por esta razón, aun cuando el legislador y la Administración gozan frente a ella de un espectro de intervención mucho más amplio que en relación con la propiedad común, éste dista mucho de ser un ámbito desprovisto de restricciones o abandonado a la libre configuración estatal. La determinación de engendrar derechos individuales definitivos activa la protección de la garantía del derecho y eleva exigencias que no pueden ser desconocidas (intervenciones dentro de los límites constitucionales, reserva de ley, garantía expropiatoria, etc.).

292. En este marco, al igual que ocurre con la propiedad común, esta propiedad presenta un sentido personal y económico. De ahí que merezca la misma protección constitucional que recibe aquella; más aún cuando se repara en el creciente peso que ella desempeña al interior del circuito económico. No en vano es éste un punto cada vez más destacado en los acuerdos internacionales suscritos en el ámbito de la protección de la inversión extranjera y del libre comercio⁸²⁷. De forma análoga a lo que ocurre con el primer tipo propietario, también la propiedad especial conecta con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa y el derecho al trabajo. Con todo, los numerosos intereses generales concurrentes en este ámbito hacen que registre también un claro nexo con principios como la solidaridad y el Estado social, además de conexiones sectoriales especiales con derechos colectivos como el disfrute del espacio público, el medio ambiente, el ordenado desarrollo urbano, la adecuada gestión y explotación del patrimonio público o la eficiente prestación de los servicios públicos. En definitiva, una rica constelación de intereses que debe ser conjugada

goce, la ley concede al concesionario un particular ámbito de disposición concretado en la figura de la prenda minera (artículo 238). Ella autoriza al concesionario para que con el fin exclusivo de garantizar créditos u otras obligaciones contraídas para construir, montar y explotar minas, constituya prenda sobre *el derecho a explorar y explotar* proveniente del contrato de concesión.

⁸²⁵ En el marco de un ordenamiento que adopta una concepción lata del concepto de propiedad, no cabe duda que la definición de estas reglas, lo mismo que la regulación del régimen sancionatorio aplicable en estos supuestos constituye una expresión más de la delimitación del contenido de la propiedad constitucional de acuerdo con la función social. *Vid.* DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana. *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2004, p. 38.

⁸²⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel y José Manuel DÍAZ LEMA. *El derecho de aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, p. 212, nota a pie de página No. 83.

⁸²⁷ *Vid. infra* el apartado A-3.2 y en especial su literal b) del Capítulo Tercero de esta investigación.

y cuidadosamente armonizada por el legislador al definir el régimen particular de cada derecho configurado.

2.3. Propiedad subsistencia.

293. A semejanza de lo que ocurre con el tipo propiedad especial, la propiedad subsistencia es también expresión de la autonomía conceptual de la propiedad constitucional, de las particularidades de su objeto y de su necesidad de atender las necesidades presentes de protección jurídica de la colectividad. Abarca el conjunto de prestaciones, públicas o privadas, esenciales para asegurar al individuo los elementos materiales indispensables para subsistir, cuya titularidad le es subjetivamente atribuida y es adquirida de conformidad con lo establecido en la ley. Se ancla en la idea de *procura existencial*, concepto articulado por FORSTHOFF⁸²⁸, en atención a la creciente dependencia individual de las prestaciones externas articuladas por el Estado social en respuesta a la incapacidad actual del individuo para asegurar su propia existencia⁸²⁹.

294. Frente a una realidad donde la subsistencia de las personas depende cada vez menos de la propiedad común y cada vez más de estas prestaciones resulta imperativo establecer formas adecuadas de protección de esta clase de derechos⁸³⁰. La garantía constitucional de la propiedad privada constituye un medio adecuado para este fin. Elementales consideraciones relativas a la libertad y a la dignidad humana –relacionadas con la exigencia de amparar todos aquellos bienes que resulten esenciales para garantizar la libre existencia de las personas; más aún cuando se alude a los elementos mínimos para asegurar su supervivencia–, lo mismo que el principio de solidaridad y la ausencia de razones jurídico-constitucionales de peso que lleven a excluirles de la cobertura de la garantía constitucional de los derechos patrimoniales del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC⁸³¹, respaldan este ensanchamiento⁸³². El creciente protagonismo de estas posiciones jurídicas en la garantía de la subsistencia de las personas lleva a apreciar la necesidad de concederles la misma importancia que se otorgó en tiempos pasados a la propiedad raíz u a otros derechos reales que, en su momento, cumplieron también una función de asegurar la existencia de las personas⁸³³. Su origen estatal difícilmente puede sustraerles del entorno vital que les rodea y de su decisivo papel frente a la efectividad de derechos como la vida, la salud y la asistencia social.

⁸²⁸ FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammen, 1959, pp. 22 y ss.

⁸²⁹ Las causas de esta situación son expuestas *infra* el apartado A-2.1 del Capítulo Tercero de este trabajo.

⁸³⁰ DÜRIG, G. "Der Staat und die... *Passim*, pp. 16-17.

⁸³¹ La inclusión de este tipo de posiciones dentro del ámbito normativo del artículo 58 CC es objeto de análisis de este trabajo. *Vid. infra* apartado A-3.1 del Capítulo Tercero.

⁸³² DÜRIG, G. "Der Staat und die... *Ob. Cit.*, pp. 24-25.

⁸³³ *Idem*, p. 36.

295. Su objeto primordial lo constituyen, entonces, posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial acuñadas en el ámbito de la Administración social⁸³⁴. Sin embargo, ello no excluye la cobertura de posiciones jurídico-patrimoniales surgidas con este mismo fin en la órbita del Derecho Privado. Es el caso del derecho a pedir alimentos y los derechos de uso y habitación. Con independencia del ámbito jurídico (público o privado) en el cual sea engendrado el derecho, de lo que se trata es de tutelar una posición enderezada a la atribución jurídico-subjetiva a una *persona física* de un ámbito susceptible de un aprovechamiento privado no económico, determinante para su subsistencia. Por ser relevante desde una óptica meramente personal, a su contenido esencial no resulta inherente el poder de disposición sobre el bien objeto del derecho. La finalidad de este tipo propietario está ligada, pues, a la promoción de condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud y a la asistencia social; lo mismo que a la libertad, a la autoconfiguración responsable de la propia existencia y a la participación independiente del individuo en la vida de la comunidad, por una parte, y la realización del Estado social, por otra.

E. La reserva de ley y el derecho de propiedad.

1. Aspectos generales.

296. Históricamente articulada como una garantía de los derechos individuales frente a la injerencia del monarca, la reserva de ley se ha concebido como una forma de excluir de la órbita de regulación de este último -o, en general, del ejecutivo- determinadas materias para, habida cuenta de su carácter representativo, confiar su reglamentación al Parlamento. En vigencia del orden liberal, dado su acentuado protagonismo y con el ánimo de preservarlo de su afectación, el binomio propiedad-libertad encerró el círculo de asuntos vinculados a esta técnica. De este modo se aseguraba que toda decisión con incidencia sobre estas materias procediera de los representantes de la voluntad general⁸³⁵. Al sustraer estas cuestiones del poder de decisión del Monarca para otorgar su regulación al Parlamento, la reserva de ley suponía una distribución de materias entre dos poderes opuestos y con fuentes de legitimación absolutamente dispares⁸³⁶. Aunque superados ya el principio monárquico y el liberalismo individualista que le sirvió de base en un comienzo, la reserva de ley conserva aún hoy, bajo el Estado social y democrático de Derecho, su cariz de garantía de los derechos individuales.

⁸³⁴ Sobre el amparo concreto de estas posiciones jurídico-patrimoniales por la propiedad constitucional, *vid. infra* el apartado A-3.1 del Capítulo Tercero de este trabajo.

⁸³⁵ DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Passim*, p. 135.

⁸³⁶ TORNOS MAS, Joaquín. "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *RAP*, No. 100-102, 1983, p. 478.

297. No obstante, la influencia de este principio ha incidido en su concepción e impreso una nueva dirección a esta figura. Su cobertura se extiende, así, más allá del arco temático comprendido por las libertades individuales, para abarcar igualmente aspectos organizativos del Estado (artículo 150.7 CC) o cuestiones favorables para los administrados (*v. gr.* servicios públicos, seguridad social, etc.)⁸³⁷. Toda vez que en los modernos Estados constitucionales la legitimidad democrática constituye una seña tanto del Parlamento como del Gobierno, la reserva no busca ser ya solamente una técnica enderezada a la legitimación democrática de determinadas decisiones públicas. En la actualidad, la opción explícita del constituyente por reservar ciertas materias al legislador ordinario, más que propugnar únicamente por la exclusión de la esfera normativa de la potestad reglamentaria de un determinado asunto apunta, en concordancia con la relevancia constitucional del principio democrático, a establecer una *reserva de Parlamento*⁸³⁸. Ella limita la potestad normativa de la Administración, hace que el ejercicio material de la potestad legislativa resulte irrenunciable⁸³⁹ y exige del legislador un esfuerzo cualificado por conformar el régimen sustantivo de determinadas materias. Lo anterior, en atención a las mayores garantías que para la realización de dicho principio ofrece el procedimiento legislativo. Las mejores condiciones deliberativas que proporciona el debate parlamentario se traducen en un plus de legitimidad derivado no sólo de su apertura a la pluralidad de puntos de vista habilitados para intervenir en él, sino además de las garantías de publicidad y contradicción inherentes a este tipo de procedimientos. El carácter más cerrado y menos deliberante y plural de las estructuras procedimentales propias de la Administración justifica, entonces, el mandato constitucional de someter determinados asuntos a esta reserva de órgano⁸⁴⁰ o de Parlamento⁸⁴¹.

2. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

298. El sentido anteriormente señalado opera y describe plenamente la funcionalidad de la reserva de ley en los distintos ámbitos en que esta figura encuentra aplicación. No obstante, el peculiar celo observado en algunos ordenamientos respecto de la eficacia de los derechos fundamentales ha llevado a que ella sea objeto de una particular lectura cuando de intervenciones sobre estos últimos se trata. Es el caso del ordenamiento alemán⁸⁴². De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19.1 frase 1 GG, “[e]n la medida en que según la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley

⁸³⁷ *Idem*, p. 477.

⁸³⁸ DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Loc. Cit.*, p. 152.

⁸³⁹ *Ibidem*, pp. 151-152.

⁸⁴⁰ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 409.

⁸⁴¹ DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Op. Cit.*, pp. 152 y ss.

⁸⁴² Una revisión global de los planteamientos originarios de la doctrina alemana en punto a la reserva de ley en HÄBERLE, P. *Die Wesensgehaltgarantie des... Loc. Cit.*, pp. 127 y ss. También GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, en *RAP*, No. 34, 1961, pp. 16 y ss.

o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual”. Se instaure así una importante cautela en defensa de la efectividad directa de las normas constitucionales que proclaman derechos fundamentales, en virtud de la cual las intervenciones restrictivas del legislador sobre este ámbito deben encontrar respaldo explícito en el enunciado de estas últimas. La potestad legislativa de señalar límites a los derechos fundamentales dependerá así de la particular configuración normativa *de cada derecho en concreto*. La determinación de su alcance estará entonces sujeta a lo previsto en cada enunciado, que o bien podrá consentir las limitaciones realizadas directamente por el legislador (*durch Gesetz*) o por el ejecutivo y el judicial efectuadas con base en una autorización legal (*auf Grund eines Gesetzes*), o bien podrá excluir este tipo de intervenciones. En este último supuesto se estará ante un *derecho fundamental sin reserva de ley*⁸⁴³. Por ende, cualquier clase de limitación que fije el legislador (o cualquier otro órgano) en este caso será inválida y deberá entenderse que sus límites se contraen a los inmanentes del derecho (*Grundrechtsimmanenten*) y a aquellos que el propio texto constitucional haya señalado intrínsecamente⁸⁴⁴. De esta forma, la reserva de ley adquiere un cariz aún más garantista de los derechos individuales: de la habitual exigencia de *cobertura legal* para cualquier intervención administrativa en la esfera *ius fundamental*, ésta pasa a suponer el requerimiento de una expresa *autorización constitucional* para cualquier incursión restrictiva de estos derechos, sea del legislador, sea de la Administración o de los jueces.

299. De forma análoga a lo que ocurre en el ordenamiento español⁸⁴⁵, la Constitución colombiana no instituye una concepción estricta de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, esto es, en tanto que presupuesto habilitante de la competencia del legislador en este campo. Aun cuando la cláusula general de competencia prevista en el artículo 150 párr. 1 frase 1 CC, por medio de la cual se le encomienda la misión de “hacer las leyes”, supone la atribución de una competencia legislativa materialmente abierta, con las puntuales excepciones constitucionalmente previstas (*v. gr.* asuntos relativos al ejercicio de las funciones de banca central –artículo 371 CC-, aspectos particulares de la administración de justicia –artículo 257 CC- o del resorte exclusivo de los entes locales –artículo 314.7 CC-)⁸⁴⁶, en consideración a su importancia, su

⁸⁴³ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 59.

⁸⁴⁴ HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 141. Como señalan PIEROTH y SCHLINK, la natural colisión con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales que se produce como resultado del ejercicio de cualquier derecho, hace que, en estos casos, la ausencia de esta reserva se vea mitigada en la práctica por las posibilidades de intervención abiertas por la necesidad de resolver esta situación y por una interpretación sistemática de los derechos fundamentales. *Cfr.* PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 60. Sobre la noción de límites inmanentes, véase VELASCO CABALLERO, Francisco y Mariano BACIGALUPO SAGESSE. “«Límites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley”, en *REDA*, No. 85, 1995, pp. 115 y ss.

⁸⁴⁵ JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 62.

⁸⁴⁶ Así, para la Corte Constitucional, de acuerdo con la cláusula general de competencia radicada en cabeza del legislador, “esta rama del poder tiene la facultad la desarrollar la Constitución y regular legislativamente la vida del país, no sólo en ejercicio de las atribuciones que expresamente

competencia en relación con los derechos fundamentales goza de una cobertura específica. Ella es establecida tanto de forma especial por algunos enunciados constitucionales que establecen reservas concretas de ley respecto al desarrollo de determinados asuntos (*v. gr.* artículo 15 párr. 3 o el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC), como de forma general por el artículo 152 a) CC y su encomienda genérica al legislador de regular mediante “leyes estatutarias” los derechos y deberes fundamentales de las personas.

300. Así, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento alemán (artículo 19.1 frase 1 GG), la figura de la reserva de ley no puede ser identificada en Colombia con una condición que debe verificarse para entender que el legislador se encuentra constitucionalmente habilitado para incursionar en el ámbito protegido por un derecho fundamental. Dada la particular configuración constitucional de su competencia, este órgano se encuentra por principio habilitado para efectuar intervenciones de esta clase siempre en el marco de los límites que el propio texto de la Constitución le ha fijado⁸⁴⁷. Por ende, y en armonía con lo señalado con anterioridad, puede afirmarse que en el ordenamiento constitucional colombiano la reserva de ley representa la imposición por el constituyente al legislador de *la obligación de regular determinadas materias*, cuyo desarrollo normativo debe proceder *siempre de la ley*. La reglamentación *directa* por normas de otro rango de este bloque temático es, entonces, constitucionalmente excluida⁸⁴⁸. Se entiende así que la reserva legal es “una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley”⁸⁴⁹.

En consideración a la importancia para el funcionamiento de la democracia de los procesos de producción normativa y a la especial significación de los derechos fundamentales para el conjunto de la sociedad y el Derecho, la reserva legal busca asegurar la intervención del legislador en su regulación⁸⁵⁰. En consecuencia, a pesar de su innegable valor de garantía, más que una salvaguarda reforzada de los derechos fundamentales –al estilo alemán– o que una mera explicitación en casos particulares de la habilitación genérica para intervenir o desarrollar legislativamente la Constitución en este campo, la reserva de ley busca, en el ordenamiento jurídico colombiano, *ordenar la relación entre la ley y el reglamento en atención a las exigencias impuestas por el principio democrático*. En consonancia con su papel de límite a las intervenciones estatales y de garantía

le confiere la Carta, sino también en aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-527 de 1994, FJ 3. En sentido análogo, véase la sentencia C-394 de 2002, FJ 4.1.

⁸⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-527 de 1994, FJ 3.

⁸⁴⁸ *Cfr.* DE OTTO, I. *Derecho constitucional... Op. Cit.*, pp. 151 y ss.

⁸⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-570 de 1997, FJ VI.4.2.

⁸⁵⁰ PALACIOS TORRES, Alfonso. “Reserva de ley en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el caso colombiano”, en *Revista de Derecho del Estado*, No. 10, 2001, p. 182.

del derecho, allí donde exista una reserva legal ni el ejecutivo podrá incursionar sin contar con la correspondiente cobertura legislativa, ni el legislador podrá desentenderse de su responsabilidad y descargar la regulación del asunto reservado a otros órganos.

301. Ahora bien, que el legislador goce de una habilitación general y en determinados supuestos tenga la obligación de ocuparse de un sinnúmero de asuntos no significa que todos ellos se encuentren sujetos a las mismas exigencias. En este sentido, debe repararse en que además de los límites materiales constitucionalmente fijados al legislador derivados de la distribución vertical de materias (*rectius* asuntos expresamente sustraídos de su ámbito de decisión para ser atribuidos a otros órganos), la Constitución ha previsto un reparto horizontal de temáticas: no cualquier cuestión puede ser objeto de una ley ordinaria. Si bien el legislador goza de una competencia material abierta, la pluralidad de formas legales prevista por el constituyente determina que ciertos asuntos sólo puedan ser desarrollados por concretos tipos de ley⁸⁵¹. Formalmente cualificados por las especiales exigencias procedimentales establecidas respecto de cada uno de ellos, cada tipo busca expresar un distinto nivel de realización del principio democrático. Así, en materia de derechos fundamentales, la Constitución ha previsto la vigencia de una *reserva de ley estatutaria*. Enseguida se examinará brevemente en qué consiste esta reserva y se indagará acerca de su aplicación al derecho de propiedad.

3. La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales.

3.1. Aspectos generales de la reserva de ley estatutaria.

302. A semejanza de lo que ocurre en el ordenamiento español con las leyes orgánicas (artículo 81.1 CE), la Constitución colombiana ha previsto en sus artículos 152 y 153 un especial tipo de ley, material y formalmente cualificado respecto de las ordinarias: *las leyes estatutarias*⁸⁵². Según el artículo 152 CC, corresponde a estas leyes regular “temas nucleares”⁸⁵³ dentro del orden

⁸⁵¹ Además de la ley ordinaria, el constituyente colombiano ha previsto la vigencia de leyes orgánicas y leyes estatutarias. Las primeras, reguladas por el artículo 151 CC, disciplinan el ejercicio de la actividad legislativa (*rectius* procedimientos); las segundas, previstas por el artículo 152 CC, se ocupan de regular materias de especial relevancia. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 151 CC, son objeto de ley orgánica el reglamento del Congreso, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Para su aprobación las leyes orgánicas requieren la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara del Parlamento. Como se apreciará a continuación, las leyes estatutarias recaen sobre materias consideradas de primera importancia dentro del orden constitucional y presentan igualmente un procedimiento legislativo formalmente más estricto que el ordinario.

⁸⁵² SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 285-286.

⁸⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-162 de 2003, FJ 4.

constitucional: los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, lo mismo que el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción; y la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. En consideración a su importancia para la vida política y jurídica de la sociedad, se estima que estas materias precisan de un calificado debate democrático en el Parlamento y que deben regularse por normas que tengan una vocación de permanencia mayor que la de una ley ordinaria⁸⁵⁴. Por esta causa, y desde una óptima formal, conforme a lo dispuesto por el artículo 153 CC, la Constitución ha previsto un procedimiento legislativo agravado para su formación: la aprobación, modificación o derogación de esta clase de leyes exige la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las dos cámaras legislativas y deberá efectuarse en una misma legislatura -el periodo legislativo, en Colombia, es de cuatro años y se compone de cuatro legislaturas-. Adicionalmente, el texto aprobado por el Parlamento está sujeto a control previo y automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional⁸⁵⁵. Esto último, para asegurar que además de un debate democrático más amplio y una mayor vocación de permanencia, las determinaciones así adoptadas brinden una certeza de compatibilidad con el texto constitucional más alta que la ofrecida por la presunción de constitucionalidad predicada de ordinario de las leyes no sujetas a este especial trámite de expedición⁸⁵⁶.

303. No obstante, la indeterminación material y *vis expansiva* de algunos de los asuntos encomendados a esta particular tipología legal -explícita, p. ej., en el caso de los derechos fundamentales- y las restricciones al principio democrático derivadas de los mayores rigores de su procedimiento de elaboración han supuesto la necesidad de acotar su ámbito de aplicación. Toda vez que su expansión se traduce en un recorte correlativo del círculo de decisiones confiadas a la ley ordinaria, el juez constitucional ha optado por una interpretación restrictiva de esta reserva. En su concepto, “una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías calificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución”⁸⁵⁷.

304. Por otra parte, puesto que la reserva se realiza a efectos de “regular” los asuntos señalados por el artículo 152 CC, ello ha implicado, a su vez, la necesidad de circunscribir el alcance de esta encomienda. En lo atinente a los derechos

⁸⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ E-13.

⁸⁵⁵ Respecto a los aspectos formales de la aprobación de estas leyes, véase SIERRA PORTO, H. *Concepto y tipos de... Ob. Cit.*, pp. 289 y ss.

⁸⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-162 de 2003, FJ 4.

⁸⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-145 de 1994, FJ 3. En sentido análogo, véase las sentencias C-226 de 1994, FJ 2; C-247 de 1995, SNFJ y C-251 de 1998, FJ 2.

fundamentales (artículo 152 a) CC) un desarrollo no exento de controversia⁸⁵⁸ ha llevado a que la jurisprudencia constitucional oscile entre distintas posiciones. Se ha afirmado así, por ejemplo, a partir de una interpretación histórica, basada en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, que “las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos”⁸⁵⁹. No obstante, los riesgos de un eventual vaciamiento de la competencia del legislador ordinario le han llevado a manifestar de inmediato que ello “no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria”⁸⁶⁰. Lo anterior, por no ser haber sido ellas ideadas “con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales”⁸⁶¹. Su misión se contraería entonces, según esta última postura, a “desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales”⁸⁶². Las dificultades que surgen de esta comprensión le han llevado a apelar, asimismo, con resultados igualmente discutibles y de forma por lo demás contradictoria con la lógica de la figura, a la evanescente noción de contenido esencial. Se afirmó así que en materia de derechos fundamentales el ámbito de la reserva de ley estatutaria debía focalizarse sobre aquellas intervenciones que representaran la definición de “límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos”⁸⁶³. Con ello, una figura que, como la del contenido o núcleo esencial, ha sido originalmente concebida como límite infranqueable por el legislador (artículos 19.2 GG y 53.1 CE), acaba convertida, erróneamente, en el escenario en el cual deben cumplir con su misión reguladora las leyes estatutarias. Las inconsistencias de estos planteamientos han llevado a la jurisprudencia constitucional a centrarse, de manera un tanto ecléctica (y todavía incierta), en los aspectos medulares del régimen del derecho.

Puesto que no cualquier referencia a los derechos fundamentales o relación indirecta con esta materia puede activar la reserva de ley estatutaria, se ha entendido que su procedencia está condicionada a que mediante una determinada legislación se establezcan “la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas”⁸⁶⁴, o se regule “la estructura fundamental y los principios básicos de las materias planteadas por el constituyente”⁸⁶⁵. El desarrollo detallado o los aspectos particulares de cada una

⁸⁵⁸ Una valoración de estas posturas puede verse en PALACIOS TORRES, A. “Reserva de ley en los... *Loc. Cit.*, pp. 184 y ss. También en CORREA HENAO, M. *La limitación de los... Ob. Cit.*, pp. 119 y ss.

⁸⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-013 de 1993, FJ 2.2. En sentido análogo, *Vid.* la sentencia C-566 de 1993, FJ 2.1.

⁸⁶⁰ *Idem.*

⁸⁶¹ *Ibidem.*

⁸⁶² *Idem.*

⁸⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-425 de 1994, SNFJ. También las sentencias C-313 de 1994, SNFJ, C-247 de 1995, SNFJ; C-381 de 1995, FJ 3; C-374 de 1997, FJ B-1; y C-620 de 2001, FJ 4.2.

⁸⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1998, FJ 2.

⁸⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-162 de 2003, FJ 5.

de ellas sería, entonces, labor del legislador ordinario⁸⁶⁶. No obstante, como se evidencia en la práctica, tampoco es ésta una fórmula que ofrezca certidumbre suficiente para acotar con claridad el ámbito de esta reserva especial.

3.2. La reserva de ley estatutaria y el derecho de propiedad.

305. La amplitud de la materia objeto de reserva prevista en el literal a) del artículo 152 CC -los derechos fundamentales- y los muy variados sentidos y alcances que le son dados por jurisprudencia y doctrina a esta temática imponen preguntarse si el derecho de propiedad cae bajo su órbita de cobertura. Más cuando en sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la fundamentalidad de un derecho no depende de su ubicación sistemática⁸⁶⁷, ni de las formas de protección previstas para asegurar su efectividad⁸⁶⁸. De hecho, en su jurisprudencia más reciente el juez constitucional ha reivindicado el carácter *ius fundamental* de todos los derechos incorporados en el texto constitucional, en consideración a su conexión directa con los valores propugnados por el constituyente como base del orden que se aspira fundar⁸⁶⁹. Esta aproximación holista permitiría responder afirmativamente a la pregunta antes planteada. Sin embargo, esta contestación fue expresamente desechada por el juez constitucional, quien ante esta misma incógnita respondió de forma tajante que “[l]a regulación de un régimen especial de propiedad no debe sujetarse al trámite previsto para la adopción de leyes estatutarias”⁸⁷⁰. El motivo, contradictorio con la premisa que orienta su nueva línea jurisprudencial en la materia: “[e]l derecho de propiedad como tal no tiene la naturaleza de derecho fundamental”⁸⁷¹.

306. Las implicaciones restrictivas que ejerce la referida reserva sobre el principio democrático explican su posición en este frente, en apariencia contraria a su habitual defensa dogmática de una concepción *lata* de la noción de derecho fundamental. Ella responde, así, a la necesidad de mantener la armonía entre el

⁸⁶⁶ *Idem.* Como fue puesto de presente en la sentencia C-247 de 1995, de lo que se trata, en suma, es de entender que “el correcto entendimiento del artículo 152 de la Constitución no puede consistir en que el legislador evada las exigencias formales de excepción para aquellos casos en que, según la Carta, tiene lugar la ley estatutaria, pero tampoco en que esta modalidad legislativa abarque, sin un criterio razonable que encaje dentro del sistema positivo colombiano, todas las normas que integran el orden jurídico” (SNFJ).

⁸⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, FJ III C.

⁸⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, FJ 10.

⁸⁶⁹ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-585 de 2008, FJ 2.1 y T-168 de 2009, FJ 8. Con anterioridad a esta línea jurisprudencial, y a partir de la distinción entre derechos fundamentales de aplicación directa e inmediata y derechos aplicables de manera indirecta, por adscribirse al segundo grupo, el carácter *ius fundamental* era circunstancialmente reconocido al derecho de propiedad en función de su conexidad con alguno de los derechos pertenecientes al primero. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ B-1. También las sentencias T-506 de 1992, FJ A; T-284 de 1994, FJ 2; T-413 de 1997, FJ 2; C-740 de 2003, FJ E-13.

⁸⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 1998, FJ 12.

⁸⁷¹ *Idem.*

ejercicio de la función legislativa en la esfera propia de las leyes estatutarias y su ejercicio en el ámbito de las leyes ordinarias⁸⁷². Con este fin el juez constitucional se ha visto forzado “a circunscribir aquellas a las materias específicamente indicadas por el constituyente y a realizar de éstas una interpretación restrictiva”⁸⁷³. De este modo, podría entenderse que si para la Corte Constitucional “[n]o admite duda la remisión que en el artículo 152 literal a) se hace al concepto de derechos fundamentales”⁸⁷⁴ y que “[e]n líneas generales, tales derechos responden a la idea de unos derechos que se radican en cabeza de toda persona, exclusivamente en razón de su condición como tal y como presupuesto para el desarrollo de la dignidad humana”⁸⁷⁵, su interpretación remite primariamente al conjunto de derechos incluidos dentro del Capítulo 1 del Título II de la Constitución, concretamente intitulado “[d]e los derechos fundamentales”. Al no formar parte de este bloque de normas -la propiedad está incluida en el Capítulo 2 del Título II CC, “[d]e los derechos sociales, económicos y culturales”-, la reserva de ley estatutaria no podría predicarse respecto del derecho de propiedad privada. Por ende, su regulación corresponderá al legislador ordinario⁸⁷⁶.

4. La reserva de ley ordinaria y el derecho de propiedad.

307. Que el derecho de propiedad no se encuentre sujeto a la reserva de ley estatutaria del artículo 152 a) CC y que su reglamentación caiga dentro de la órbita de competencia del legislador ordinario no significa que no goce de la garantía que representa esta figura y que su regulación deba efectuarse en ejercicio de la cláusula general de competencia del artículo 150 CC. La disciplina que de este derecho aporta el artículo 58 CC permite corroborar su cobertura por una *reserva de ley ordinaria* en relación con los aspectos fundamentales de su reglamentación. De acuerdo con lo establecido por este enunciado, tanto el desarrollo general del régimen del derecho, como del instituto expropiatorio son materias reservadas al legislador. Lo mismo ocurre, aunque con un fundamento normativo distinto (artículo 34 párr. 2 CC), con respecto del instituto de la extinción del dominio. De cara a salvaguardar al derecho de intervenciones arbitrarias por parte de otros poderes públicos, la Constitución ha confiado a la ley la definición de los puntos neurálgicos de su disciplina jurídica. Se trata, con todo, de una habilitación amplia; en especial si se tiene en cuenta su condición de

⁸⁷² Esto explica que para la Corte Constitucional tampoco un aspecto tan incisivo sobre la efectividad de la garantía del derecho como la definición de las reglas que rigen la potestad pública de extinguir derechos de propiedad ilegítimamente adquiridos o ilegítimamente ejercidos no esté sometida a la reserva de ley estatutaria. *Vid.* las sentencias C-374 de 1997, FJ B 1 y C-740 de 2003, FJ 13. El análisis de la institución de la extinción del dominio como intervención en la esfera de protección del derecho de propiedad es abordado en detalle *infra* en el Capítulo Sexto de este trabajo.

⁸⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-162 de 2003, FJ 6.

⁸⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-910 de 2004, FJ 5.4.2.

⁸⁷⁵ *Idem.*

⁸⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2003, FFJJ 15 y 18.

derecho articulado por el Derecho, al cual es inherente una función social y cuyo contenido no emana objetivamente de la naturaleza de las cosas ni de un antecedente histórico unitario ni unívoco⁸⁷⁷. De ahí la importancia de remarcar la responsabilidad que en cuanto a la preservación y desarrollo del esquema propietario contenido en la Constitución incumbe al juez constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad sobre las decisiones adoptadas por el legislador en cumplimiento de esta encomienda.

4.1. La reserva legal sobre el régimen general del derecho de propiedad.

308. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, “[s]e garantizan la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”. Además de determinar la delimitación material y jurídica del objeto de este derecho⁸⁷⁸, esta proposición permite derivar el fundamento normativo de la reserva de ley que preside la definición de su régimen jurídico. Ella envuelve una habilitación global al legislador para definir el régimen de adquisición, ejercicio y pérdida de los derechos amparados por la propiedad constitucional⁸⁷⁹. Con las limitaciones expresamente establecidas por la Constitución (*v. gr.* en materia de regulación del suelo o de la propiedad financiera), su contenido y alcance queda, así, remitido y reservado al legislativo. La determinación de la concreta función social que corresponde a cada forma de propiedad cae bajo la cobertura de esta reserva. La amplitud de este enunciado permite derivar de él diferentes normas respecto de la configuración constitucional de este derecho⁸⁸⁰ y resaltar la importancia del necesario fundamento legal de las actuaciones administrativas que se despliegan en este frente.

309. Como es lógico, que el régimen general del derecho de propiedad se encuentre reservado al legislador no excluye la posibilidad de su regulación por normas de jerarquía inferior a la ley. Cualquier norma jurídica, de Derecho Público o Privado, de rango legal o reglamentario, municipal o nacional, puede regular legítimamente la propiedad siempre que el órgano que la expida sea competente para ello y, adicionalmente, *cuenta con la correspondiente cobertura legal*. Por obra de la referida reserva, al legislador le está vedado renunciar a su

⁸⁷⁷ IPSEN, J. *Staatsrecht...* Ob. Cit., p. 185.

⁸⁷⁸ Al respecto, véase en detalle el Capítulo Tercero de este trabajo, dedicado al objeto del derecho de propiedad en la Constitución.

⁸⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.3.

⁸⁸⁰ Sobre la diferencia entre enunciado jurídico o “regla de Derecho” y norma jurídica, véase KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho* (Traducción de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve), Buenos Aires, Eudeba, 1977, pp. 45 y ss. Alude también a la distinción entre *disposición* y *norma* GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica* (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell), 6ª Edición, México, Porrúa - UNAM, 2004, p. 11. Igualmente BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los...* Loc. Cit., p. 99 y ss. Esta distinción ha sido explícitamente acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana. *Vid.* por todas, la sentencia C-038 de 2006, FJ 6.

competencia legislativa en la materia o descargar su responsabilidad en otras instancias a través de remisiones o habilitaciones. En consecuencia, siempre que la propiedad vaya a ser intervenida por normas infralegales le corresponde al legislativo, en la ley que habilite y contemple dicha intervención, sentar las grandes directrices que deben enmarcar esta actuación y fijar los aspectos centrales de la misma. Con independencia de la mayor o menor densidad normativa con que sean configurados en atención a las particularidades de cada ámbito, los principios generales, presupuestos, límites, los medios y la finalidad de dicha intervención han de ser preestablecidos por la ley⁸⁸¹. De lo que se trata, en últimas, es de limitar la discrecionalidad administrativa en consonancia con la preocupación por asegurar la efectividad de la garantía constitucional del derecho.

4.2. La reserva legal sobre el instituto expropiatorio.

310. De modo específico el párrafo 4 del artículo 58 CC contempla dos reservas legales relacionadas en concreto con la regulación del instituto expropiatorio. De forma explícita el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC reserva al legislador la definición de los motivos de utilidad pública o de interés social que constituyan la *causa expropriandi* de una operación de esta clase⁸⁸². Adicionalmente, y toda vez que la vía judicial constituye la regla general para la práctica de esta medida, la frase 3 de este mismo párrafo le encomienda a la ley, también de forma expresa, la definición de los supuestos en que procede la expropiación por vía administrativa⁸⁸³. El análisis concreto de estos aspectos del instituto expropiatorio es efectuado en el Capítulo Quinto de este trabajo, en el cual se examina igualmente la reserva de ley existente en materia de definición del procedimiento expropiatorio⁸⁸⁴.

4.3. La reserva legal sobre la institución de la extinción del dominio.

311. Una última e importante encomienda constitucional al legislador en materia de propiedad se halla fuera del artículo 58 CC. Es el caso de la reserva legal en materia de extinción del dominio. Configurada como instituto enderezado a la desvirtuación y subsiguiente privación no compensada del derecho ilegítimamente adquirido o ejercitado, la extinción del dominio representa el más drástico atentado constitucionalmente previsto contra la propiedad privada. De

⁸⁸¹ PAPIER, H.-J. "Eigentumsgarantie... *Passim*, p. 184.

⁸⁸² De acuerdo con esta disposición: "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa".

⁸⁸³ Según este enunciado: "En los casos en que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio".

⁸⁸⁴ *Vid. infra*, en el apartado B del Capítulo Quinto de este trabajo lo relacionado con la reserva legal establecida por la Constitución en punto a los diferentes presupuestos de operatividad del instituto expropiatorio.

ahí la importancia de garantizar que esta potestad no sea objeto de un uso arbitrario o caprichoso por parte de la Administración. Según será analizado en detalle más adelante⁸⁸⁵, una primera manifestación de esta preocupación por hacer operativa la garantía del derecho en el ámbito de esta intervención es la reserva legal estatuida por el artículo 34 párr. 2 CC respecto de la definición de la *causa extinctionis* y del procedimiento al cual debe sujetarse esta operación.

4.4. El control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en desarrollo de la reserva de ley.

312. Que el desarrollo del régimen jurídico del derecho de propiedad se halle sometido a una reserva de ley ordinaria⁸⁸⁶ de contornos tan amplios no puede significar ausencia de límites. En desarrollo de esta labor deberán ser atendidas *las exigencias formales de la ley ordinaria, los límites materiales generales* establecidos por la Constitución respecto de la actividad legislativa –los derechos, principios y valores constitucionales, el principio de proporcionalidad, al igual que las restricciones del artículo 136 CC⁸⁸⁷- y *los límites particulares* fijados en concreto frente al derecho de propiedad –p. ej. su estructura dual, el contenido esencial, la prohibición de expropiación legal y la garantía expropiatoria-⁸⁸⁸. El legislador goza entonces de una discrecionalidad apreciable, que le permite delimitar el contenido y definir las modalidades de propiedad que juzgue pertinentes⁸⁸⁹, y establecer entre ellas las diferenciaciones que considere procedentes, siempre que para ello no recurra a criterios constitucionalmente prohibidos (raza, sexo, nacionalidad, etc.)⁸⁹⁰, actúe con apego a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y confianza legítima y respete la imagen que del derecho ha prefigurado el constituyente.

⁸⁸⁵ Vid. *infra* los apartados B-2 y B-3 del Capítulo Sexto de esta investigación.

⁸⁸⁶ Una situación semejante se configura en el ordenamiento jurídico español, en el cual el derecho de propiedad no cae bajo la cobertura de la reserva de ley orgánica prevista por el artículo 81 CE, cuyo ámbito de aplicación se encuentra circunscrito a los “derechos fundamentales y libertades públicas” de la sección primera del capítulo segundo del título I de la Carta. Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la ... Op. Cit.*, p. 98.

⁸⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-527 de 1994, FJ 3.

⁸⁸⁸ Al no ser la propiedad privada un derecho amparado por el denominado bloque de constitucionalidad formado por los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su suspensión en estados de excepción, las normas internacionales que protegen este derecho no gozan de rango suprallegal y no representan, por ende, un límite a la potestad reguladora del legislador. Así, Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1993, FJ d).

⁸⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.3.

⁸⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2000, FJ 8. Así, en esta sentencia, por ejemplo, el juez constitucional encuentra ajustados a la Constitución a los diferentes regímenes establecidos por el legislador en punto a la lesión enorme respecto de bienes muebles e inmuebles. Tras su análisis, la Corte concluye que la improcedencia de demandar la lesión enorme respecto de los negocios de compraventa que tienen por objeto a los primeros “no establece ninguna forma de discriminación sino que consagra una diferencia de trato que tiene un fundamento objetivo y razonable”. Vid. *Idem*.

313. La holgura de esta habilitación y la estimable libertad de configuración que de ella resulta han llevado al juez constitucional a señalar que el control a ejercer sobre las decisiones adoptadas por el legislador en ejercicio de esta competencia “corresponde a un típico control de límites”⁸⁹¹, cuyo objetivo es “el control a los excesos legislativos y a la arbitrariedad de las medidas restrictivas de derechos constitucionales”⁸⁹². Si bien es cierto que una postura de esta clase parece acorde con el considerable margen de configuración del régimen legal de la propiedad que la Constitución ha atribuido al legislador y guarda, por ende, armonía con el principio democrático; no lo es menos que, como se ha examinado a lo largo de este capítulo, aunque desde una notable elevación conceptual, *el constituyente ha prefigurado una imagen maestra de este derecho*. En tanto que guardián de la Constitución, su preservación y desarrollo es responsabilidad primaria del juez constitucional. De ahí que no parezca plausible reducir su labor al referido “control de límites”. Más cuando el principio de supremacía constitucional no sólo exige ya una *prohibición del exceso* en el desarrollo de las funciones del legislador; sino que supone, asimismo, una *prohibición del defecto*, resultado de la vertiente prestacional y del deber de protección que le incumbe a las autoridades respecto del derecho en el nuevo contexto constitucional en el que éste ha sido insertado⁸⁹³. De este modo, como forma de hacer efectiva la garantía del derecho, resulta inexcusable, por un lado, impeler la estricta observancia del conjunto de límites que enmarcan el ejercicio de las diversas prerrogativas del poder público que la Constitución reconoce al Estado en materia de propiedad privada en aras de asegurar la realización del interés general. Por otro, si bien no cabe exigir a la ley que alcance un máximo de precisión y agote en su totalidad el ámbito de regulación que le corresponde, sí debe contener cuando menos una determinada política de protección del derecho, en la cual resulten identificables en sus rasgos básicos la trama de los intereses presentes y se defina mínimamente un marco general de regulación legal⁸⁹⁴.

5. La colaboración normativa entre la ley, el reglamento y otras fuentes en el ámbito de la reserva legal del derecho de propiedad.

314. La decisión constitucional de estatuir una reserva de ley ordinaria en materia de propiedad resulta relevante por cuanto permite determinar aspectos claves de la estructuración del régimen jurídico de este derecho. Como se ha mencionado ya, la ausencia de una concepción estricta –estilo alemán– de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales supone que, al igual que ocurre en el ordenamiento español, la reserva de ley envuelva, esencialmente, una técnica de racionalización de las relaciones entre la ley y el reglamento; esto es, un criterio

⁸⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 16.

⁸⁹² *Idem*.

⁸⁹³ *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Ob. Cit.*, p. 73. *Cfr.* también *supra* las consideraciones efectuadas sobre estos aspectos concretos del derecho de propiedad en los apartados A y B de este Capítulo.

⁸⁹⁴ *Cfr.* SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Ob. Cit.*, p. 75.

de reparto horizontal y vertical de materias entre una y otra categoría normativa. Lo primero, por cuanto permite identificar un círculo de asuntos respecto de los cuales resulta obligada la intervención del legislador; lo segundo, en tanto que formalización del requerimiento de un *mínimum* de regulación sustancial de la materia por la ley –interdicción de la remisión en blanco-. Por esta causa resulta relevante derivar las principales consecuencias que se desprenden de su instauración en el campo de la propiedad constitucional⁸⁹⁵.

315. La primera de estas consecuencias es, sin duda, *la exclusión de los reglamentos independientes o praeter legem* del ámbito de la propiedad constitucional. Toda vez que el alcance de la potestad reglamentaria de la Administración se encuentra condicionado por la regulación constitucional de la ley⁸⁹⁶, producto de la reserva establecida en esta materia únicamente resulta procedente la expedición de reglamentos para la ejecución de la ley (*secundum legem*) y de complemento de la ley (*intra legem*). “[L]a reserva de ley exige Ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria”⁸⁹⁷. En consecuencia, a falta de desarrollo legal que le anteceda, cualquier ejercicio de la potestad normativa de la Administración respecto de esta materia resultará, pues, improcedente⁸⁹⁸. Una segunda consecuencia es *la prohibición de deslegalización* de esta materia⁸⁹⁹. Por ende, no puede el legislador desprenderse de la potestad de regulación de este ámbito y, degradando formalmente su rango, traspasarla a la Administración para que ésta pueda reglamentar un asunto disciplinado por normas con rango legal incluso en contra de una ley anterior⁹⁰⁰. En contraste con lo anterior, y en tercer lugar, se encuentra la legitimidad de la *posibilidad de delegación legislativa*. Al no encontrarse el derecho de propiedad dentro de las materias excluidas por la Constitución de este expediente (artículo 150.10 párr. 3 CC), nada obsta para su procedencia conforme a las condiciones previstas por el párrafo 1 del artículo 150.10 CC⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ Al respecto, véase REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, pp. 412 y ss.

⁸⁹⁶ GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, p. 66.

⁸⁹⁷ TORNOS MAS, J. “La relación entre la ley y el... *Ob. Cit.*”, p. 476.

⁸⁹⁸ Aun cuando no resulta aplicable al derecho de propiedad por las razones expuestas, como explican GALLEGO ANABITARTE y DE MARCOS FERNÁNDEZ, aunque *prima facie* y como regla de un sistema democrático toda cuestión debería ser regulada en sus principios o bases generales por una ley formal, “en las materias no expresamente atribuidas a la Ley y que no hayan sido reguladas por Ley es admisible que el Gobierno dicte *reglamentos praeter legem* sobre todo para resolver problemas concretos (medidas), sin perjuicio de que posteriormente las cuestiones o materias objeto de esa regulación reglamentaria *praeter legem* pase a ser regulada por Ley”. *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Idem*, p. 72.

⁸⁹⁹ Como ha tenido ocasión de subrayar la Corte Constitucional respecto de la reserva de ley existente en materia de servicios públicos, su vigencia en un ámbito sectorial específico excluye cualquier posibilidad de deslegalización en él. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, FJ 1.

⁹⁰⁰ Sobre el concepto de deslegalización, véase ROIG, Antoni. *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 24 y ss.

⁹⁰¹ **Artículo 150.-** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el

Finalmente, una última consecuencia radica en que si bien la reserva conlleva una vinculación material para el legislador en términos del desarrollo mínimo de la regulación que debe efectuar de un determinado asunto, ello no excluye las posibilidades de *colaboración internormativa*. La ineludible exigencia de una aproximación sustancial del legislador al cumplimiento de la labor de regulación del derecho que le es encomendada no resulta incompatible con remisiones legales al reglamento o a otras fuentes jurídicas.

316. Esta última posibilidad conduce a preguntarse por la densidad normativa de la reserva; esto es, a indagar acerca de su “alcance vertical o en profundidad”⁹⁰² o por el grado de detalle que ha de exigirse al legislador al abordar la regulación de una cuestión reservada a la ley⁹⁰³. Una exigencia demasiado leve podría acabar por convalidar remisiones “en blanco” al reglamento y legitimar en la práctica una operación que, como la deslegalización, se encuentra constitucionalmente vedada; un desarrollo excesivo por parte del legislador podría resultar igualmente nocivo: se correería el riesgo de expedir una legislación que resulte inoperante, contraria a la dinámica de la producción del Derecho o, en últimas, contraproducente, por suponer un estímulo probable al recurso a la legislación delegada o una justificación para la ampliación del ámbito de los reglamentos independientes⁹⁰⁴. Frente a esta disyuntiva y ante la certeza que ninguna reserva es absoluta ni excluyente de la colaboración de otras categorías normativas para la ejecución, integración parcial o desarrollo de los enunciados legales⁹⁰⁵, la teoría

Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. // El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. // Estas facultades no se podrán conferir para dictar códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

⁹⁰² TORNOS MAS, J. “La relación entre la ley y el... *Op. Cit.*, p. 478.

⁹⁰³ La proliferación de nuevos y más complejos ámbitos necesitados de regulación jurídica (sistema financiero, servicios públicos liberalizados, investigación genética, actividades de riesgo, gestión de datos, etc.), producto tanto del paso al Estado social, como de la consolidación de la economía capitalista y de algunas de sus secuelas (globalización, liberalización, privatización, etc.), se ha traducido, entre otras, en la pérdida de densidad normativa de la ley y hace surgir, asimismo, la pregunta por el papel que corresponde a la reserva legal en este nuevo contexto. Un interesante análisis de la incidencia de esta situación sobre esta figura en MELERO ALONSO, Eduardo. “La flexibilización de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 10, 2004, pp. 117 y ss.

⁹⁰⁴ TORNOS MAS, J. “La relación entre la ley y el... *Op. Cit.*, p. 478.

⁹⁰⁵ JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, p. 65. Afirmando, como lo hace la Corte Constitucional, que “si se trata de una materia que tiene reserva legal, entonces corresponde exclusivamente al Legislador desarrollarla” hasta “agotar toda la materia” (*Cfr.* la sentencia C-474 de 2003, FJ 17) supone asumir una concepción ilusoria de las exigencias del principio democrático en un Estado de Derecho. Pretender que la potestad normativa de la Administración únicamente tiene cabida respecto de aquellos ámbitos no reservados a la ley (es decir, frente a los asuntos que caen bajo la cláusula general de competencia del legislador -*Vid. idem*-) supone una restricción indebida de aquella y una comprensión demasiado rígida y extrema de la reserva legal. Una interesante reconstrucción del ámbito de la potestad reglamentaria y de sus relaciones con la ley, en GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, pp. 59 y ss. También TORNOS MAS, J. “La relación entre la ley y el... *Loc. Cit.*, pp. 478 y ss., quien pone especial énfasis en señalar el carácter de colaboración que muchas veces presenta la

de la esencialidad del Derecho alemán (*Wesentlichkeitstheorie*) proporciona una solución plausible a esta cuestión. De cara a reforzar la vigencia del principio democrático y del Estado de Derecho, exige la definición por parte del legislador de los *aspectos esenciales* de las cuestiones amparadas por una reserva legal⁹⁰⁶; en este caso, lo que resulte esencial para la realización del derecho de propiedad. Esto no obsta para que (jurídicamente) pueda ocuparse igualmente de los aspectos accesorios, aunque muchas veces ello no resulte conveniente y sea recomendable ceder estos asuntos al reglamento o a otras fuentes⁹⁰⁷.

Se fija así un criterio análogo al definido por la jurisprudencia constitucional en punto a la reserva de ley estatutaria⁹⁰⁸, compatible con el natural juego internormativo que debe producirse en determinados sectores del ordenamiento en consideración a sus particularidades. *Demanda la efectiva intervención del legislador en la definición sustantiva (aunque general y abstracta) de asuntos como las facultades, deberes, cargas y condiciones que de manera específica integran el contenido normal del correspondiente derecho, lo mismo que respecto de los aspectos fundamentales de las estructuras de organización y procedimiento necesarias para asegurar su protección efectiva*⁹⁰⁹. *Corresponde entonces a la ley fijar los elementos centrales de los diversos regímenes dominicales, de modo que resulte apreciable una imagen nítida del derecho, tanto en su faceta social como individual, y de su régimen de protección.* En últimas, no puede olvidarse que conforme a la reconstrucción que de ella ha prefigurado el constituyente, la propiedad privada es función social (artículo 58 párr. 2 frase 1 CC), pero también derecho subjetivo al que es inmanente una esfera de utilidad

relación entre ley y reglamento. MELERO ALONSO, E. "La flexibilización de la... *Op. Cit.*, pp. 119 y ss. destaca igualmente la importancia que cobra el reglamento en un entorno en el cual, con el fin de lograr consensos duraderos sobre materias nucleares -algunas de ellas con reserva legal-, resulta procedente la atribución a esta fuente de un mayor ámbito de configuración jurídica, que haga posible armonizar la dirección política del legislador, con las distintas opciones políticas que en el tiempo pueden instalarse en el Gobierno y dar sentido concreto a la potestad reglamentaria.

⁹⁰⁶ Sobre la reserva de ley y la *Wesentlichkeitstheorie* en el Derecho alemán, véase MAURER, H. *Allgemeines... Passim*, pp. 113 y ss. *Vid.* también, al respecto, BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 54 y ss.

⁹⁰⁷ GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, p. 75.

⁹⁰⁸ *Vid.* las consideraciones efectuadas al respecto *supra*, en el apartado E-3 de este Capítulo.

⁹⁰⁹ La sentencia C-474 de 2005 permite apreciar la importancia de la reserva de ley en esta materia. En este pronunciamiento se examina la validez del artículo 128 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Ley 769 de 2002), que contiene una autorización para que los organismos de tránsito dispongan mediante un trámite de subasta pública de los vehículos inmovilizados una vez transcurrido un año desde su inmovilización. A pesar de habilitar a las autoridades una afectación de este tipo en el derecho de propiedad, el citado precepto omite cualquier consideración de fondo respecto del procedimiento que debe seguirse para someter los vehículos a dicho trámite. Esta circunstancia llevó al juez constitucional a considerar que la ausencia de previsión legal sobre este punto vulnera la reserva de ley en materia de limitación de los derechos constitucionales. A juicio de la Corte, "ante el vacío legal correspondería al Ministerio de Transporte expedir las disposiciones reglamentarias que regulen no sólo el procedimiento de subasta pública sino también la declaratoria de abandono y la extinción del dominio"; situación contraria a la reserva legal estatuida en este punto. *Vid.* FJ 9.1. También en el FJ 9.2 se pronuncia el juez constitucional sobre este aspecto.

privada (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). La definición de este esquema dual por la Constitución conlleva el deber de las autoridades de ocuparse de la materialización concurrente, según el caso, de ambos elementos. La pluralidad de regímenes dominicales en que se traducen los múltiples significados de la función social -en consideración al particular objeto sobre el cual recae el derecho-, impone al legislador la doble obligación de definir los aspectos nucleares de uno y otro extremo. Lo anterior, por supuesto, sin excluir la posibilidad de no agotar la regulación de la materia (en sus aspectos no esenciales) y recabar el apoyo de la potestad normativa de la Administración. En este caso, el recurso a la colaboración del reglamento o de otros instrumentos normativos -v. gr. planes- puede tener lugar con el fin de detallar y completar los diversos estatutos de la propiedad expedidos, en orden a mitigar tanto las limitaciones cognoscitivas del legislador, como los rigores del procedimiento legislativo y las restricciones de su visión forzosamente general de los problemas a abordar⁹¹⁰ -cuestión decisiva en ámbitos como el urbanismo, la ordenación del territorio o el medio ambiente⁹¹¹-.

317. Se trata, por lo demás, de una colaboración que en determinados ámbitos resulta imperativa en consideración al particular reparto vertical de competencias efectuado por la Constitución. Es el caso de la propiedad urbana. Sin llegar a las complejidades del alambicado reparto de competencias propio del modelo de autonomía plasmado en la Constitución española en esta materia (artículos 148.3 CE y 149. 1 CE)⁹¹², de acuerdo con lo previsto por el artículo 313.7 CC,

⁹¹⁰ TORNOS MAS, J. "La relación entre la ley y el... *Ob. Cit.*, p. 491.

⁹¹¹ De hecho, en el ámbito de la propiedad inmueble, como tuvo oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 37/1987, al pronunciarse sobre la reforma agraria andaluza, esta remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos puede resultar inexcusable. La razón: "las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse" (FJ 3). De ahí que, como apunta MENÉNDEZ REXACH, en el ámbito de la propiedad raíz, "[e]sa peculiar determinación del contenido del derecho de propiedad (más bien, de la propiedad sobre *cada* bien), a través del binomio ley-plan, ha[ya] suscitado problemas de legalidad, en cuanto ya no es la Ley el acto jurídico que determina el contenido de un derecho fundamental, sino, por remisión de ella, unas normas meramente administrativas, como son los planes de ordenación". Cfr. MENÉNDEZ REXACH, Ángel. "La propiedad en la nueva Ley del Suelo", en *Derecho Privado y Constitución*, No. 3, Madrid, CEC, 1994, p. 74.

⁹¹² *Vid.* al respecto las sentencias del Tribunal Constitucional STC 61/1997, FFJJ 5 y ss.; y STC 164/2001, FFJJ 4 y ss. Sobre estas decisiones, véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Ius aedificandi y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000, STC 164/2001 y leyes regionales posteriores", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 193, 2002, pp. 11 y ss. Dada la importancia de las consecuencias que produce, la complejidad del reparto competencial en este campo no sólo exige análisis sutiles, sino rigurosos. De lo contrario, una comprensión expansiva de las cláusulas generales que habilitan la intervención del legislador estatal en la materia acabaría por vaciar las competencias de las comunidades autónomas; o viceversa. El análisis que en el marco de la jurisprudencia constitucional efectúa MENÉNDEZ REXACH de la compatibilidad con la legislación estatal de la previsión por estas últimas de criterios de

corresponde a los concejos municipales “[r]eglamentar los usos del suelo”. En consecuencia, la potestad que asiste al legislador para definir el régimen jurídico de la propiedad inmueble en ejercicio de la reserva de ley prevista por el artículo 58 CC⁹¹³, *debe ser armonizada* con la potestad reglamentaria que la Constitución ha reconocido a los concejos municipales específicamente en materia de usos de suelo. Al reconocer la imposibilidad práctica en que se encuentra el legislador para efectuar este tipo de regulación⁹¹⁴, delega esta responsabilidad particular en las autoridades locales, responsables de “ordenar el desarrollo de su territorio” (artículo 311 CC), y fija una barrera expresa a la competencia del legislador. Constitucionalmente éste tendrá vedado agotar la regulación en este punto concreto de la reserva de ley.

318. La ya referida reserva legal permite entender que a pesar de dicha encomienda específica a los entes locales resultaría igualmente contrario a la Constitución asumir que a la ley le está vedada toda injerencia en este punto. Mal podría asumirse que una definición legal general y abstracta de los usos de suelo resulte incompatible con el reparto de funciones establecido por la Constitución. Una regulación legal de esta índole no sólo encontrará pleno respaldo en la reserva legal del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, sino además en el en el artículo 13 CC y su mandato de proporcionar a todos los ciudadanos la misma protección y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos. También ofrecerá cobertura constitucional a esta actuación del legislador la previsión del artículo 334 CC, según la cual corresponde al Estado intervenir, “por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo (...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Ello tampoco resulta contrario a la idea de autonomía local en el marco de un Estado unitario que la jurisprudencia constitucional ha entendido incorporada en la Constitución⁹¹⁵. Como recientemente ha sido recordado por la Corte Constitucional, “las competencias, tanto normativas como de ejecución, para la acción del Estado en el ámbito urbano deben distribuirse en función de los criterios de concurrencia,

clasificación de suelo no urbanizable es una muestra gráfica de esta situación. *Vid.* MENÉNDEZ REXACH, A. “Urbanismo sostenible, clasificación de suelo y... *Ob. Cit.*, pp. 161 y ss.

⁹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 4.3.

⁹¹⁴ Recuérdense las consideraciones ya citadas *supra* del Tribunal Constitucional español en la STC 37/1987, FJ 3, sobre la imperiosa necesidad de la ley de remitirse a la colaboración normativa de la Administración en materia de propiedad inmobiliaria en consideración, entre otros factores, al de la localización.

⁹¹⁵ Para la Corte Constitucional, la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales en el marco del Estado unitario proclamado en el artículo 1 CC “ha de entenderse como la facultad que se reconoce a los entes territoriales para manejar sus intereses, a través de autoridades propias, siempre y cuando se respeten los lineamientos establecidos por la Constitución y la ley, que si bien no puede desconocer que son las autoridades territoriales las que deben regular sus asuntos, sí puede establecer unos marcos de referencia para el ejercicio de las funciones que han de cumplir cada uno de los órganos de gobierno de los entes territoriales, teniendo en cuenta las competencias que, expresamente, determinó el Constituyente en favor de aquéllas”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000, FJ 4.

coordinación y subsidiariedad de una manera que resulte respetuosa, tanto del carácter unitario del Estado, como de la garantía de autonomía de las entidades territoriales”⁹¹⁶. De ahí que la intervención del legislador en este campo no pueda reducirse a una mera remisión “en blanco” a las determinaciones de las autoridades locales. El juego de normas aplicables permite establecer una relación general/particular entre la regulación legal del suelo y su reglamentación por estas últimas. De este modo, *la transposición concreta al término municipal* de las reglas generales definidas por el legislador en ejercicio de sus potestades será, entonces, responsabilidad exclusiva de los concejos municipales.

⁹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2010, FJ 5.3.5.

Capítulo Tercero:

El objeto de la propiedad privada en la Constitución

“La propiedad es una relación que el hombre mantiene con la naturaleza a fin de hacer que ésta le sirva para la satisfacción de sus necesidades; el derecho de propiedad no es más que el conjunto de condiciones necesarias para el nacimiento, subsistencia y desarrollo de esa relación”.

G. DE AZCÁRATE⁹¹⁷

319. Aun cuando la Constitución afirma de manera rotunda la existencia y garantía del derecho de propiedad, guarda silencio acerca del tipo de bienes sobre los cuales éste puede recaer. Tampoco se pronuncia acerca de cuándo un determinado bien o derecho susceptible de propiedad puede ser considerado tal. El texto constitucional no delimita, pues, de manera explícita, ni material ni jurídicamente el objeto de la propiedad. Con todo, la ausencia de una disposición expresa en este sentido no excluye la posibilidad de encontrar una respuesta en sus normas. Impone, sí, efectuar una interpretación sistemática que permita resolver esta cuestión. Es preciso entonces, por un lado, determinar qué tipo de bienes ha considerado el constituyente susceptibles de ser objeto de este derecho; y, por otro, definir cuándo jurídicamente un bien respecto del cual es posible la configuración de la propiedad adquiere esta condición. Por constituir uno de los aspectos centrales del régimen constitucional del derecho y uno de los rasgos distintivos de la figura, el presente capítulo está dedicado a analizar el objeto de la propiedad privada desde estas dos perspectivas. Esta aproximación permite corroborar la amplitud de la cobertura de la tutela jurídico-patrimonial de este derecho en la Constitución. Con el ánimo de examinar en un caso concreto las implicaciones de este ensanchamiento del objeto propietario, en la parte final de este capítulo se realiza el análisis de una figura recientemente incorporada al ordenamiento constitucional colombiano que engendra derechos subjetivos sobre la aplicación de los regímenes legales que acuerden las partes (los denominados *contratos de estabilidad jurídica*) a la luz del régimen constitucional de la propiedad privada.

⁹¹⁷ DE AZCÁRATE, Gumersindo. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, T. I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879, p. X.

A. Delimitación material del objeto de la propiedad privada.

1. Aspectos generales.

320. Que la Constitución carezca de una norma donde expresamente se fijen los bienes sobre los cuales puede recaer el derecho de propiedad o que de forma explícita indique cuál ha de ser su proporción respecto del universo de cosas públicas o comunales mal puede constituir un argumento para desconocer las implicaciones de la garantía constitucional de este derecho contenida en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Como se ha comentado ya, la dimensión objetiva de la propiedad no sólo impone al legislador la obligación de mantener a este derecho y a la institución que le es inherente como elementos centrales del sistema jurídico; se traduce, asimismo, en el deber de preservar y promover las condiciones adecuadas para que uno y otro sean operativos en la práctica. Más que una simple figuración nominal en la normatividad, corresponde asegurar que se respete el lugar capital que dentro del orden social y económico ha sido asignado por la Constitución a la propiedad, de donde se desprende la necesidad de asegurarle un asidero real suficiente para desplegar toda su virtualidad. La dimensión objetiva del derecho exige, pues, *un campo mínimo reservado para la propiedad privada*⁹¹⁸. Más cuando el propio artículo 60 párr. 1 CC encarga al Estado la responsabilidad de promover el acceso de todos a este derecho. Ello permite afirmar que si bien la Constitución en su artículo 63 habilita al legislador para sustraer del régimen general de propiedad privada los bienes que juzgue procedente y establecer una “reserva al dominio privado”⁹¹⁹ y efectúa asimismo una configuración abierta (*numerus apertus*) de la propiedad pública⁹²⁰,

⁹¹⁸ REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de propiedad... *Loc. Cit.*, p. 214.

⁹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 37. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán o español, cuyos textos constitucionales contemplan figuras que permiten la socialización (artículo 15 GG) o la reserva (artículo 128.2 CE) de bienes o recursos esenciales, la CC carece de una norma de este tipo. Contempla, en su artículo 365 párr. 2 frase 3, la reserva al Estado de actividades estratégicas o servicios públicos por razones de soberanía o interés social. Más que de una delimitación del objeto material de la propiedad, se trata, como se ha comentado ya, de una restricción del ámbito de la libertad económica que, dependiendo del tipo de reserva de que se trate –originaria o sucesiva–, podrá desencadenar ulteriores expropiaciones que aseguren el paso a manos públicas de los bienes necesarios para el ejercicio de la actividad o la prestación del servicio reservado. Sin embargo, la denominada “reserva al dominio privado” articulada por la Corte Constitucional en la sentencia en cita suple esta deficiencia y permite sustraer del ámbito de aplicación objetiva del derecho de propiedad bienes que por su especial naturaleza merecen estar sometidos al régimen de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, exorbitante a la disciplina típica de la propiedad privada, previsto por el artículo 63 CC.

⁹²⁰ Más que un listado taxativo de los bienes que deben ser considerados propiedad pública (*numerus clausus*), la Constitución perfila un régimen abierto (*numerus apertus*), que permite al legislador enriquecer el catálogo de bienes que ella misma ya ha calificado de tal y sustraerlos del régimen constitucional de la propiedad privada. Así, si bien el art. 60 párr. 2 CC alude expresamente a la participación accionaria del Estado en empresas, el 72 al patrimonio arqueológico, el 75 al espectro electromagnético, el 332 al subsuelo y los recursos naturales, el 336 a monopolios empresariales configurados como arbitrios rentísticos, el 362 a la propiedad de las entidades territoriales sobre sus bienes y rentas, el 365 a las reservas al Estado de actividades estratégicas y servicios públicos por razones de soberanía o interés social, la propiedad pública no

igualmente le impone el deber genérico de conservar, como mínimo, un reducto proporcionado de bienes susceptibles de un aprovechamiento apropiable por los particulares para hacer efectivas estas disposiciones⁹²¹.

Ni la dimensión objetiva del derecho de propiedad ni su garantía como derecho subjetivo e instituto jurídico impiden al legislador sustraer del tráfico jurídico-privado bienes patrimoniales relevantes desde la óptica del interés general y someterlos a un especial régimen jurídico-público de uso y de goce distinto al régimen general del dominio privado⁹²²; no obstante, sí determinan unas fronteras materiales que deben ser observadas. Así las cosas, aunque no precisada en los términos de su extensión ni de su contenido, existe una *reserva de bienes de propiedad privada* en virtud de la cual el ordenamiento constitucional exige la preservación de una masa mínimamente balanceada de bienes susceptibles de la configuración de este derecho⁹²³. Qué bienes integran concretamente dicha reserva es una cuestión que corresponde determinar al conjunto del ordenamiento jurídico con observancia de las categorías expresamente excluidas de este ámbito por la Constitución (artículos 63, 72, 101, 102 y 332 CC). El concepto de propiedad constitucional (*lato sensu* o *stricto sensu*) que se adopte y emplee resultará decisivo a estos efectos.

1.1. La reserva de bienes de propiedad privada.

321. La instauración constitucional de una reserva de bienes de propiedad privada o, lo que es lo mismo, el deber genérico de respetar un núcleo proporcionado de bienes pasibles del derecho de propiedad privada dimanado de su dimensión objetiva se ve confirmado por el carácter genérico de la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC⁹²⁴, tanto como por el carácter taxativo que dentro del texto de la Constitución se atribuye a otras formas de

se agota en estas figuras. El propio artículo 58 párr. 4 CC prevé el paso a manos públicas de bienes privados por motivos de utilidad pública o de interés social, sin especificar sobre qué tipo de bienes puede recaer la expropiación. Del mismo modo, el 63 contiene una habilitación general para someter los bienes que se juzgue necesario al régimen de exorbitancia que contempla. Por último, el artículo 102 hace referencia a los bienes públicos que forman parte del territorio y su pertenencia a la Nación; cláusula general que deberá ser precisada por el legislador, a quien corresponde definir cuáles son tales bienes. En definitiva, al igual que la propiedad privada, la pública puede observar multitud de formas. Con todo, se trata de una *categoría taxativa*, en tanto que sólo podrá tenerse por tal aquello que la propia Constitución o la ley hayan sometido expresamente al régimen que le es inherente y, por ende, sustraído del conjunto de garantías reconocidas a la propiedad privada.

⁹²¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, pp. 293-294.

⁹²² PAPIER, H.-J. "Eigentumsgarantie... *Passim*", p. 30.

⁹²³ La expresión que aquí se emplea, *reserva de bienes de propiedad privada*, difiere formal y semánticamente de la "reserva al dominio privado" o "de dominio privado" empleada por la Corte Constitucional para aludir, en un sentido curiosamente opuesto al que se emplea en el presente argumento, a los bienes que *no son pasibles de propiedad privada*. Sobre esta fórmula jurisprudencial, véase la sentencia C-126 de 1998, FJ 37. Dado el sentido positivo que registra y la mayor claridad semántica que, pienso, ofrece, se ha optado aquí por la primera expresión.

⁹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 37.

dominio como la propiedad pública o la propiedad colectiva. La primera de ellas recae, por expresa disposición constitucional, sobre el patrimonio arqueológico de la Nación (artículo 72 CC), el territorio que *no* tenga el carácter de propiedad privada y los bienes públicos que forman parte de él (artículo 102 CC⁹²⁵), el

⁹²⁵ Para la Corte Constitucional, en interpretación de la que discrepo, esta disposición, según la cual “[e]l territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece a la Nación”, más que consagrar un verdadero derecho del Estado sobre el territorio, constituye una declaración cargada de un sentido más jurídico-político que jurídico-económico. Ello, por cuanto, afirma la Corte, introduce en el orden constitucional el denominado “dominio eminente del Estado” sobre el suelo nacional en tanto que espacio en donde se ejerce la soberanía. De acuerdo con su particular comprensión de este enunciado, el referido artículo 102 CC “no está estableciendo una forma de propiedad patrimonial de la Nación sobre todo el territorio colombiano, pues si así se interpretara esa disposición, no podría existir propiedad privada, ni propiedad asociativa o solidaria sobre las tierras, cuando la Carta expresamente reconoce esa posibilidad para ese tipo de bienes”. Razonamiento que concluye afirmando que “la Nación no es «dueña» del territorio, en el sentido de ser su propietaria, sino que le «pertenece», por cuanto ejerce soberanía sobre estos espacios físicos, ya que el territorio es el ámbito espacial de validez de las normas estatales” (Sentencia C-126 de 1998, FJ 38). En sentido análogo, véase la sentencia C-536 de 1997, FJ 2.1. A mi juicio, al margen del plausible contenido político presente en toda norma constitucional –y en esta, desde luego, de manera muy especial por hacer referencia a un elemento básico dentro de la configuración del Estado, como es el territorio–, el carácter normativo de la Constitución impone entender que ella encierra una de las bases a partir de las cuales debe construirse el régimen constitucional de la propiedad pública; y como tal debe procurar otorgársele un trato igualmente (y especialmente) jurídico. Esto, por cuanto, considero, consagra el primigenio derecho del Estado sobre el suelo, sin que ello riña o constituya una negación o la exclusión de la propiedad privada sobre este recurso. En absoluto podría ser así. Como es natural dada su condición de derecho constitucionalmente garantizado, salvo por aquellos ámbitos respecto de los cuales ha sido expresamente excluida, la propiedad privada deberá ser siempre efectiva. Por ende, supone entender, mejor y sencillamente, que el territorio nacional no ostenta la condición de *res nullius*; motivo por el cual no basta con asentarse en un terreno carente de dueño y ocuparlo para adquirir tal condición. Se tratará de un bien de propiedad pública y la eventual configuración de un derecho de propiedad privada sobre él quedará sujeto a los términos que al respecto establezca la ley. La garantía del derecho de propiedad y su corolario, el respeto a los derechos adquiridos, impedirá ver en esta norma la anulación de toda forma existente de propiedad inmobiliaria. Como se ha mencionado ya, la propiedad pública será predicable únicamente de aquellas áreas respecto de las cuales no se haya configurado previamente un derecho de propiedad privada. Es justamente esto lo que dispone el artículo 675 del Código Civil Colombiano en materia de baldíos: “[s]on bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”. En igual sentido se pronuncia el artículo 44 de la ley 100 de 1912 o Código Fiscal. En ello se establece, por así decirlo, una “presunción de baldíos” (Cfr. NAVIA ARROYO, Felipe. “La propiedad de la tierra en Colombia. Su prueba”, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, No. 3, 1983, pp. 68-69). Así entendido, estas disposiciones no serán más que especificaciones de lo previsto por el artículo 102 CC. De ahí que no pueda entenderse que resulte incompatible con la garantía del derecho de propiedad en cuanto garantía de los derechos adquiridos. ¿Resulta contraria a la dimensión objetiva de este derecho en tanto negación de la posibilidad futura de consolidar derechos de propiedad sobre zonas aún no sometidas al dominio de un particular? A mi juicio, no. Que la propiedad de la tierra carente de dueño sea del Estado no quiere decir que sobre ella no puedan surgir derechos amparados por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Una interpretación sistemática de la Constitución permite entender que el reconocimiento de este derecho primigenio del Estado no debe comportar un atentado o la negación de la propiedad privada sobre el suelo. De un lado, lo dispuesto en los artículos 60 párr. 1 y 64 CC respecto al deber estatal de promover el acceso de todos, en general, y de los trabajadores agrícolas, en particular, a la propiedad, ofrece una buena razón para sustentar esta comprensión. A ello se suma, de otro lado, la expresa

subsuelo y los recursos naturales no renovables (artículo 332 CC), así como sobre aquellos bienes que la ley califique de tal (artículo 63 CC). La segunda viene igualmente determinada por la Constitución: alude fundamentalmente a las tierras comunales de grupos étnicos (artículo 63 CC), esto es, áreas entregadas a las comunidades negras (artículo transitorio 55 CC) y resguardos indígenas (artículos 63 y 329 párr. 2 CC)⁹²⁶. Así, pues, dado el carácter genérico de su garantía, la propiedad privada emerge como una *categoría residual* de bienes, *susceptible de configurarse respecto de todo aquello que no haya sido sometido por la Constitución o la ley a un régimen jurídico diferente*⁹²⁷.

previsión constitucional de la existencia de los bienes baldíos. En armonía con la garantía constitucional de la propiedad y el encargo de promoción del acceso a ella, el artículo 150.18 CC encomienda expresamente al legislador la definición de un régimen adecuado de adjudicación de tierras baldías (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-060 de 1993, FJ d). Finalmente el artículo 334 CC confía al Estado la dirección general de la economía y le impone intervenir en la explotación de los recursos naturales y en el uso del suelo para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. La puesta en relación de esta constelación normativa hace visible que, más que una simple declaración provista de sentido político-jurídico o una amenaza o negación de la propiedad privada inmobiliaria, el artículo 102 CC constituye una norma básica dentro del sistema constitucional de la propiedad (pública y privada). Ella no solo permite entender que en materia de suelo, como legalmente lo establece el Código Civil en su artículo 675, allí donde no exista ya consolidado el derecho de un particular se estará frente a una propiedad pública; adicionalmente dota de sentido la expresa previsión constitucional de los baldíos como bienes públicos (artículo 150.18 CC), al tiempo que asegura al Estado un mínimo de resortes materiales tanto para la efectiva realización de la encomienda de promoción de la propiedad de los artículos 60 párr. 1 y 64 CC, como de protección de la diversidad e integridad del ambiente del artículo 79 CC. Además, y por último, esta interpretación hace operativa y permite entender la razón por la cual esta disposición alude tanto al territorio como a los bienes públicos que se encuentran en él, para destacar que ambos “pertenecen” a la nación; fórmula un tanto redundante y estéril de seguirse la comprensión de la Corte. En últimas ¿qué sentido tendría proclamar el “dominio eminente del Estado” sobre bienes que son públicos? Como puede verse, en definitiva, también la literalidad de este enunciado fuerza a apartarse de tal interpretación y a entender que se trata de una disposición sin la cual ni la propiedad pública ni la propiedad privada pueden ser debidamente comprendidas. Finalmente, no se acaba de comprender la necesidad del juez constitucional de apelar a un concepto tan nebuloso y anticuado como el dominio eminente para justificar la potestad de intervención del Estado en la propiedad del suelo (Vid. C-536 de 1997, FJ 2.1), cuando la propia Constitución contempla tanto una habilitación genérica para delimitar y expropiar el derecho (artículo 58 párr. 2 y 4 CC), como otra específica para intervenir, entre otras materias, en la explotación de los recursos naturales y en el uso del suelo (artículo 334 frase 2 CC). Lo anterior, sin contar con la explícita encomienda a los municipios para que a través de su Concejo Municipal se reglamenten los usos del suelo (artículo 313.7 CC). Poco aporta a la dogmática constitucional actual y a la garantía de la efectividad de las disposiciones de la Constitución el recurso a doctrinas que, como ésta, no sólo resultan anacrónicas, sino también por completo ajenas a la lógica y a la dinámica del texto constitucional.

⁹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2003, FJ 3.1.

⁹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 37. La Corte Constitucional alude en este pronunciamiento a la “reserva de dominio privado” como el círculo de bienes excluido del ámbito general de aplicación del derecho de propiedad. Como fundamento normativo para la configuración de esta reserva es invocado el artículo 63 CC. De acuerdo con esta disposición: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, inembargables e imprescriptibles”. Con ella, la Corte sienta una posición crucial

322. Lógicamente, lo anterior no significa que por exigencia constitucional todo bien respecto del cual pueda configurarse un derecho de propiedad deba subordinarse a las reglas del Derecho Privado. La garantía constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC asegura al individuo la existencia de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente; no un régimen jurídico de Derecho Público ni de Derecho Común. Decidir el tipo de normas a las cuales deberán sujetarse las distintas formas de propiedad que reconozca el ordenamiento constituye una atribución del legislador, a quien corresponde determinar esta situación de acuerdo con la valoración que efectúe al respecto en cada uno de los casos⁹²⁸. Es ésta una decisión que cae bajo la órbita de cobertura de la reserva legal existente en esta materia⁹²⁹.

323. Ahora bien, una aproximación detallada al texto constitucional permite encontrar que, junto con el deber genérico de respetar un núcleo proporcionado de bienes susceptibles de constituir su objeto, la propia Constitución ha previsto la existencia y preservación (e incluso, en ciertos eventos, la promoción) de ciertas formas concretas de propiedad. Es el caso de la vivienda (artículo 51 CC), la propiedad accionaria (artículo 60 párr. 2 CC), la propiedad intelectual (artículo 61 CC), la propiedad rústica (artículo 64 CC), la propiedad urbana (artículos 82 párr. 2, 310 párr. 1 frase 2, 313.7 y 317 párr. 1 frase 1 CC), la propiedad empresarial (artículo 333 párr. 3 frase 1 CC) y la propiedad dineraria (artículo 362 CC). Cada una de ellas designa porciones de la realidad del tráfico jurídico-económico respecto de las cuales la Constitución ha contemplado de manera expresa la entrada del derecho de dominio. De esta forma, *la Constitución garantiza la existencia de la propiedad en estos ámbitos* y limita la potestad legislativa de sustraerlos del campo de aplicación de las garantías propias de este derecho. En consecuencia, **el legislador no podrá nunca eliminar estas formas de propiedad**. Podrá regularlas, limitarlas, modalizarlas; pero no suprimirlas.

324. Naturalmente esto no significa que el ámbito de la propiedad deba limitarse a estas esferas explícitamente señaladas por el texto constitucional. El carácter genérico de la proclamación de su garantía y el reconocimiento del derecho al trabajo (artículo 25 CC), las libertades de escoger profesión u oficio (artículo 26 CC) y de empresa y la libre iniciativa económica privada (artículo 333 párr. 1 frase 1 CC), en tanto que fundamentos de un orden económico libre estatuido en

dentro del sistema normativo de la propiedad privada. Equivale a situar los límites materiales de este derecho en un conjunto de bienes que, debido a su relevancia desde el prisma del interés general, el propio texto constitucional califica de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Dada la habilitación general al legislador que contiene esta disposición, ella no constituye una enunciación taxativa. El legislador puede entonces extender este régimen a aquellos bienes que juzgue procedente. Sin embargo, como se ha mencionado ya, que el régimen previsto por la Constitución en materia de propiedad pública opere bajo el esquema de *numerus apertus* no riñe ni desvirtúa su condición de categoría taxativa, ni a la propiedad privada la suya de categoría residual.

⁹²⁸ REY MARTÍNEZ, F. "El derecho de propiedad... *Loc. Cit.*, p. 214.

⁹²⁹ *Vid. supra* el apartado E-4.1 del Capítulo Segundo de esta investigación.

torno al mercado⁹³⁰, obligan a ir más allá. Como se ha señalado ya en el primer capítulo de este trabajo⁹³¹, *el objeto de la propiedad constitucional lo constituye todo derecho o situación jurídica-subjetiva de contenido patrimonial; en suma, toda posición jurídica subjetiva susceptible de aprovechamiento privado y estimación económica atribuida a un sujeto de manera exclusiva y excluyente.*

1.2. La singularidad del objeto de la propiedad constitucional.

325. Entender que el objeto de la propiedad presenta contornos tan amplios implica asumir enteramente las exigencias que dimanen tanto de la actual realidad normativa de la propiedad en la Constitución, como de la realidad fáctica en la que ella se encuentra inmersa. La visión clásica de la propiedad, ideada para una sociedad de otro tiempo, cuyo principal referente patrimonial lo constituía *la tierra*⁹³² y cuya finalidad última era la apropiación material inmediata y directa de una cosa⁹³³, resulta demasiado estrecha frente a las exigencias del tráfico jurídico-económico actual. Éste no sólo ha desencumbrado a la propiedad fundiaria de su lugar de privilegio como principal índice y factor de riqueza⁹³⁴; parece además resueltamente empeñado en la desmaterialización de los valores y de las transacciones económicas⁹³⁵. El desplazamiento de buena parte de la atención de los agentes económicos a la generación, procesamiento y distribución de información y conocimiento típico de la *sociedad postindustrial* es la más viva evidencia de esta situación⁹³⁶. Las múltiples oportunidades que ofrecen y el mayor peso que cada día cobran dentro de la economía sectores como el internet o las nuevas tecnologías se enmarcan en esta línea⁹³⁷. A este

⁹³⁰ GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y...* Ob. Cit., p. 248.

⁹³¹ Vid. *supra* el apartado E-5 del Capítulo Primero de este trabajo.

⁹³² REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* Op. Cit., pp. 58-59. También DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil...* Loc. Cit., p. 141.

⁹³³ CARBONNIER, J. *Derecho Civil...* Passim, pp. 68-69.

⁹³⁴ DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de...* Ob. Cit., p. 91.

⁹³⁵ Esto explica que el verbo "apropiar", núcleo del predicado natural del sujeto que configura a su favor este derecho, haya de tomarse, hoy más que nunca, en un sentido *no material*. Cobra así todo su sentido la sucinta referencia formal del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo representa como el "[h]acerse algo propio de alguien" (Vid. primera acepción del Diccionario electrónico de la RAE, véase www.rae.es); siendo lo "propio", no ya aquello "[p]ertenciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello" (Vid., también, la primera acepción del Diccionario electrónico de la RAE), sino, en armonía con el más amplio y técnico significado de la propiedad constitucional aquí defendido, aquello respecto de lo cual se concede a un individuo un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente (facultad de goce).

⁹³⁶ Pone de relieve esta circunstancia BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Sobre el procedimiento..." Ob. Cit., pp. 301-302.

⁹³⁷ Su incidencia sobre aspectos tan variados de la vida diaria como las costumbres, la cultura, la política, el estudio, las relaciones humanas y profesionales y, por supuesto, el Derecho, permite entrever las múltiples y notables transformaciones que se experimentará en todos estos frentes por causa de la consolidación y la profundización de estos fenómenos. Las nociones y las reglas sobre la propiedad no escapan de este influjo. Por esto, es preciso encarar esta realidad y abrirla tanto a la protección que la Constitución proporciona por vía de su garantía a este derecho, como a la intervención que sobre él ejerce el Estado. Las relaciones que surgen entre el individuo y el

factor sociológico se suman las formidables transformaciones jurídicas operadas tanto en lo relativo a la comprensión y concepción del derecho de propiedad en particular, como en lo concerniente a la visión, valoración y función que se otorgan en general al texto constitucional al interior de la vida estatal y social. Aunque por diferentes motivos, unas y otras constituyen razones de peso para plantearse la reformulación del objeto del derecho de propiedad en relación con el más estrecho referente tradicional del Derecho Civil (propiedad sobre las cosas materiales).

a) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del carácter material y normativo de la Constitución.

326. Una Constitución que, como la actual, sin renunciar a su tradicional función de garantía de las libertades individuales, reivindica para sí la condición de material y normativa y aspira a sentar los preceptos fundamentales para la construcción y el funcionamiento de un orden social justo y participativo, no puede más que incidir positivamente en la forma como se concibe el derecho de propiedad. Más cuando tal determinación se apoya en la instauración de una democracia en lo político, un Estado social de Derecho en lo jurídico y una economía social de mercado en lo económico; decisiones que determinan la correlativa configuración de un específico *status* individual en cada uno de sus ámbitos de influencia a la luz del cual el derecho de propiedad privada se tiñe de una especial significación. En tanto que decisiones constitucionales estructurales, estas determinaciones han sido concebidas para irradiar el entero ordenamiento jurídico y actuar sobre toda institución o figura, prevista o no en el texto de la Constitución, creada o “encontrada” por ella. Los impulsos provenientes de la constitucionalización del Derecho imponen un esfuerzo de revisión del sistema enderezado a llevar al terreno y garantizar la efectividad de los valores, principios y derechos plasmados en la Constitución⁹³⁸. Tal es el contexto en el cual tiene lugar el replanteamiento del objeto de este derecho, corolario de la reformulación de su concepto.

327. En este sentido, el carácter histórico de una determinada institución no puede constituir una camisa de fuerza en relación con las posibilidades hermenéuticas que ofrezca una disposición constitucional que recoge un instituto “encontrado” *-rectius* no creado- por la Constitución. Como afirma LEISNER en relación con el derecho de propiedad, su significado histórico para el Derecho no debe ser sobreestimado⁹³⁹. Su importancia para el conjunto del orden estatal y

conjunto de sus activos patrimoniales, ideas, datos personales e incluso las partes de su cuerpo e información genética y, ahora también, cibernética deben poder ser reconducidas a las distintas categorías que integran el sistema constitucional de la propiedad privada. *Cfr.* sobre este último aspecto, relativo a los nuevos desarrollos del derecho de propiedad en el ámbito de internet, BLOCHER, Joseph. “Reputation as Property in Virtual Economies” en *Yale Law Journal* (Pocket Part), No. 118-120. Disponible también en <http://thepocketpart.org/2009/01/19/blocher.html>.

⁹³⁸ *Vid. supra*, el apartado C-1 del Capítulo Primero de este trabajo.

⁹³⁹ LEISNER, W. “Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 1038.

social exige la visualización del enunciado que lo consagra como una cláusula abierta, susceptible de las actualizaciones o ajustes impuestos por el presente. Máxime en un entorno en el cual a la creciente dependencia de la subsistencia individual respecto de prestaciones externas (públicas y privadas) se suma la permanente irrupción de nuevas formas negociales y patrimoniales que reclaman para sí la misma protección proporcionada a los objetos tradicionales del derecho. Las demandas de innovación del ordenamiento refuerzan así la legitimidad que asiste a los sistemas democráticos para prescindir o actualizar la comprensión de determinadas formas de protección jurídica como la derivada del derecho de propiedad.

b) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del régimen constitucional de la propiedad.

328. El análisis de la configuración constitucional del derecho de propiedad permite corroborar la hipótesis del ensanchamiento de su objeto. En tanto que derecho subjetivo al que es inherente una función social (artículo 58 párr. 2 CC), la Constitución perfila una figura de estructura dual: es utilidad privada, pero es también función social⁹⁴⁰. La fisonomía de la propiedad cambia; en ella se ensamblan estos dos elementos para dar vida a un derecho que, al tiempo que formaliza la superación dogmática de la concepción tradicional de derecho subjetivo como situación de interés enteramente privado al servicio del cual se reviste a su titular de un poder capaz de imponer a la Administración una conducta⁹⁴¹, encaja y busca hacer operativos el conjunto de principios sobre los cuales se sustenta el cuadro constitucional establecido. Entronca así con principios históricamente conexos a la institución –como la libertad y la democracia–, con otros que aunque tradicionalmente ajenos a ella buscan promover la realización efectiva del orden social, económico y político plasmado en la Constitución –la solidaridad y la igualdad– y se erige en pilar central de la disciplina constitucional de la economía, que ampara con su protección *lo adquirido* en ejercicio del derecho a trabajo (artículo 25 CC) o de la libertad de empresa⁹⁴² (artículo 333 CC)⁹⁴³. La función y la finalidad del derecho acusan estas transformaciones y adquieren un cariz igualmente dual. Su finalidad se vincula así tanto a la promoción de condiciones adecuadas para el ejercicio de la libertad y de la participación independiente del individuo en la vida social y económica de la comunidad, como a la realización del Estado social; al paso que su función estriba, en este mismo sentido, en asegurar el disfrute de un mínimo de libertad y

⁹⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

⁹⁴¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Sobre los derechos... *Ob. Cit.*, p. 428.

⁹⁴² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 173. En concreto, sobre la relación entre la libertad de empresa y el derecho de propiedad, véase GALLEGO ANABITARTE, A. "Sobre la propiedad... *Loc. Cit.*, p. 121.

⁹⁴³ No por otra razón propiedad (artículo 58 CC), libertad de empresa (artículo 333 CC) y trabajo (artículo 25 CC), constituyen, según la jurisprudencia constitucional, la constelación de derechos patrimoniales dotados de una función social que funda el denominado tríptico económico de la Constitución. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992, FFJJ 4 y 6.

autonomía en el ámbito jurídico-patrimonial mediante el rechazo de las inmisiones injustificadas y desproporcionadas por parte de los poderes públicos, igual que en contribuir a la realización de los objetivos políticos, económicos y sociales del Estado social mediante la funcionalización del derecho.

329. *Así configurada, la propiedad emerge como un derecho cuya cobertura debe extenderse sobre la entera realidad patrimonial disciplinada por el ordenamiento. En un entorno donde las fuerzas del mercado ensanchan a diario y a pasos agigantados sus contornos, la propiedad constitucional debe resultar lo suficientemente elástica para expandir su órbita de protección e incidencia a las distintas figuras creadas –o autorizadas– por el Derecho. Tanto el vigoroso empuje de los agentes económicos, como los capitales intereses públicos y privados puestos en juego dentro de la dinámica de la propiedad así concebida, excluyen la tradicional concepción restrictiva de este derecho. Entendida como institución que regula el acceso, el aprovechamiento y la disposición particular de los distintos bienes y derechos reconocidos por el orden jurídico, lo mismo que como derecho que garantiza la libertad y la autonomía individual en el ámbito jurídico-patrimonial, al igual que la realización del Estado social, allí donde exista un interés económico capaz de dar lugar a una posición jurídica subjetiva de contenido patrimonial exclusiva y excluyente, habrá una propiedad en el sentido constitucional (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). De ello dependerá tanto la garantía del ámbito de aprovechamiento privado que el derecho confiere a los individuos, como la adecuada materialización de las numerosas posibilidades de intervención estatal envueltas en la función social del derecho y en el carácter expropiable y extingible de toda propiedad constitucional.*

330. *De lo contrario, enfrentadas a un objeto demasiado estrecho, las múltiples posibilidades que en lo individual, lo social y lo estatal ofrece el artículo 58 CC podrían verse frustradas o notablemente recortadas. De un lado, numerosas posiciones jurídico patrimoniales a diario generadas por el mercado quedarían fuera de la protección que el ordenamiento constitucional debe dispensar a bienes de valor económico semejante al que se reconoce a los habitualmente calificados como objeto del derecho de propiedad⁹⁴⁴. De otro, posiciones jurídicas patrimoniales articuladas por el Estado social de Derecho para asegurar la subsistencia digna de los individuos se verían igualmente desprovistas de la protección jurídica necesaria para permitirles cumplir su función respecto del aseguramiento y realización de los principios de dignidad humana, libertad e igualdad. Por último, limitado a un ámbito material sustancialmente más reducido, el completo arsenal de técnicas de realización del Estado social de Derecho previstas específicamente para ser aplicadas en la esfera del derecho de propiedad (*i. e.* delimitación del contenido del derecho, expropiación, extinción del dominio y carácter jurídico –y, por ende, no indemnizable– de ciertos daños) resultaría igualmente subaprovechado⁹⁴⁵. Ello asegura, en suma, que la proclamación*

⁹⁴⁴ BADURA, P. "Eigentum... *Ob. Cit.*, p. 329.

⁹⁴⁵ No en vano, como afirma la Corte Constitucional, "[a] la luz de la Constitución la propiedad está llamada a realizar su función social –fundamentalmente– a través de un proceso dinámico

constitucional del derecho de propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC despliegue toda su virtualidad tanto en su condición de componente fundamental de la denominada garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, como de ámbito privilegiado de la actuación de los poderes públicos en su misión de hacer efectivo el Estado social de Derecho.

331. Es preciso, entonces, acoger una postura *lata* del objeto del derecho de propiedad en la Constitución⁹⁴⁶. Ello permite reconocer que bajo el manto de la garantía constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC se hallan derechos de contenido patrimonial de diversa índole⁹⁴⁷. Su espectro abarca tanto situaciones originadas en títulos jurídico-privados como jurídico-públicos; y reviste de las mismas garantías (intervenciones sometidas a los límites constitucionales impuestos por el derecho, reserva de ley y garantía expropiatoria) tanto a los propietarios de bienes relevantes desde el prisma económico del interés general (bienes de producción), como a aquellos que carecen de tal significación (bienes

que abarca tanto los fenómenos de la producción, circulación, distribución, utilización y consumo de los bienes, como la prestación de servicios públicos y privados". *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FJ 5.

⁹⁴⁶ Tal es la comprensión generalizada del derecho de propiedad constitucional, por ejemplo, en el Derecho alemán, desde su formulación por M. WOLFF en 1923. *Vid.* WOLFF, M. "Reichsverfassung und... *Ob. Cit.*, p. 3. Así, por ejemplo, PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 52-53. BADURA, Peter. „Eigentum... *Ob. Cit.*, pp. 329 y 347; IPSEN, J. *Staatsrecht... Op. Cit.*, p. 180; PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 227; IBLER, M. "Eigentumsdogmatik und die... *Passim*, pp. 567-568; KIMMICH, O. "La propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 152 o MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, pp. 708-709, 711. A pesar de no ser todavía mayoritario, el concepto amplio de propiedad constitucional progresivamente gana figuración en el Derecho español, *Cfr.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, p. 168; AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuesta para... *Passim*, p. 941; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del... Loc. Cit.*, pp. 146 y ss.; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, pp. 96-97, 126-128, 162, 167; BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. "El derecho de propiedad en la... *Loc. Cit.*, pp. 34 y ss; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, pp. 255 y ss.; PARADA, R. "Evolución y crisis del... *Passim*, p. 47, nota a pie de página No. 11; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, p. 42; también IBLER, M. "Der Grundrechtsschutz in... *Passim*, p. 288. El Tribunal Constitucional acoge expresamente este planteamiento en la STC 204/2004, FJ 5. En la doctrina jurídico-civil distingue entre dominio y propiedad, y acoge una concepción amplia de esta última, por ejemplo, PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 1, 3ª Edición, Barcelona, Bosch, 1999, p. 130. En el ámbito anglosajón comparte esta postura PENNER, J. *The Idea of... Op. Cit.*, p. 50. El Derecho europeo acoge asimismo la concepción amplia del derecho de propiedad, *vid.* AGUILERA VAQUÉS, M. "El reconocimiento del... *Loc. Cit.*, pp. 770 y ss. También CALLIESS, C. "The Fundamental Right to... *Ob. Cit.*, pp. 453 y ss. o BANNING, T. v. *The Human Right to... Loc. Cit.*, pp. 12 y 86. En Colombia, como ya ha sido expuesto, la concepción tradicional de la propiedad es mayoritaria. Con todo, un ejemplo de admisión de la concepción *lato sensu* que aquí se defiende puede apreciarse en HINESTROSA, Fernando. "El derecho de... *Ob. Cit.*, p. 161.

⁹⁴⁷ Desde luego esto no significa que la noción de propiedad sea equiparada con la idea de patrimonio. En tanto que derecho, la primera hará siempre relación, en concreto, a una posición jurídica activa del sujeto; al paso que la segunda, como es sabido, alude a una "universalidad de Derecho, es decir, un todo, una unidad jurídica", donde se integran el conjunto de derechos y obligaciones en cabeza de cada uno, sin establecer diferencias materiales entre las distintas situaciones que lo componen. *Vid.* CARBONNIER, J. *Derecho Civil... Ob. Cit.*, p. 5.

de consumo)⁹⁴⁸, sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, negociables o innegociables, personales o económicos⁹⁴⁹, y al margen de que estén o no relacionados con intereses públicos o colectivos relevantes (medio ambiente, patrimonio histórico cultural, suministro de servicios públicos, etc.)⁹⁵⁰. En suma, *la propiedad constitucional brinda cobertura a todo derecho o situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial que conceda a su titular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente*⁹⁵¹. Dada la vasta extensión de esta protección, que abarca por igual posiciones subjetivas patrimoniales surgidas tanto en Derecho Público como en Derecho Privado, y a las proverbiales y sustanciales diferencias entre estos dos ámbitos, a continuación se efectuará un análisis escindido de los derechos de propiedad constitucional en cada uno de ellos (*vid.* el apartado A-2 de este Capítulo). Pero antes resulta procedente retomar los planteamientos esenciales, ya apuntados⁹⁵², de la tipología propietaria forzosamente envuelta en la consideración de la propiedad privada como una figura de contornos tan dilatados.

⁹⁴⁸ A pesar de tratarse de una distinción que no efectúa la Constitución, ella resulta determinante para algún sector doctrinal, en especial a efectos de determinar el alcance de la función social, prevalentemente centrada en los denominados bienes de producción. En este sentido, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, pp. 64-65. Esta distinción resultaba crucial para DUGUIT, quien distinguía entre la que denomina «propiedad capitalista», en referencia a los bienes de producción, y la propiedad sobre los bienes de consumo. Esta última, dice, “presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista”. *Vid.* DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del... Op. Cit.*, p 169.

⁹⁴⁹ Este garantía general de la propiedad contrasta, por ejemplo, con la prevista en constituciones como la de la antigua República Democrática Alemana (RDA), en cuyo artículo 11.1 se garantizaba solo “la *propiedad personal* de los ciudadanos”, cualificada por su finalidad específica: servir a la “satisfacción de sus necesidades materiales y culturales”.

⁹⁵⁰ Aunque, desde luego, este último aspecto no resulte irrelevante desde la perspectiva del régimen constitucional de la propiedad. Como se estudiará en la segunda parte de este escrito, al examinar la delimitación del derecho por virtud de la función social que le es inherente, la mayor o menor relación que pueda existir entre el objeto del derecho y un determinado interés general incide en las mayores o menores posibilidades de incidencia estatal en el ámbito de protección; salvo en supuestos de demanialización o *publicatio* de ciertos bienes, ello no impide la configuración de un derecho de propiedad, merecedor, en cuanto tal, de las garantías que le son inherentes.

⁹⁵¹ En últimas, como ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el alcance que debe atribuirse a la expresión “bienes”, empleada por el artículo 21.1 frase 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al proclamar la garantía de la propiedad privada ([t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”), éstos “pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 6 de febrero de 2001, en el caso Ivcher Bronstein.

⁹⁵² *Vid. supra* el apartado D y sus dos sup-apartados del Capítulo Segundo de esta investigación.

c) La exigencia de una aproximación metodológica al objeto cubierto por la propiedad constitucional.

332. Entender, a la manera de DE AZCÁRATE, que la propiedad designa toda “relación que el hombre mantiene con la naturaleza a fin de hacer que ésta le sirva para la satisfacción de sus necesidades”⁹⁵³ o, más técnicamente, concebirla como figura que regula el acceso, el aprovechamiento y la disposición particular de los distintos bienes y derechos reconocidos por el orden jurídico conlleva un ensanchamiento notable del ámbito de cobertura de la propiedad constitucional: *allí donde exista un interés económico capaz de dar lugar a una posición jurídica subjetiva de contenido patrimonial exclusiva y excluyente, debe haber una propiedad en el sentido constitucional* (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). La pluralidad y heterogeneidad de derechos y situaciones comprendidas dentro de este círculo, que abarca la entera realidad jurídico-patrimonial, hace del objeto de la propiedad un material abundante, dinámico, de perfiles disímiles e inciertos. Visto desde una perspectiva metodológica, impone la articulación de un concepto lo suficientemente abierto e indeterminado para lograr envolver dentro de una misma fórmula realidades dispares, que aunque económico-social y legamente diferenciadas (*a. e.* derechos reales, derechos de crédito, derechos de propiedad industrial, derechos derivados de una concesión minera o de una beca) resultan homologables a la luz del interés tutelado por la Constitución en el derecho de propiedad (el interés personal de su titular en la obtención de una utilidad privada de un determinado ámbito jurídico-patrimonial de aprovechamiento exclusivo y excluyente) y de las necesidades de intervención estatal en este ámbito como salvaguarda del interés general. Tanto la expansión de la tutela constitucionalmente aneja al reconocimiento de este derecho, como de la potestad de incursionar en su ámbito de protección reconocida al Estado son la principal consecuencia de esta amplificación. Con todo, además de esta importante secuela, relevante desde el ángulo de la dogmática-jurídica, el referido ensanchamiento presenta asimismo notables implicaciones en el plano metodológico.

333. Ciertamente, la variedad y el volumen del material abarcado bajo el referido concepto hace preciso emplear *distintos instrumentos heurísticos* que permitan la introducción de un orden sistemático coherente tanto con la desigual realidad jurídica y económica imperante en su interior (*vector metodológico*), como con las exigencias propias del régimen de protección e intervención estatal de la regulación constitucional del derecho (*vector dogmático*). La elaboración de *un concepto general*, que obre como *criterio ordenador* del conjunto; y la construcción de *tipos* que, a partir de la fijación de los rasgos particulares de cada uno de ellos, hagan posible establecer las notas distintivas de esas realidades socio-económico e infraconstitucionalmente diversas que conforman la constelación, resulta imperativo. Esta aproximación no sólo permite fijar con cierta claridad el ámbito sobre el cual recae la propiedad constitucional; al tiempo que hace posible generalizar y potenciar las posibilidades de aprovechamiento del modelo

⁹⁵³ DE AZCÁRATE, G. *Ensayo sobre la historia del... Ob. Cit.*, p. X.

constitucional de garantía de la propiedad privada, da lugar a la separación *por tipos* de las distintas realidades englobadas por la garantía general de conformidad con las peculiaridades que pueda presentar cada uno de ellos. Lo anterior, con el fin de evitar tanto el vaciamiento del contenido de la regulación constitucional de este derecho que resultaría de su disolución en la generalidad de un concepto demasiado abstracto -en caso de prescindir de la elaboración de los consabidos tipos propietarios-; como del subaprovechamiento de la misma que sería consecuencia de la adopción de una posición *stricto sensu* (de la noción de dominio) fundada en los temores a la incertidumbre jurídica aparejada a la introducción de una concepción propietaria ensanchada. Así, además de posibilitar un sustancial incremento del grado de constitucionalización de la entera realidad patrimonial cubierta por el derecho, el amalgamado universo de posiciones jurídico-subjetivas con implicaciones económicas se hace reconducible a los moldes del régimen constitucional de la propiedad privada.

334. Líneas atrás se destacaba la importancia del recurso a este esquema metodológico mixto para salvaguardar una forma de protección del derecho tan relevante como la garantía del contenido esencial⁹⁵⁴; en este momento interesa subrayar *sus efectos positivos para la comprensión y ordenación del vasto y proteico material que conforma el objeto de la propiedad constitucional*: resulta indispensable para preservar la unidad y el orden dentro de la pluralidad y la diversidad. El concepto acota el ámbito cubierto por la garantía constitucional del artículo 58 CC y las diversas formas de intervención sobre el derecho previstas por la Constitución; los tipos, a su vez, engloban formas de propiedad que a pesar de las posibles diferencias que puedan dimanar de sus respectivos regímenes legales comparten rasgos característicos, fundamentos o aspectos esenciales comunes. Por una parte, la forma como se construyen y operan los tipos⁹⁵⁵ proporciona una mayor maleabilidad y dinamismo al material que constituye el objeto del derecho; éste podrá siempre adecuarse a las exigencias de protección e intervención propias de cada tiempo. Por otra, que toda nueva forma de propiedad pueda ser siempre encajada dentro de alguno de los tipos predeterminados, o incluso que quepa la posibilidad de variar la tipología a la que se adscribe un concreto derecho o de idear un nuevo tipo, permite, asimismo, preservar la utilidad del modelo. De lo que se trata, en últimas, es de hacer del ámbito dominado por la propiedad constitucional **un sistema**⁹⁵⁶; llamado a construirse como tal sobre las ideas de unidad y coherencia⁹⁵⁷ que proporcionan

⁹⁵⁴ *Vid. supra* el apartado D-1.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

⁹⁵⁵ LARENZ, K. *Metodología de la... Loc. Cit.*, p. 211. *Vid.* también los comentarios efectuados *supra* en el apartado D-1.1 del Capítulo Segundo de esta investigación.

⁹⁵⁶ La definición kantiana de sistema ("la unidad de conocimientos plurales bajo una idea") ilustra gráficamente la conveniencia de apelar a esta figura. *Vid.* KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*, 1ª Ed., Riga, 1781, p. 832. Citado por CANARIS, Klaus Wilhelm. *El sistema en la jurisprudencia* (Trad. Juan Antonio García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 19.

⁹⁵⁷ Para CANARIS, orden y coherencia constituyen las notas características de todo sistema (*vid.* CANARIS, K. *El sistema en la... Ob. Cit.*, p. 20). Por orden se alude a "una coherencia «interna» racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma" (*cfr. idem*). La unidad, por otra parte,

estos dos insumos metodológicos y a cuya conservación obliga la fuerza normativa de la Constitución. Finalmente, la ordenación de este material según el patrón de los tipos aporta valiosos elementos de análisis para dar respuesta a algunos de los problemas fundamentales que plantea el régimen constitucional de la propiedad privada: confrontada una determinada cuestión frente al modelo explicativo inherente a cada tipo, éste debe ofrecer soluciones (al menos indicios) que aun cuando no se desprenden directamente de la regulación constitucional del derecho responden a las ideas de unidad y coherencia que le son inherentes⁹⁵⁸.

335. En efecto, además de permitir fundamentar razonadamente la necesidad de reconocer tantos contenidos esenciales cuantos tipos de derecho sean construidos, la separación tipológica de la pluralidad de formas dominicales permite identificar también (aunque no sea, desde luego, el único criterio relevante) un mayor o menor alcance de las intervenciones estatales en su ámbito de protección y, por ende, un más alto o más bajo umbral de tolerancia de la vertiente defensiva del derecho en relación con estas últimas. Una y otra información resulta útil, por ejemplo, para la definición de una escala abstracta de la intensidad de la intervención admitida por cada tipo de propiedad. A partir de los datos suministrados por esta relación pueden deducirse claves relevantes para resolver problemas usuales de la propiedad constitucional, difícilmente solubles desde un plano meramente conceptual en consideración al carácter abstracto y totalizador de esta clase de análisis. El caso de las cuestiones relativas al carácter legítimo o ilegítimo de determinadas actuaciones del Estado acusadas de atentar contra el contenido esencial del derecho; lo mismo que el debate sobre la compensabilidad o no de algunas determinaciones públicas con incidencia sobre el derecho; o el grado de exhaustividad que ha de exigirse al legislador en relación con el desarrollo de la reserva legal y el margen de apreciación que le incumbe respecto a cada tipo de derecho, son un ejemplo de ello. En definitiva, facilita comprender las diferencias que en términos de grado de protección acarrea el reconocimiento indistinto de una misma garantía del derecho en relación con posiciones jurídico-subjetivas tan disímiles como las abarcadas por una concepción *lato sensu* de la propiedad privada.

Ello resulta apreciable, por ejemplo, en la tipología propuesta de manera precedente en este escrito⁹⁵⁹, que distingue entre la propiedad privada *stricto sensu* o *propiedad común*, por un lado, la *propiedad especial*, por otro, y la *propiedad subsistencia*, por último. Los particulares contenidos, fundamentos y finalidades de cada uno de ellos determinan distintos grados de resistencia de la vertiente defensiva del derecho frente a las intervenciones estatales y demarcan, por lo

apunta a poner de relieve que la constelación ordenada bajo la idea de sistema “no puede romperse en una serie de unidades individuales y desconectadas, sino que ha de reconducirse a unos pocos y determinantes principios básicos” (*vid. ibidem*, pp. 20-21).

⁹⁵⁸ Esta virtualidad del pensamiento tipológico es destacada por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La Administración del... Passim*, p. 92.

⁹⁵⁹ *Vid. supra* el apartado D-2 del Capítulo Segundo de esta investigación.

mismo, ámbitos de intervención estatal igualmente diversos. La mayor o menor libertad de configuración normativa respecto de una determinada posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial en concreto dependerá, por tanto, *en parte*, del tipo de propiedad al cual se adscriba: será media en el primer caso, alta en el segundo y altísima en el tercero. Así, para citar tan sólo algún efecto de esta asimétrica configuración de la competencia del legislador, mientras que determinadas medidas legales como la sujeción de un derecho amparado por la propiedad constitucional a cláusulas accesorias de modificación, revocación o caducidad resulta legítima en los dos últimos supuestos (por tratarse de posiciones engendradas en actos administrativos y contratos la incorporación de esta clase de cláusulas como expresión de la función social que le es inherente puede ser ordenada por ley), resulta inviable en el primero. El diferente grado de incidencia que ejerce el tipo de propiedad que resulte implicado en una reforma normativa sobre el legislador al momento de prever el correspondiente régimen de transición ofrece otro ejemplo en el que se puede observar la utilidad de esta distinción tipológica: ésta será mucho más vigorosa en los dos primeros eventos que en el último; por ende, mientras que el régimen de transición de aquellos deberá atender a una exigencias más elevadas (quizás deberá prever plazos de adaptación, compensaciones, excepciones, etc.), el de éste podrá ser más desahogado⁹⁶⁰. La concreta configuración de aspectos clave de la garantía expropiatoria como el grado de determinación de la *causa expropriandi*, la complejidad del procedimiento expropiatorio articulado o el monto mismo de la indemnización pueden resultar igualmente permeados e influenciados por el tipo de propiedad afectada por la medida. A pesar de ser siempre la misma, dicha garantía podrá traducirse entonces, en atención a éste y a otros factores, en diferentes grados de protección de los intereses particulares del propietario y del interés general que converge en el ámbito del derecho.

2. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial.

2.1. Cuestiones previas.

336. Como se ha señalado ya, *en el ámbito del Derecho Privado, toda situación jurídico-subjetiva de contenido patrimonial cae bajo el ámbito de cobertura del derecho de propiedad constitucional.* Ello resulta coherente no sólo con la ya referida configuración normativa del derecho en la Constitución, sino también con las exigencias materiales del sistema económico en el cual se encuentra insertado y del cual constituye un presupuesto fundamental. La incorporación constitucional de los elementos básicos para la estructuración de una economía social de mercado (propiedad privada, libre competencia, libertad de empresa y de escoger profesión u oficio, derecho al trabajo y Estado social de Derecho) significa

⁹⁶⁰ Que se trata de posiciones jurídico-subjetivas articuladas por el Estado en cumplimiento de su encomienda social, sin que su adquisición sea producto o demande la realización de un trabajo o inversiones por parte de su titular aligera las exigencias frente a esta clase de operaciones.

que, sin perjuicio de los notables poderes de intervención del Estado en la economía, en la práctica, el protagonismo en la actuación y desarrollo del sistema recae sobre los agentes económicos. Se establece, entonces, un modelo en el cual, a diferencia de lo que ocurre en un sistema de economía centralmente dirigida, en líneas generales, y aunque dentro de los marcos regulatorios fijados por el Estado, el ritmo y el rumbo del mismo son determinados por la libre iniciativa privada y el mecanismo de precios⁹⁶¹. Supone, pues, la sanción de un orden económico que, si bien no puede sustraerse de las directrices constitucionales en materia de justicia social, solidaridad e igualdad de oportunidades, concibe al mercado como escenario natural de las transacciones económicas y principal proveedor de los bienes y servicios necesarios para cubrir las necesidades de los individuos. En definitiva, un sistema en el cual “[l]a economía de mercado lleva a cabo un reparto primario de los bienes según las reglas de la *libertad formal* y la política social realiza la redistribución según reglas de *igualdad material*”⁹⁶².

337. En este contexto, la definición y actuación de la actividad económica resulta ser un asunto de iniciativa privada, el mercado emerge como una garantía institucional⁹⁶³ y **el reconocimiento de derechos de propiedad sobre las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial consolidadas en su interior resulta determinante**⁹⁶⁴. La Constitución fija un marco lo suficientemente amplio para que el Estado promueva, entre otros fines, la competitividad y eficiencia del sistema económico. En tanto que *incentivo para el mantenimiento e incremento de la productividad que alimenta el sistema*, el reconocimiento de los derechos de propiedad sobre la multitud de posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial acuñadas por el Derecho o autorizadas por él (autonomía de la voluntad) constituye una exigencia del sistema. Ello permite asegurar a los individuos la protección de *lo adquirido*, de suerte que el ámbito de utilidad privada que les es inherente gozará de la tutela del artículo 58 CC. En consecuencia, al ser calificados de propiedad constitucional, estos derechos “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC *in fine*). Y si bien se encuentran sujetos al principio de prevalencia del interés general (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC) y vinculados al cumplimiento de una función social, su delimitación deberá efectuarse en el marco de las limitaciones establecidas por el derecho (*v. gr.* prohibición de expropiación, mandato de ponderación, contenido esencial y principio de proporcionalidad) y su privación sólo podrá tener lugar de ser respetadas las especiales garantías previstas para la expropiación por el artículo 58 párr. 4 CC (*causa expropiandi*,

⁹⁶¹ Se asume aquí la distinción tradicional de la ciencia económica entre dos *modelos ideales* – difícilmente verificables en estado puro en la práctica, pero útiles a efectos de identificar y catalogar los rasgos presentes en los regímenes económicos concretos–: la economía centralmente dirigida o planificada y la economía de libre mercado o descentralizada. Sobre estos modelos, véase PAPIER, Hans-Jürgen. “Ley Fundamental y orden económico”, en *Manual de Derecho constitucional* (Ed. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid, Marcial - Pons, 2001, p. 564.

⁹⁶² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del...* Ob. Cit., p. 27.

⁹⁶³ ARAGÓN REYES, M. “El contenido esencial del...” Loc. Cit., pp. 35 y 36.

⁹⁶⁴ ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de...* Ob. Cit., p. 165.

procedimiento expropiatorio e indemnización previa) o para la extinción del dominio por el artículo 34 párr. 2 CC (causa legalmente definida, procedimiento y providencia judicial).

338. En adición al factor disuasivo (incentivo) que representa el reconocimiento de esta clase de protección jurídica-subjetiva se encuentra asimismo el factor normativo-objetivo. De este último se desprende la necesidad de replantear el objeto del derecho y de realizar el referido ensanchamiento a efectos de asegurar la constitucionalización de toda la esfera jurídico-patrimonial del ordenamiento. Ello, con el ánimo de garantizar tanto la supremacía y eficacia del texto constitucional, como la atribución al derecho de propiedad de un ámbito de cobertura suficiente para permitirle desplegar cabalmente las ingentes posibilidades previstas en potencia por la Constitución en este campo. Sólo mediante la asunción de una concepción *lata* del objeto de la propiedad constitucional el derecho puede cumplir en debida forma las finalidades y funciones individuales y públicas que le han sido adscritas. Al tiempo que amplía la protección jurídica y la libertad de los individuos en el ámbito jurídico-patrimonial, se traduce igualmente en la formalización del incremento y el reforzamiento de la legitimidad de las posibilidades de intervención estatal en totalidad de la órbita económica de los particulares. Lo anterior, sin contar con que adicionalmente representa la introducción de criterios constitucionales de racionalización la acción estatal en esta órbita y la verificación efectiva de un presupuesto para el normal funcionamiento y mejor desempeño del sistema económico⁹⁶⁵.

2.2. La amplitud de cobertura del artículo 58 CC en materia jurídico-privada.

339. La cobertura del artículo 58 CC se extiende así sobre todo bien adquirido por los particulares en ejercicio del tráfico jurídico-privado. Producto de esta situación, el derecho de propiedad constitucional cubre tanto la propiedad inmobiliaria⁹⁶⁶ (en todas sus variantes), como la propiedad sobre bienes muebles materiales, acciones, participaciones en sociedades o empresas, la propiedad empresarial⁹⁶⁷ (derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial, derechos de crédito y otros activos tangibles e intangibles⁹⁶⁸ -como la clientela, el *good will* y el *know how*⁹⁶⁹-), la propiedad dineraria⁹⁷⁰, los títulos valores⁹⁷¹, los derechos que

⁹⁶⁵ En este sentido, debe recordarse como, en consideración a sus presuntos efectos positivos sobre la asignación de los recursos, para algún sector de la doctrina la universalidad de los derechos de propiedad -esto es, propender porque, en últimas, todos los recursos sean de alguien, con excepción de aquellos por cuya abundancia sean susceptibles de un aprovechamiento ilimitado- constituye uno de los presupuestos fundamentales para la eficiencia de un sistema que reconoce el derecho de propiedad privada. *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de... Passim*, p. 166.

⁹⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1993, FJ 4.

⁹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FJ 5.

⁹⁶⁸ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Ob. Cit.*, p. 168.

⁹⁶⁹ PAPIER, H.-J. "Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*", pp. 71-73.

surgen de un contrato de arrendamiento⁹⁷², el derecho de uso o de usufructo⁹⁷³, derechos de compra⁹⁷⁴, el derecho de posesión, los derechos fiduciarios⁹⁷⁵, hipotecarios, de *leasing* y, en suma, toda *posición jurídico-privada de contenido patrimonial adscrita en cabeza de un sujeto de Derecho para su beneficio particular exclusivo y excluyente*. En tanto que sean derechos de contenido patrimonial legítimamente adquiridos gozan de la protección que ofrece la garantía constitucional de la propiedad⁹⁷⁶ y se encuentran expuestos a las formas de intervención estatal que en el marco de ésta contempla la Constitución.

340. Aun cuando no de manera igualmente rotunda o transparente, tanto el legislador como el juez constitucional han reconocido ya la concepción *lata* del objeto del derecho de propiedad constitucional. El resultado: la expansión a la práctica totalidad de la realidad patrimonial envuelta en el tráfico jurídico-privado de la protección que ofrece el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC⁹⁷⁷ y de las posibilidades de intervención inherentes a este derecho. A continuación se examinará cómo ha sido este reconocimiento en una y otra sede.

a) El reconocimiento legal del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad constitucional en el campo jurídico-privado.

341. Que el legislador no ha sido refractario a las mayores exigencias de protección jurídica que demanda la sociedad actual puede apreciarse en diversos estatutos que buscan tutelar y disciplinar los intereses patrimoniales de los particulares. No se trata sólo de que la expresión “propietario” sea ahora empleada en contextos sustancialmente diversos a los que configuran la posición de dueño según el Código Civil⁹⁷⁸; o que la protección penal del patrimonio no se

⁹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2006, FFJJ 8-9.

⁹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1993, FJ Segundo 2.

⁹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1. Sobre el encaje de las normas de alquiler en el régimen constitucional del derecho de propiedad en la GG, véase IBLER, M. “Eigentumsdogmatik und die... *Ob. Cit.*, p. 574 y ss.

⁹⁷³ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 35.

⁹⁷⁴ IPSEN, J. *Staatsrecht... Passim*, p. 180.

⁹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 1996, SNFJ.

⁹⁷⁶ BADURA, P. “Eigentum... *Passim*, pp. 347-348.

⁹⁷⁷ Para la Corte Constitucional, esta protección se otorga a “las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1.

⁹⁷⁸ Así, por ejemplo, en los párrafos 14 y 15 del artículo 3 de la ley 822 de 2003, “[p]or la cual se dictan normas relacionadas con los agroquímicos genéricos”, se establecen condiciones para la protección de la información relativa al desarrollo de esta clase de productos. Se dispone así, por una parte, que “para que se considere la información como no divulgada, es indispensable que *su propietario* tome las medidas necesarias para que no sea fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva, es decir, para preservarla por fuera del estado de la técnica” (párr. 14). Por otra parte, se prevé que “[c]uando el propietario de una información permita su divulgación, la información no podrá ser considerada como no divulgada y cesará de ser protegida”.

contraiga únicamente a la restrictiva configuración típica del hurto (artículo 239 del Código Penal⁹⁷⁹), para abarcar asimismo supuestos tan variados como el de “disposición de bien propio gravado con prenda” (artículo 255 *idem*), la “defraudación de fluidos” (artículo 256 *ibidem*), el “acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones” (artículo 257 *ejusdem*) o la “utilización indebida de información privilegiada” (artículo 258 *idem*). El Código de Comercio y su amplia configuración de los conceptos de empresa (artículo 25⁹⁸⁰) y de establecimiento de comercio (artículos 515⁹⁸¹ y 516⁹⁸²); lo mismo que el reconocimiento del poder que asiste al titular de este último para celebrar contratos de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen “la propiedad” del mismo (artículo 533), son la más clara evidencia del apartamiento del legislador de la visión tradicional del objeto de este derecho para asumir una concepción ensanchada de la misma.

342. Con todo, es en la regulación del instituto de la extinción del dominio donde puede apreciarse con mayor nitidez el explícito reconocimiento legal de la amplitud de la cobertura de la propiedad constitucional. Tal como ha sido previsto por el legislador, este instrumento, por medio de la cual se confiere al Estado la potestad de desvirtuar el derecho cuando quiera que éste ha sido ilegítimamente adquirido (artículo 34 párr. 2 CC) o ilegítimamente ejercido (artículo 58 párr. 2 CC), procede respecto de toda posición jurídico-subjetiva de

⁹⁷⁹ **Artículo 239. Hurto.**- “El que se apodere de una *cosa mueble ajena*, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años” (cursivas fuera de texto). De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 654 CCC, las cosas muebles serán siempre cosas corporales; lo cual podría sugerir cierta desprotección de posiciones patrimoniales cuyo sustrato es un bien incorporeal. Sin embargo, tanto la amplitud del Título VII del libro segundo del Código Penal, dedicado a la tutela del patrimonio económico, como la autonomía del Derecho Penal, permiten desvirtuar esta impresión.

⁹⁸⁰ **Artículo 25.-** Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

⁹⁸¹ **Artículo 515.-** Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

⁹⁸² **Artículo 516.-** Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- 4) El mobiliario y las instalaciones;
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

contenido patrimonial amparada por la protección que otorga el derecho de propiedad. Ello se puede apreciar en el artículo 3 de la ley 793 de 2002, “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, de acuerdo con el cual están sujetos a esta potestad todos los bienes “que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad”. En consecuencia, con independencia de la naturaleza (jurídico-pública o jurídico-privada, mueble o inmueble, fungible o no fungible, consumible o no consumible) de una propiedad, de tener origen en un comportamiento contrario a la legalidad o al orden axiológico de la comunidad, o de desconocer en su ejercicio las cargas sociales que pesan sobre ella, tal derecho podrá ser objeto de una declaración de extinción del dominio⁹⁸³.

b) El reconocimiento jurisprudencial del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad en el campo jurídico-privado.

343. Aún cuando de forma incidental y un tanto intuitiva la Corte Constitucional ha sentado posturas que de manera explícita han puesto de manifiesto la vasta amplitud del ámbito de cobertura de la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC⁹⁸⁴, ella es tácitamente constatada en pronunciamientos como la sentencia C-189 de 2006 o en la reiterada jurisprudencia producida con ocasión del control de constitucionalidad efectuado sobre los Convenios de Protección Recíproca de Inversiones (o *Bilateral Investment Treaties*, o BITs, por su sigla en inglés) suscritos por Colombia con otras naciones con el fin de fortalecer y promocionar la inversión extranjera.

344. En aquél pronunciamiento, a propósito de un auténtico problema de delimitación legal de la propiedad atinente al contenido esencial de este derecho⁹⁸⁵, y como ha sido ya examinado⁹⁸⁶, a efectos de convalidar la

⁹⁸³ Sobre esta institución, en general, *vid. infra* el Capítulo Sexto de esta investigación.

⁹⁸⁴ Así, por ejemplo, en la sentencia C-006 de 1993, la Corte Constitucional afirmó que “[u]n mecanismo constitucional de garantía de la propiedad -y en general de los derechos patrimoniales-, sería incompleto si no se extendiera, como en efecto lo hace el artículo 58 de la C.P- a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” (FJ 14). Igualmente sostuvo en la sentencia T-015 de 1992 que “el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona” (SNFJ). Al margen de su coincidencia con la posición que aquí se defiende, es preciso anotar que se trata de meros *obiter dicta*, posturas que han carecido de verdadera incidencia tanto sobre los pronunciamientos en que fueron consignadas, como sobre la jurisprudencia constitucional general en materia de propiedad.

⁹⁸⁵ El juez constitucional debía determinar en este caso si la prohibición de “venta de tierras” de los predios particulares integrados al denominado Sistema de Parques Naturales establecida por el artículo 13 de la ley 2ª de 1959 infringe o no el contenido esencial del derecho a la propiedad privada que garantiza el artículo 58 CC; cuestión que exige, forzosamente, un pronunciamiento de fondo sobre el núcleo esencial de la propiedad constitucional. *Cfr.* Sentencia C-189 de 2006, FJ 2.

⁹⁸⁶ *Vid. supra* el apartado C-3.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

intervención efectuada por el legislador, el juez constitucional adoptó una postura metodológica particular, que ilustra eficazmente la dilatada extensión objetiva de la garantía constitucional de la propiedad: pasó revista a numerosas posiciones jurídico-patrimoniales amparadas por la garantía constitucional del derecho desarrolladas por la legislación ordinaria en las cuales no se concede a su titular una facultad de disposición absoluta sobre el derecho. Con este método, aunque no de forma explícita, la Corte consideró englobados dentro de la propiedad constitucional, entre otros, el derecho a pedir alimentos, a los derechos herenciales de persona no fallecida, el derecho que nace del pacto de retroventa, los derechos de uso y habitación, los derechos de propiedad intelectual o la propiedad sobre predios rurales adjudicados en el marco de programas de reforma agraria⁹⁸⁷. Al explorar la pluralidad de formas jurídico-patrimoniales configuradas por el legislador al amparo de la garantía constitucional de la propiedad, el juez constitucional desvela implícitamente su verdadera extensión: la propiedad constitucional cubre toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial obtenida de acuerdo con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

345. De forma análoga, al examinar la validez de los BITs suscritos por Colombia, el juez constitucional ha dado por bueno el dilatado concepto de inversión que de manera estándar se incorpora en estos instrumentos⁹⁸⁸ y se ha pronunciado sobre la legitimidad de las distintas formas de protección de las inversiones y sus rendimientos pactadas en estos acuerdos. Dado que entre las medidas tuitivas previstas se cuentan reglas especiales sobre la nacionalización y la expropiación de las “inversiones de inversionistas” semejantes a las que constitucionalmente rigen frente a la expropiación⁹⁸⁹, resulta procedente establecer una *relación de analogía* entre la cobertura objetiva de la propiedad constitucional con la que resulta de la noción de “inversión” adoptada en estos tratados. Si bien el legislador no ha precisado con carácter sistemático qué debe entenderse por propiedad privada a efectos de la regulación constitucional de la expropiación (artículo 58 párr. 4 CC); sí lo ha hecho al aprobar la protección que frente a esta prerrogativa estatal pactan los BITs respecto de las inversiones realizadas por los inversionistas favorecidos por el régimen previsto en estos acuerdos. En consecuencia, en tanto que objeto de una garantía patrimonial análoga a la constitucionalmente ofrecida a la propiedad privada, la noción de inversión

⁹⁸⁷ FJ 9. Una aproximación metodológica semejante, aunque efectuada sobre un conjunto de derechos más “tradicionales” desde la perspectiva del derecho de propiedad, había sido ya realizada por el juez constitucional en la sentencia C-006 de 1993, FFJJ 4-9.

⁹⁸⁸ Sobre los elementos estándar de la definición de inversión en los BITs, véase DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International – International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1995, pp. 26 y ss.

⁹⁸⁹ De acuerdo con DOLZER y STEVENS, “[i]t is generally accepted in the international law that host States may expropriate foreign investments provided certain conditions are met (sic), namely that the taking of the investment is done for a public purpose, in accordance with the law and against compensation”. *Vid.* DOLZER, R. y STEVENS, M. *Bilateral Investment... Ob. Cit.*, p. 97. En suma, y como igualmente apuntan estos autores, una finalidad de interés general, respeto al debido proceso y compensación justa son, también en este ámbito, elementos determinantes de la expropiación de los valores patrimoniales abarcados por la noción de “inversión”. *Cfr. Idem*, pp. 97 y 104 y ss.

puede resultar operativa a efectos de determinar la extensión de esta última: *ubi remedium, ibi ius*. Con arreglo a las cláusulas habitualmente estipuladas, se entiende por inversión “toda clase de activos”⁹⁹⁰, “toda clase de bienes o derechos”⁹⁹¹ relacionados con el inversionista o “todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio

⁹⁹⁰ Así, por ejemplo, de acuerdo con lo establecido en la ley 246 de 1995, por medio de la cual se incorpora al ordenamiento interno el “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones”, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, “«Inversión» significa *toda clase de activos y en particular, pero no exclusivamente* comprende: (i) propiedades muebles, inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad como hipotecas, gravámenes o prendas; (ii) acciones en y títulos y obligaciones de una compañía y cualquier otra forma de participación en una compañía; (iii) derechos a dinero o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor financiero; (iv) derechos de propiedad intelectual, buen nombre, procesos técnicos y conocimientos técnicos; (v) concesiones comerciales conferidas por ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales” (cursivas fuera de texto). Este texto es replicado de manera prácticamente mimética en BITs suscritos con posterioridad con países como Cuba (plasmado en la ley 245 de 1995 y revisado en la sentencia C-379 de 1996), Perú (consignado en la ley 279 de 1996 y revisado en la sentencia C-008 de 1997) y España (incorporado por la ley 437 de 1998 y revisado en la sentencia C-494 de 1998). La constitucionalidad de la ley 246 de 1995 es revisada por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1996. Este pronunciamiento constituye un hito fundamental dentro de esta materia en el Derecho colombiano, en tanto que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de dicha ley, en el cual se establecían restricciones a las potestades estatales expropiatoria y de configuración de monopolios. La Corte se vio obligada a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma por encontrar que tales restricciones resultaban contrarias tanto a lo dispuesto por el artículo 58 párr. 5 CC respecto a la posibilidad que el legislador, por razones de equidad y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de las dos cámaras del Parlamento pudiera excluir el pago de la indemnización; como a la previsión del artículo 58 párr. 6 CC sobre el carácter incontrovertible en sede judicial de las razones de equidad y los motivos de utilidad pública e interés social invocados por el legislador; así como de la autorización genérica al Estado para la constitución de monopolios como arbitrios rentísticos con una finalidad de interés público o social contenida en el artículo 336. Este pronunciamiento sería reiterado en las sentencias sucesivas (C-379 de 1996, C-008 de 1997 y C-494 de 1998) hasta que se produjo una reforma a la Constitución (Acto Legislativo No. 01 de 1999), por medio de la cual fueron suprimidos del artículo 58 constitucional los párrafos 5 y 6, fundamento de las decisiones adoptadas hasta entonces.

⁹⁹¹ Así, según el artículo 1.2 de la ley 672 de 2001, “por medio de la cual se aprueba el «Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones», “[e]l término «inversión» se refiere a *toda clase de bienes o derechos* relacionados con ella [la persona inversionista], siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó *y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente*: a) Bienes muebles e inmuebles, el derecho de propiedad sobre éstos, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas; b) Acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades; c) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico; d) Derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos de propiedad industrial, tales como patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, *know-how* y razón social; e) Concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales” (Cursivas fuera de texto).

de la otra⁹⁹² (cursivas fuera de texto). La amplia configuración de esta noción, juzga la Corte, consulta plenamente la realidad del mundo actual, “caracterizado por la globalización de la economía y la interdependencia de los Estados, el logro de mayores flujos de inversión extranjera que complementen el ahorro nacional, financien grandes proyectos de infraestructura y apoyen la expansión industrial, (...) necesidad indispensable para alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico y bienestar social”⁹⁹³.

3. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial.

346. La protección que ofrece la garantía constitucional de la propiedad abarca además las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial que surgen frente al Estado. Aun cuando el texto del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC alude expresamente a “la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”, ello no significa –no puede significar– que la protección inherente a la garantía consagrada sea predicable únicamente de las situaciones jurídicas surgidas en el ámbito del Derecho Privado. Ello supondría una comprensión en extremo restringida y simplista de la alusión a “las leyes civiles” –entendidas, pues, como aquellas que regulan “los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles”⁹⁹⁴– inadmisibles desde una lectura de la Constitución que busque tanto la reconstrucción fiable del ámbito normativo, como la realización adecuada del programa normativo⁹⁹⁵ contenido en el artículo 58 CC. La interpretación amplia que de este enunciado ha efectuado la Corte Constitucional permite excluir *ab*

⁹⁹² Según el artículo 1.2 de la Ley 1069 de 2006, “[p]or medio de la cual se aprueba el «Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones», debe entenderse por “inversiones” “todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última incluyendo en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares; b) acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación con una implicación económica en sociedades; c) derechos de crédito y cualquier otra prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculada a una inversión. Sin perjuicio de los derechos y obligaciones que correspondan, quedan excluidas de esta definición: i. Las operaciones de crédito externo que no cumplan con el ordenamiento jurídico interno de cada Parte Contratante; ii. Las operaciones de deuda pública; iii. las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (a) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte Contratante a una empresa en el territorio de la otra Parte Contratante; o (b) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, cuyo vencimiento sea menor a tres años, como el financiamiento al comercio. c) Derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual, procedimientos técnicos (*know-how*) y fondo de comercio (*good-will*); d) Concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales” (cursivas fuera de texto).

⁹⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-379 de 1996, FJ 2.1.

⁹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de febrero de 1976.

⁹⁹⁵ Sobre estas nociones como claves relevantes de la hermenéutica constitucional, *Vid.* HESSE, K. *Escritos de... Ob. Cit.*, pp. 43 y ss.

initio una hermenéutica de esta clase⁹⁹⁶. De acuerdo con su jurisprudencia, que recoge la postura defendida al respecto desde años atrás por la Corte Suprema de Justicia, la preocupación por la protección patrimonial que preside este ámbito “desborda los ordenamientos que tradicionalmente corresponden al ámbito del Código Civil para comprender *cualesquiera otros que reconozcan u otorguen a las personas particulares beneficios patrimoniales, así tengan su origen en precepciones de derecho público propiamente dicho* o en normas que, como un desprendimiento o especialización de la ley civil tradicional, han alcanzado autonomía y lineamientos peculiares bajo el nombre de derecho del trabajo o de la previsión social”⁹⁹⁷ (cursivas fuera de texto).

347. Ahora bien, aun cuando esta línea jurisprudencial aporta un *fundamento necesario* para la defensa de la posición que aquí se adopta en punto a la extensión de la cobertura objetiva de la propiedad constitucional –por cuanto remueve un primer obstáculo derivado de la letra del propio texto constitucional–, no puede considerarse un *fundamento suficiente* para ello. Toda vez que no ofrece argumentos constitucionales que permitan explicar este fenómeno ni encajarlo dentro del régimen jurídico-constitucional de la propiedad, es preciso efectuar una interpretación sistemática de la Constitución que haga explícitas las razones que le sirven de base y analice las implicaciones de este planteamiento. Un análisis funcional y teleológico del derecho de propiedad parece la forma adecuada de encarar esta situación.

348. Si bien a primera vista la inclusión de las posiciones subjetivas jurídico-públicas de contenido patrimonial dentro del ámbito de cobertura del artículo 58 CC pueda parecer un trastorno y una tergiversación del sentido original dado a la propiedad, no puede ignorarse que los profundos cambios experimentados por el orden social, político, económico y jurídico justifican sobradamente la decisión de apartarse de la forma tradicional de concebir este extremo del derecho⁹⁹⁸. La propiedad constitucional debe abarcar toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial que atribuya un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente adquirida de conformidad con el ordenamiento jurídico. De un lado, ello es consecuencia de la permanente situación de necesidad del individuo y de su crónica incapacidad presente para autoabastecerse; realidad a la cual corre paralela la exigencia de reforzamiento de la tutela jurídica ofrecida a las prestaciones del Estado social una vez adquiridas por sus destinatarios. Asimismo, y por otra parte, lo es también de la configuración actual de la estructura económica del sistema y del mayor protagonismo que a diario adquieren las actuaciones de supervisión y control por parte de las autoridades en un sinfín de campos donde los particulares despliegan su actividad

⁹⁹⁶ En concepto del juez constitucional, la expresión “con arreglo a las leyes civiles”, “no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10.

⁹⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10. En este pronunciamiento el juez constitucional cita la sentencia del 15 de marzo de 1968 de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁹⁸ OSSENBÜHL, Fritz. *Staatshaftungsrecht*, 5 Auflage, München, C. H. Beck, 1998, pp. 156-157.

económica, al igual que de la propia actividad comercial llevada a cabo por la Administración. Desconocerse esta situación es dar la espalda a la necesidad de efectuar ajustes en la comprensión de instituciones canónicas como vía para sortear positivamente los desafíos que la realidad de cada momento presenta al orden jurídico. En últimas, como señala MEILÁN GIL, no puede desconocerse que si el Derecho “ha de responder a su naturaleza de ciencia social, no ha de andar divorciado de los condicionamientos económicos”⁹⁹⁹ de cada época. La amplitud de la fórmula del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC y las posibilidades envueltas en el reconocimiento de la autonomía conceptual del Derecho Constitucional proporcionan el fundamento necesario para adecuar la cobertura de este derecho a la nueva realidad en que debe operar.

349. Esta aproximación permite distinguir –con fines meramente metodológicos– entre las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial que surgen frente al Estado en el marco de la *Administración social* y las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial nacidas en el seno de la *Administración económica*¹⁰⁰⁰. Dado el ingente número de situaciones jurídicas con implicaciones económicas en las que se ve envuelta la Administración en un Estado social de Derecho, esta distinción resulta relevante. Como se apreciará enseguida, estos ámbitos designan campos de actuación administrativa entre los cuales existen diferencias sustanciales, que se traducen no sólo en la necesidad de aislar conceptualmente cada especie, sino también en la atribución de un fundamento distinto a los regímenes de protección de los derechos que surgen al interior de cada uno de ellos y en el condicionamiento de las posibilidades de intervención (más o menos amplias y sujetas a condiciones específicas según el caso). Mientras que en el primer supuesto la tutela conferida será, fundamentalmente, una manifestación de la preocupación por asegurar condiciones adecuadas para la realización de la dignidad humana, la igualdad y la autonomía personal; en el segundo el foco lo constituirán, primordialmente, la dignidad humana, las libertades económicas y la propia visión que de la economía aporta el texto constitucional. Los diversos tipos de propiedad que convergen bajo el ámbito de cobertura de la garantía constitucional del derecho comienzan, pues, a perfilarse desde esta base.

⁹⁹⁹ MEILÁN GIL, José Luis. “El estudio de la Administración económica”, en *RAP*, No. 50, 1966, p. 52.

¹⁰⁰⁰ Si bien las nociones de Administración social y Administración económica se presentan como conceptos imprecisos, provistos de un contenido amplio en extremo y de fronteras difusas –claramente yuxtapuestas y solapadas en ciertos puntos–, son asumidas en consideración a la fuerza gráfica y claridad explicativa que, a mi juicio, aportan a la distinción de dos esferas de la actuación administrativa que, aunque finalista y materialmente convergentes, presentan diferencias ontológicas y funcionales claramente diferenciables. Sobre estos conceptos, véase, en relación con el primero RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La Administración del... Ob. Cit.*, p. 59. Con respecto al segundo, *vid.* MEILÁN GIL, J. L. “El estudio de la... *Loc. Cit.*, pp. 60 y ss.; también GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. “Aspectos de la Administración económica”, en *RAP*, No. 12, 1953, pp. 15 y ss.

3.1. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración social.

a) La procura existencial y sus exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad.

350. Como fuera puesto de manifiesto por FORSTHOFF con su distinción entre espacio vital dominado y espacio vital efectivo -sustento para su formulación de la obligación estatal respecto de la procura existencial-, la permanente situación de necesidad del individuo y su crónica incapacidad actual para autoabastecerse constituyen rasgos característicos de nuestro tiempo. Las extraordinarias transformaciones registradas desde comienzos del siglo XIX en la forma como cada individuo conduce su propia existencia pueden explicar este fenómeno. En esta época, afirma este autor, un porcentaje significativo de la población disponía de un ámbito vital dominado, entendido como aquél que se encuentra en una relación tan estrecha con el individuo, que en él éste actúa y puede comportarse como *su verdadero amo*: la granja, la casa propia, el taller, la empresa de familia¹⁰⁰¹. Desde entonces, de forma paralela al crecimiento de la población, el espacio vital dominado se ha ido reduciendo. De la granja y la casa propia se pasó a la vivienda de alquiler, un apartamento, una habitación amoblada o simplemente un sitio para dormir, con la relativa renuncia al espacio vital dominado que esto conlleva. En contraste con la reducción o el abandono del espacio vital dominado, los medios técnicos han supuesto un ostensible ensanchamiento del espacio vital efectivo. El hombre moderno desarrolla su vida en un espacio más amplio. Así, por ejemplo, gracias a la popularización de los medios de transporte, capas extensas de la población -y ya no sólo los más acaudalados- pueden desplazarse con frecuencia y viajar con facilidad de un lugar a otro¹⁰⁰². Con todo, la dejación del espacio del espacio vital dominado se traduce, de igual modo, en la renuncia del individuo al *autoaseguramiento de la propia existencia*.

Al no estar en condiciones de autoabastecer sus propias necesidades vitales, a diferencia de lo que ocurría en el pasado (donde el agua se obtenía del pozo, los alimentos del huerto, la leña del bosque...), el hombre desprovisto de espacio vital dominado vive en **un estado de permanente necesidad**¹⁰⁰³. La satisfacción de estas necesidades vitales supone, pues, la organización de una estructura de provisión; la adopción de unas medidas enderezadas a procurar su cobertura efectiva por factores o agentes exteriores al individuo. Su supervivencia pasa a depender así, en primera medida y en buena parte, de un trabajo remunerado con un salario que le permita cubrir sus requerimientos básicos, obtenido, por otra parte, de manos de terceros. En caso de desempleo, dada la relevancia del ingreso que representa el trabajo remunerado, el individuo precisará entonces de ayuda económica para asegurar su subsistencia y bienestar.

¹⁰⁰¹ FORSTHOFF, E. "Verfassungsprobleme des... *Loc. Cit.*, pp. 146-147.

¹⁰⁰² *Idem.*

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 147.

351. Las implicaciones para el Estado de esta dependencia del individuo de factores externos sólo se hicieron manifiestas tras la primera guerra mundial, una vez derrumbado el esquema de separación neta entre Estado y sociedad. A partir de entonces se hizo palpable la responsabilidad que incumbía al Estado frente a las muchas necesidades que presentaba su población. Su intervención pasó entonces a resultar indispensable para asegurar la subsistencia de los individuos y el mantenimiento de niveles de vida adecuados. Lo anterior, no ya porque se viera en ella una condición básica para conservar y garantizar la marcha normal de la economía, sino por su explícita vinculación con cometidos sociales. La intervención estatal adquirió así un nuevo perfil, conforme con el cual se espera que además de procurar condiciones adecuadas para el buen funcionamiento del mercado, se oriente igualmente a la ordenación y estructuración de un sistema económico dotado de una red social e institucional capaz de proveer a toda la población de los bienes y servicios imprescindibles para llevar una vida digna incluso en situaciones vitales de crisis o de calamidad (desempleo, discapacidad, incapacidad, viudez, etc.)¹⁰⁰⁴. Es en este contexto en donde surgen las prestaciones sociales del Estado, que buscan asegurar derechos sociales y un mínimo de condiciones de existencia a aquellos que no se encuentran en una relación de trabajo, y donde el lazo de dependencia del individuo y las prestaciones estatales resulta más patente: el hombre moderno ya no sólo vive *en* el Estado, vive también *del* Estado¹⁰⁰⁵. La formalización de esta realidad en los textos constitucionales ha dado lugar al surgimiento de la denominada *Constitución social* y, con ello, de la llamada *Administración social*, entendida como aquella que ejecuta “el Derecho de la política social”¹⁰⁰⁶.

352. *Bajo estas circunstancias, es comprensible que la propiedad privada, entendida en su sentido tradicional, pierda protagonismo como garantía y sustento fundamental de la supervivencia de la persona. Salvo en casos excepcionales, ella dependerá sólo en parte de lo que el individuo posee. El trabajo y el cúmulo de derechos a prestaciones (públicas o privadas) que se desprenden de esta relación cobran una mayor relevancia para este fin¹⁰⁰⁷. Por ende, entendido que la finalidad de este derecho está ligada a la promoción de condiciones adecuadas para el ejercicio de la libertad, la autoconfiguración responsable de la propia existencia y la participación independiente del individuo en la vida de la comunidad, por una parte, y con la realización del Estado social, por otra; y que su función estriba, en este mismo sentido, en asegurar el disfrute de un mínimo de libertad y autonomía en el ámbito jurídico-patrimonial mediante el rechazo de las inmisiones injustificadas por parte de los poderes públicos, igual que en contribuir a la realización de los objetivos políticos, económicos y sociales del*

¹⁰⁰⁴ *Idem*, pp. 147-148.

¹⁰⁰⁵ *Idem*, pp. 148-149.

¹⁰⁰⁶ SIMONS, Thomas. *Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 28-29. Citado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del...* *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁰⁰⁷ HESSE, K. *Grundzüge des... Passim*, p. 192.

Estado social mediante la funcionalización del derecho, la cobertura objetiva del mismo debe ensancharse a este segmento del ordenamiento. Tanto los salarios como las prestaciones sustitutivas y el cúmulo de ayudas y auxilios recibidos por el individuo en orden a garantizarle unas condiciones adecuadas de existencia (auxilio de desempleo, renta mínima de inserción, ayudas para vivienda, estudio, familia, etc.) deben, entonces, gozar de la protección que frente a la privación injustificada ofrece el derecho de propiedad.

353. Dado que estas prestaciones condensan en sí un aspecto esencial del discurso del Estado social, su propio reconocimiento como derechos subjetivos sirve enteramente al objetivo de su realización. Esto permite poner el acento en la faceta subjetiva de la garantía de la propiedad. Es preciso destacar entonces tanto la amplia habilitación conferida al legislador para la configuración de estas posiciones, como la importancia que tiene para la materialización de la libertad y autonomía individual asegurar a sus titulares que las posiciones jurídicas consolidadas en el ámbito de la Administración social prestadora¹⁰⁰⁸ no serán desconocidas ni vulneradas por acción de los poderes públicos. Aun cuando estas prestaciones resultan vitales para asegurar la supervivencia y calidad de vida de los individuos, el hecho de ser legalmente articuladas en cumplimiento de la encomienda social inherente al Estado social presupone un notable marco de apreciación y conformación en cabeza del legislador en relación con el contenido y alcance de cada posición configurada. No obstante, una vez engendradas se activa la protección jurídica que ofrece el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC frente a las afectaciones, obstaculizaciones o amenazas de eliminación arbitraria de cualquier posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial legítimamente adquirida. Esta tutela abarca, entonces, los *derechos adquiridos* -no a las expectativas legítimas- por los individuos frente a las entidades públicas en general en su condición de destinatarios finales de sus prestaciones (ayuda por nacimiento de hijo, subsidio de vivienda, auxilio escolar, etc.), lo mismo que las posiciones consolidadas en relación con las instituciones del sistema de seguridad social en particular en su condición de usuarios y beneficiarios concretos de los servicios prestados (pensiones, beneficios y compensaciones especiales, etc.).

b) Implicaciones de la expansión de la cobertura del artículo 58 CC en este ámbito.

354. Varias son las consecuencias que resultan del ensanchamiento de la cobertura del artículo 58 CC al ámbito de las prestaciones otorgadas por la Administración social para asegurar la existencia de los individuos. La más

¹⁰⁰⁸ Se asume aquí, siguiendo a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, que el ámbito de la Administración social prestadora abarca aquella actividad atribuida al Estado como competencia de carácter prestacional propia -lo cual no significa que se halle necesariamente reservada a éste- para atender "*concretas situaciones de necesidad o carencia de carácter individual o personal*". Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del...* Loc. Cit., p. 90.

visible, sin duda, la acentuación de la faceta prestacional del derecho de propiedad, esta vez, en el sentido más estricto de la expresión. No se trata ya solamente de identificar esta faceta con la genérica exigencia de acciones positivas de diversa índole por parte del Estado (derecho prestacional *lato sensu*). La expansión de su objeto a posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial convierte al Estado en deudor de prestaciones materiales de las cuales depende la efectividad de derechos sociales tales como el mínimo vital (o procura existencial), la salud, el estudio, la vivienda, la seguridad social, etc. De derecho típicamente de defensa, la propiedad comienza a revelar una inusitada faceta prestacional en sentido estricto. De estar vinculado solamente por un deber de abstención, el Estado pasa a ser en ocasiones el responsable directo de prestaciones a cuya conservación estaría, entonces, obligado¹⁰⁰⁹.

355. Lo anterior no significa, desde luego, la alienación del poder de reforma sobre el ordenamiento jurídico. Tampoco una “hipoteca” de las finanzas públicas. Es preciso tener en cuenta, primero, que esta protección opera únicamente respecto de derechos adquiridos y no de meras expectativas o de expectativas legítimas¹⁰¹⁰. Del mismo modo resulta determinante considerar que el tiempo durante el cual se entiende vigente esta obligación depende, al igual que ocurre con los derechos de propiedad en el ámbito jurídico-privado, de la forma como temporalmente se ha configurado la duración de cada posición en concreto¹⁰¹¹. Como se ha señalado ya, se trata de una cuestión para la cual, dado el ámbito en el que son acuñados estos derechos, el legislador dispone de un amplio margen de configuración. El hecho de tratarse de una propiedad sujeta a una función social no hace más que ratificar la amplitud de esta habilitación.

356. En lo que concierne al poder de reforma del ordenamiento, es preciso reiterar que el reconocimiento de esta protección no significa que la legislación bajo la cual se consolidan estas situaciones patrimoniales devenga inmodificable. Como ha sido expuesto con anterioridad¹⁰¹², la garantía constitucional de la

¹⁰⁰⁹ Al respecto, autores como PAPIER comentan con tono crítico que toda vez que estos derechos se encuentran sujetos a la reserva de lo (financieramente) posible, no puede predicarse de ellos el mismo grado de astringencia que de los derechos de libertad; situación que acaba por relativizar la virtualidad y eficacia tuitiva del derecho de propiedad. Por esto, afirma, “[l]a ampliación [de la propiedad] a los derechos sociales fundamentales es adquirida inevitablemente con una aminoración o una relativización de su faceta de pretensión”. Cfr. PAPIER, H.-J. “Eigentums garantie... *Ob. Cit.*, p. 45.

¹⁰¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FJ f). *Vid.* también las sentencias C-314 de 2004, FJ 7; C-168 de 1995, FJ g); C-478 de 1998, FJ 11; C-789 de 2002, FJ 3.1. Al respecto, *vid. infra* el apartado B-1 de este mismo Capítulo.

¹⁰¹¹ En contraste con la visión clásica del dominio, la perpetuidad no es uno de los atributos de la propiedad constitucional. Tampoco lo es su carácter hereditario. Ello reñiría con la amplitud de su cobertura objetiva. Desde una perspectiva temporal, la propiedad constitucional despliega su protección con arreglo a la particular configuración de la posición jurídica de que se trate. La Constitución no garantiza así un mínimo ni un máximo de tiempo por el cual se goza del amparo inherente a este derecho; garantiza sí, que durante el tiempo que éste tenga validez contará con dicha protección.

¹⁰¹² *Vid. supra* el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de esta investigación.

propiedad no resulta incompatible con la potestad del Estado de reformar el sistema legal en general, ni un régimen prestacional en particular. En tanto que *posiciones subjetivas* jurídico-patrimoniales amparadas por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, ellas no podrán ser desconocidas ni vulneradas por leyes posteriores; pero esta salvaguarda *no torna en inmodificable a futuro el régimen bajo el cual han nacido las situaciones jurídicas patrimonializadas*¹⁰¹³.

357. Salvo que la reforma efectuada comporte la *supresión o privación de posiciones jurídicas ya adquiridas*, evento en el cual deben observarse las formas previstas por la Constitución para que puedan tener lugar una expropiación o una extinción del dominio legítimas, la consolidación de situaciones jurídicas amparadas por la propiedad constitucional en un determinado ámbito no supone para el poder de innovación del ordenamiento reconocido al legislador más que el deber de ponderar los efectos de la aplicación de su decisión en el tiempo y, eventualmente, de establecer un régimen de transición adecuado¹⁰¹⁴. Así, por ejemplo, como se puede apreciar en el ordenamiento español en el artículo 7 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, “por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”, nada obsta para que el Gobierno suprima *a futuro* una prestación como la ayuda por nacimiento o adopción de hijo. Naturalmente, por una parte, la protección de la propiedad, reforzada por principios como la seguridad jurídica y la buena fe, sí impediría que esta determinación se adoptara retroactivamente y se pretendiera la devolución de las sumas ya percibidas por quienes fueron sus beneficiarios. Por otra, y toda vez que su tutela se centra únicamente sobre *lo adquirido* y no sobre el régimen jurídico que engendró una posición jurídica amparada en concreto, derogada la normatividad que le sirvió de base quien ya recibió la prestación no podría pretender invocar un derecho a que se le reconociese una idéntica prestación en eventos futuros. La particular configuración de *su* derecho revela la total falta de fundamentación de dicha pretensión.

358. Del mismo modo, el reconocimiento y la consolidación de un derecho no es obstáculo para que en ejercicio de la potestad legislativa de establecer modalidades razonables a los derechos ya adquiridos, con arreglo a las exigencias del interés general, sin afectar su existencia, se introduzcan modificaciones a las condiciones en que aquél debe ser ejercido. Así, y como también se observa en el ordenamiento español en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, “por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”, el legislador puede establecer que el pago de un determinado crédito reconocido a un particular en el

¹⁰¹³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 170. En definitiva, como afirma la Corte Constitucional, la protección que el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC brinda a los derechos adquiridos e impone la prohibición de su desconocimiento o vulneración por leyes posteriores no puede llevar a olvidar que “[l]a ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al poder reformador o derogatorio del propio legislador” (C-529 de 1994, SNFJ).

¹⁰¹⁴ *Vid. supra* el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

ámbito de la Administración social –en este caso las sumas adeudadas por concepto del reconocimiento retroactivo de las prestaciones económicas de la ley de dependencia- sea aplazado y periodificado en pagos anuales de igual cuantía en un plazo máximo de 5 años desde la fecha que reconoce la prestación concedida.

c) Los problemas derivados de la proliferación de prestaciones patrimoniales en el Estado social.

359. Un último punto resta por ser examinado. Es el relativo a la extensión de la cobertura del artículo 58 CC dentro del dilatado universo de prestaciones jurídico-públicas de contenido patrimonial articuladas al interior de un Estado social de Derecho. En últimas, en muchas oportunidades la realización de los derechos sociales pasa por la configuración efectiva de este tipo de posiciones (*v. gr.* ayudas para el alquiler, el estudio o la familia; subsidios para la compra de vivienda, de predios agrícolas o establecimiento de locales comerciales; incentivos para quienes empleen discapacitados, etc.). La ingente cantidad de auxilios, ayudas, subvenciones, exenciones, créditos, descuentos, en fin, posiciones subjetivas jurídico-públicas de contenido patrimonial de toda índole forjadas por el Estado social en cumplimiento de sus múltiples finalidades sociales, elevan la exigencia de reflexionar acerca de si todas ellas gozan de la protección que se desprende de su consideración global como propiedad constitucional. Surge así la pregunta acerca de si todas ellas se encuentran englobadas *de forma incondicionada* bajo la órbita de cobertura del artículo 58 párr. 1 frase 1 CP por causa de la referida expansión o si es preciso que concurren ciertas condiciones para que se pueda atribuir dicha protección.

360. Como se verá más adelante al analizar las condiciones fijadas por la Constitución para la configuración de un derecho de propiedad sobre una posición jurídica-pública de contenido patrimonial, para algún sector de la doctrina, una inclusión general y sin excepciones de la totalidad de estas posiciones dentro del ámbito de cobertura del artículo 58 CC no puede ser aceptada. Para quienes defienden esta postura, si bien ello podría calificarse como garantía definitiva de la realización del Estado social, por encerrar prácticamente una “hipoteca” de las finanzas públicas y una restricción severa de las posibilidades de reconfiguración futura de las políticas sociales –así comprometidas al sostenimiento de los gastos fijados en un momento histórico determinado en consideración a las valoraciones coyunturales entonces efectuadas-, el reconocimiento indiferenciado de derechos de propiedad riñe con los principios como el sistema democrático, el pluralismo y la prevalencia del interés general. De aquí que según esta posición resulte indispensable definir criterios que permitan conciliar la protección de los intereses patrimoniales de los particulares frente al Estado con el interés supremo envuelto en el reconocimiento de una cierta flexibilidad en la definición de prioridades de gasto público y la preservación de condiciones adecuadas para la realización sostenida

del principio democrático. De la verificación de tales criterios dependerá, entonces, la configuración de una situación jurídico-patrimonial susceptible de ser calificada de propiedad constitucional, provista así de las garantías que le son inherentes. No obstante, como se verá más adelante, dada la relación teleológica que a lo largo de este trabajo se ha identificado entre el derecho de propiedad y la garantía de la dignidad y la autonomía personal del individuo, no se juzga aceptable asumir tales restricciones a la configuración de derechos amparados por el artículo 58 CC.

3.2. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración económica.

a) Cuestiones generales: las exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad derivadas de la más intensa intervención del Estado en la economía.

361. El amplio espectro de tareas asumidas por el Estado social de Derecho ha multiplicado los puntos de contacto entre el poder público y los particulares. Ello puede corroborarse tanto en la visión general que a día de hoy se tiene de la relación entre Estado y sociedad, como en sectores específicos de esta relación como el de la economía. En su papel de director y promotor general del sistema económico, le corresponde al Estado enfrentarse a numerosas responsabilidades (supervisión y control, regulación, participación, garantía de prestación, plena prestación, etc.), desarrollar múltiples formas de actuación (unilaterales, bilaterales, multilaterales) y apelar a multitud de instrumentos de intervención (actos administrativos, contratos, conciertos, planes, información al público, actuaciones de aviso y advertencia, incentivos económicos o jurídicos, etc.) para cumplir con los cometidos que le han sido encomendados por la Constitución en este frente. La intervención del Estado en la economía, y con ello, la Administración económica –entendida como aquella que tiene a su cargo el cúmulo de responsabilidades desplegadas en este ámbito¹⁰¹⁵-, cobran, pues, en estas condiciones, una innegable trascendencia¹⁰¹⁶. Como es lógico, esta mayor proximidad del Estado al ámbito económico de los particulares ha de traducirse, igualmente, en *el correlativo reforzamiento de sus garantías patrimoniales*.

¹⁰¹⁵ Una formulación amplia del concepto de Administración económica, que destaca su componente regulatorio, tanto como material y orgánico, en MEILÁN GIL, J. L. “El estudio de la... *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁰¹⁶ Como afirma ARAGÓN REYES, bajo el actual panorama constitucional la cuestión central no radica “en constatar que la Constitución se refiere mucho a la economía, o lo que es igual, que el Derecho faculta al Estado para intervenir con amplitud en la economía, sino en determinar si esa intervención tiene límites constitucionalmente establecidos y en distinguir en qué casos es obligatoria (cláusula de mandato) y en qué casos facultativa (cláusula de habilitación)”. *Vid.* ARAGÓN REYES, M. “El contenido esencial del... *Passim*, pp. 34-35.

362. Para el caso de la garantía de la propiedad constitucional, la exigencia del ensanchamiento de su cobertura a este ámbito se desprende del incremento del número de posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales generadas por la proliferación de formas de intervención estatal en la economía. Poco importa a estos efectos el tipo de responsabilidad que se cumpla (de supervisión y control, de garantía de la prestación, de plena prestación, etc.) o la forma jurídica que adopte (acto administrativo unilateral, contrato o la más peculiar forma de concierto o acto administrativo necesitado de colaboración¹⁰¹⁷), lo mismo que el eventual carácter no traslativo del dominio del objeto sobre el que puede llegar a recaer el derecho que surge de la actuación realizada (como ocurre, p. ej., con las concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales). *Lo fundamental será la configuración, definitiva o en firme, de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial que atribuya al particular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente.*

363. En este orden, podrán calificarse de propiedad constitucional las posiciones jurídicas subjetivas susceptibles de valoración económica originadas tanto por actos administrativos de autorización, licencia o permiso, como por contratos o conciertos suscritos por el Estado con particulares, con independencia del objeto de que se trate (bien público, servicio público, etc.), siempre que éste no sea entregado *en precario*¹⁰¹⁸. El énfasis de la propiedad constitucional no está puesto

¹⁰¹⁷ Sobre esta particular forma de actuación de la Administración, véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "La acción concertada. Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración", en *Homenaje a Juan Galván*, Valencia, 1980. Esta formulación es ampliada y complementada por el mismo autor en un trabajo posterior, *cfr.* "De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen del concierto", Estudio Prólogo al libro de Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ. *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Aranzadi, 2000.

¹⁰¹⁸ Reconocer la configuración de posiciones subjetivas patrimoniales en el ámbito jurídico-público amparadas por el derecho de propiedad constitucional no puede llevar a desconocer la legitimidad de figuras tradicionales como las autorizaciones o concesiones administrativas *en precario*. En armonía con el principio *pro libertate*, ellas buscan únicamente ensanchar provisionalmente la esfera de actuación de los particulares: antes que negar un aprovechamiento al cual, en estricto sentido, no se tiene derecho, se otorga de manera provisional, sujeto a una eventual revocación en cualquier momento. Dada la peculiar naturaleza de la relación jurídica que se establece en estos casos en consideración a la singularidad de su objeto -señaladamente bienes públicos-, la denominada cláusula de precario será uno de sus elementos esenciales. Ello nada tiene que ver con el carácter temporal con el que suelen configurarse las posiciones jurídico-subjetivas en Derecho Público, derivado de las cláusulas de término o condición. La cláusula de precario determina su primaria condición de acto esencialmente revocable sin indemnización, y significa que más que ante relaciones jurídicas definitivas amparadas por la propiedad constitucional, se está en estos casos frente a situaciones en las cuales, dada su precariedad congénita, su tutela fundamental corre acaso por cuenta del principio de confianza legítima. Por esto, además de ser "libre" (en el marco de unas cláusulas generales, naturalmente, que encuadran su discrecionalidad), la revocación de estas posiciones no supondrá, en principio, el derecho del afectado a obtener una indemnización susceptible de ser calificada de expropiatoria. Esto, por cuanto el efecto principal de la cláusula de precario es, precisamente, desechar cualquier expectativa de permanencia y, por ende, minimizar la confianza que pueda albergar el particular sobre la estabilidad de su situación jurídica. Esto no quiere decir, como se ha señalado por la doctrina, que el titular de un aprovechamiento en precario se encuentre en una situación de mera

en la *relación de pertenecía* entre el sujeto y el bien objeto del derecho; recae sobre la *relación de acceso y aprovechamiento* del primero sobre el segundo. Persigue, entonces, la atribución de un ámbito de aprovechamiento particular que busca hacer operativo el contenido subjetivo inherente al derecho -esto es, **una esfera de utilidad privada**- en un sistema económico social de mercado. En la órbita de la Administración económica, y visto desde el ángulo del individuo, es claro que su objetivo no es otro que hacer posible su participación como agente de la iniciativa privada en la vida económica de la comunidad. Así entendida, serán propiedad constitucional, por ejemplo, las licencias de uso de suelo¹⁰¹⁹, las autorizaciones o permisos para actuar como operador en materia de transporte¹⁰²⁰, la concesión de explotación de recursos naturales¹⁰²¹, los permisos o concesiones de ocupación de bienes públicos no entregados en precario¹⁰²², los títulos de explotación minera¹⁰²³, las concesiones de uso del espectro

tolerancia por parte de la Administración, como ocurre con el estado de precariedad del Derecho Civil, caracterizado por la ausencia de título. En Derecho administrativo, aunque esencialmente expuesto a una revocación futura no sujeta a compensación, el precario dará lugar a una situación jurídica fundada en una autorización o un permiso. Véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Tiempo y concesión de dominio público", en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 145 bis, 1995, p. 168; VELASCO CABALLERO, Francisco. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 154-155; MARTÍN MATEO, Ramón. "La cláusula de precario en las concesiones de dominio público", *RAP*, No. 56, 1968, pp. 101 y ss.

¹⁰¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-475 de 1992, FJ 7 *in fine*.

¹⁰²⁰ Aunque de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1078 de 2002, FJ 3.2, estas habilitaciones "no constituyen un derecho adquirido, ni sus beneficiarios puede reclamar la titularidad del derecho de propiedad sobre las mismas", de manera inmediata sustenta una posición que bien permite calificar de propiedad constitucional, en el sentido que aquí se prohija, a este tipo de posiciones subjetivas jurídico-públicas. En efecto, para el alto Tribunal, estas autorizaciones dan lugar a "derechos temporales de operación, sujetos a las nuevas condiciones y modificaciones que se deriven de la regulación legal y reglamentaria", para afirmar luego que "desde una perspectiva económica, la habilitación o el permiso si pueden considerarse como un activo intangible, susceptible de valoración económica. Así, el empresario que ha dispuesto y organizado un conjunto de bienes, que satisface las condiciones técnicas, financieras, de seguridad, ambientales, etc., que de conformidad con la ley se hayan establecido para obtener la habilitación para la prestación del servicio público de transporte y que adicionalmente haya obtenido un permiso de operación mediante concurso público, puede considerar que tales habilitación y permiso tienen un valor económico y un contenido patrimonial". Con independencia de su carácter temporal y de su sujeción a las condiciones impuestas por el ordenamiento jurídico, la caracterización de estas habilitaciones como posiciones jurídicas de contenido patrimonial atribuidas a un sujeto para que de manera exclusiva efectúe un aprovechamiento privado no pueden más que confirmar, según la tesis que aquí se defiende, su cobertura por el artículo 58 CC.

¹⁰²¹ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FFJJ 32 y 33.

¹⁰²² Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2003, FJ 3.3.

¹⁰²³ Aunque la jurisprudencia que se ha ocupado de esta materia suele aferrarse a una concepción estricta o tradicional de la propiedad minera -que la limita al pequeño reducto de propietarios de predios que lograron configurar derechos sobre el subsuelo antes de que éste fuese constitucionalmente declarado propiedad del Estado, *vid.*, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-006 de 1993, FJ 9; C-216 de 1993, FJ 2; o C-669 de 2002, FJ 4.2.1-, una simple lectura del artículo 15 de la ley 685 de 2001 (Código de Minas) permite verificar la tesis que aquí se defiende. Según lo establecido en este enunciado, relativo a la naturaleza del derecho del beneficiario: "[e]l contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales «in situ»

electromagnético a los operadores de televisión¹⁰²⁴, los títulos de inversión forzosa¹⁰²⁵, los bonos de deuda pública¹⁰²⁶, entre otras posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales configuradas frente al Estado. Aunque con una base un tanto diferente –firmemente anclada en el trabajo personal- los salarios y demás prestaciones a que tienen derecho los empleados públicos también forman parte de esta masa de derechos amparados por la garantía constitucional de la propiedad privada.

364. La doble finalidad y función atribuidas a la propiedad constitucional ratifica lo anterior. Si su finalidad está ligada con el aseguramiento al individuo de condiciones adecuadas para la libre y responsable autoconfiguración de su existencia, lo mismo que con el ejercicio concreto de la libertad económica constitucionalmente reconocida, por una parte, y con la realización del Estado social, por otra; y de lo que se trata, funcionalmente hablando, es de asegurar el disfrute de un mínimo de ese ámbito de libertad mediante el rechazo de intervenciones injustificadas o desproporcionadas, al tiempo que su instrumentalización al servicio del Estado social, no hay duda que nos encontramos ante posiciones jurídico-subjetivas contenidas dentro la cobertura objetiva del artículo 58 CC.

365. Un análisis que arranque de las exigencias funcionales del modelo económico constitucionalmente sancionado permite reforzar esta conclusión. La instauración constitucional de un sistema de economía social de mercado hace de éste el escenario natural de las transacciones económicas y el principal responsable de la provisión de bienes y servicios para los individuos. Simultáneamente conlleva un replanteamiento de la relación entre el Estado y el sistema económico. A diferencia de lo que ocurre bajo la lógica imperante en el Estado intervencionista –comprometido con la titularidad de los medios de producción y la provisión de bienes y servicios a la comunidad¹⁰²⁷-, el modelo de economía social de mercado enfrenta al Estado a diferentes tipos de responsabilidad: de regulación del marco normativo, de participación, de fiscalización, de garantía de prestaciones y de pleno o completo cumplimiento¹⁰²⁸. Las relaciones Administración-administrados que surgen al interior de cada uno de los ámbitos derivados de estas responsabilidades son sustancialmente distintas. Así, por ejemplo, mientras que en cumplimiento de la

sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades” (Cursivas fuera de texto).

¹⁰²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996. En el análisis de los cargos primero y segundo el juez constitucional alude a la necesidad de asegurar la eficacia del principio de democratización del acceso a la propiedad (artículo 60 párr. 1 CC) en este campo, con lo cual se establece un claro nexo entre estos títulos y el derecho del artículo 58 CC.

¹⁰²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FJ 8.1.

¹⁰²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-604 de 2000, FJ 7.

¹⁰²⁷ GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del... Op. Cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁰²⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Ob. Cit.*, pp. 73 y ss.

responsabilidad de regulación del marco normativo no nacen posiciones jurídico-subjetivas concretas, no ocurre lo mismo en los supuestos de fiscalización o de pleno cumplimiento. Al margen de posibles diferencias que puedan existir en aspectos concretos de la forma como se articulan las posiciones jurídico-subjetivas originadas al interior de cada uno de estos ámbitos de responsabilidad¹⁰²⁹, *materialmente se estará frente al mismo fenómeno (propiedad constitucional), reconocido como tal por idénticas razones (funcionales y teleológicas) y con análogos resultados prácticos (aplicación de las garantías constitucionalmente previstas frente a las intervenciones a que se encuentra expuesta la propiedad constitucional).*

En el caso de la responsabilidad de supervisión o fiscalización, por ejemplo, primordialmente a cargo de la Administración, en consideración a intereses públicos específicos o a la protección de terceros eventualmente afectados, determinadas actividades *esencialmente privadas* son sometidas por ley a condiciones y exigencias de Derecho Público. Estas exigencias y condicionamientos pueden tener por objeto tanto la defensa de la comunidad frente a riesgos o daños, como la propia configuración del proceso económico por parte de las autoridades¹⁰³⁰. Las licencias, los permisos y, en general, las autorizaciones administrativas son expresión concreta de su ejercicio¹⁰³¹. Dado que tienen por objeto fiscalizar el cumplimiento de las reglas establecidas por razones de interés común para disciplinar el ejercicio de una determinada actividad no reservada al Estado -y, por lo tanto, libre en principio-, de representar la atribución de una posición jurídico-subjetiva acuñada para la materialización exclusiva y excluyente de la utilidad privada de su titular, *funcional y teleológicamente* constituirán una propiedad constitucional. Es el caso de una licencia de construcción, de operación de servicio de transporte o de explotación forestal. De una parte, su consideración como propiedad constitucional permite garantizar la estabilidad de la posición jurídica atribuida en interés particular de su titular, cuestión que resulta crucial por cuanto que de ella dependen tanto la legitimidad del ejercicio de la actividad desplegada, como la validez jurídica de sus consecuencias¹⁰³². De carecer de la habilitación correspondiente el particular estará incurso en una situación de ilegalidad que le impedirá el ejercicio legítimo de la actividad. En consideración a la importancia que para la preservación de las esferas de libertad y autonomía del individuo

¹⁰²⁹ Desde esta óptica, poco importan, pues, las divergencias que puedan existir en punto a cuestiones como la forma jurídica por medio de la cual se articulará típicamente cada posición jurídica (acto administrativo o contrato) en cada uno de estos ámbitos, lo mismo que de la mayor intensidad de la injerencia que podrá ejercer sobre ellas el Estado cuando sean acuñadas en campos cuya titularidad le pertenezca (*v. gr.* mediante la fórmula concesional) porque se trata de dominio público (artículos 63 y 102 CC), monopolio (artículo 336 CC) o de una materia sujeta a reserva estatal (artículo 365 párr. 2 frase 3 CC).

¹⁰³⁰ BADURA, P. *Wirtschaftsverfassung und... Ob. Cit.*, p. 168.

¹⁰³¹ Una diferenciación técnica entre licencia y permiso como modalidades de la técnica autorizatoria en MEILÁN GIL, José Luis. "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión", en RAP, No. 71, 1973, p. 98.

¹⁰³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de... Ob. Cit.*, p. 133.

tienen la estabilidad de estas posiciones y la definición de esquemas garantistas que limiten el ámbito de intervención de las autoridades su cobertura por el artículo 58 CC resulta determinante. De otra, y ante la necesidad de establecer un balance adecuado entre protección individual y tutela del interés general, dicho reconocimiento supone asimismo llevar a este ámbito las notables posibilidades de intervención estatal por razones de utilidad pública e interés social, racionalizadas en su ejercicio por los límites y los condicionamientos impuestos por la garantía constitucional del derecho. Ello no sólo ratifica la necesidad de reconocer estas posiciones como propiedad forzosamente susceptible de expropiación, sino que además permite ratificar los amplios poderes estatales de conformación y modulación de estos derechos y replantearse a la luz de esta situación la relación existente entre Administración y autorizado¹⁰³³.

b) Los compromisos internacionales de protección de la inversión extranjera: la corroboración jurídico-positiva del ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la Constitución.

366. De forma análoga a lo que ocurre en Derecho Privado, también en la esfera jurídico-pública los acuerdos suscritos con potencias extranjeras por el Estado colombiano para promocionar y asegurar la protección de sus inversiones son una manifestación fundamental de lo expresado anteriormente. Su definición de lo que se entiende por “inversión” resulta de gran valor para acotar el alcance de la cobertura objetiva de la garantía constitucional de la propiedad privada. Tal como se ha comentado de forma precedente, habida cuenta de la relación de analogía que, por razón de la semejanza observada en materia de protección frente a medidas de tipo expropiatorio, cabe establecer entre la cobertura objetiva de la propiedad constitucional y la que resulta de la noción de “inversión” adoptada en estos tratados, esta última resulta útil para acotar la esfera de lo que se entiende en el ordenamiento colombiano por merecedor de la garantía del artículo 58 CC (*ubi remedium, ibi ius*).

367. El artículo 1.2 del BIT ratificado con la República de Chile¹⁰³⁴ y su definición amplia de aquello que por constituir una “inversión” goza de la protección frente

¹⁰³³ Entender que se trata de posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial amparadas por la propiedad constitucional y sujetas, por ende, a una función social permite replantearse ideas tradicionales del régimen autorizatorio tales como el pretendido alcance limitado de la potestad modalizadora que asiste a la Administración respecto de esta clase de actos o la supuesta ausencia de una obligación en cabeza del titular de la autorización en relación con el ejercicio de la actividad para la que fue otorgada. Sobre estas características de la autorización en su concepción clásica, véase MEILÁN GIL, J. L. “Sobre la determinación... *Loc. Cit.*, pp. 83-84.

¹⁰³⁴ El texto de esta disposición, cuyo estatuto fue incorporado al ordenamiento nacional mediante ley 672 de 2001, es el siguiente: “2. El término «inversión» se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente: a) Bienes muebles e inmuebles, el derecho de propiedad sobre éstos, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos,

a la expropiación es un ejemplo de ello. Un análisis de los diferentes elementos que integran la definición de “inversión” permite aislar aquellos que pueden presentar relevancia jurídico-pública en el campo que aquí interesa y corroborar el referido ensanchamiento de la cobertura objetiva de la garantía de la propiedad constitucional. Así, de acuerdo con lo previsto por el literal b) del artículo 1.2 del convenio en cuestión están incluidas dentro de la noción de inversión las “acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades” que pertenezcan al inversionista. La formulación genérica de este enunciado permite inferir que poco importa, a efectos de la protección que se asegura, que se trate de sociedades comerciales ordinarias, de otras formas de asociación jurídico-privadas o de participaciones en proyectos de gestión mixta, donde bajo alguna de las modalidades legalmente previstas el Estado sea coasociado del inversionista¹⁰³⁵.

Asimismo, el literal c) alude en forma igualmente general a “derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico”. Con ello se engloban dentro de la idea de inversión las acreencias que con distintos títulos puede tener el inversionista a su favor, incluidos también los créditos que posea frente al Estado. Las posiciones jurídico-patrimoniales nacidas de contratos o de inversiones forzosas serán, pues, un buen ejemplo de ello.

Por último, el literal e) hace referencia a las “concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales”. Dado su conocido carácter de contrato público y modalidad de gestión indirecta de bienes y

prendas; b) Acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades; c) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico; d) Derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos de propiedad industrial, tales como patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, *know-how* y razón social; e) Concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales. // Cualquier modificación relativa a la forma en que se invierten los activos no afectará su carácter de inversión, siempre que dicha modificación se efectúe de conformidad con la legislación de la parte contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión”. La constitucionalidad de esta norma fue examinada por la Corte Constitucional en la sentencia C-294 de 2002, sin que esta definición de inversión ni las distintas garantías que le son otorgadas a su titular (obligación de garantizar al inversionista del Estado co-signatario un trato no inferior al que la legislación interna concede a sus nacionales -cláusula de trato nacional- o a inversionistas de cualquier tercer Estado -cláusula de la nación más favorecida-; prohibición de toda discriminación de los inversionistas extranjeros en relación con los nacionales; salvaguarda de las inversiones supeditando su expropiación a motivos de utilidad pública o de interés social, a su no aplicación de manera discriminatoria y al pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva; libre transferencia de la inversión y de las utilidades, y mecanismos de solución de controversias, entre lo más relevante) hayan recibido ningún tipo de objeción por parte del juez constitucional.

¹⁰³⁵ DOLZER y STEVENS apuntan que de lo que se trata, en últimas, por medio de la incorporación de esta fórmula en el clausulado de estos acuerdos, es de brindar protección a los intereses de los inversionistas en *compañías y consorcios de cualquier naturaleza* en que puedan llegar a participar. Vid. DOLZER, R. y STEVENS, M. *Bilateral Investment... Ob. Cit.*, p. 28.

servicios públicos, la referencia a las “concesiones” puede dar lugar a equívocos. Así, una interpretación estrictamente jurídico-administrativa de esta expresión llevaría a restringir la protección ofrecida únicamente a los contratos de concesión suscritos por el Estado con inversionistas extranjeros con la finalidad reseñada en la norma. Sin embargo, es claro que la cobertura de este enunciado desborda la esfera de lo meramente contractual y se extiende también al ámbito del otorgamiento de posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial vía acto administrativo y vía legal. Resulta procedente, entonces, entender que se hace referencia a la atribución o al otorgamiento, bajo alguno de los títulos previstos en el precepto (ley, acto administrativo o contrato), de una posición de ventaja o de aprovechamiento privado de un recurso estatal a un inversionista extranjero procedente de un país cosignatario del acuerdo. La expresión “concesiones” ha de ser interpretada, pues, en un sentido *lato*, no jurídico-administrativo estricto¹⁰³⁶, que asegure una mayor operatividad y eficacia de la protección dispensada por este tipo de acuerdos.

368. Si bien la finalidad perseguida por los BITs -“alcanzar los niveles de integración que exige la economía de mercado contemporánea”¹⁰³⁷- justifica la configuración de un régimen especial, dotado de un objeto de protección de contornos significativamente amplios y confirma el referido ensanchamiento de la cobertura objetiva de la propiedad privada constitucional, jurídico-constitucionalmente la tutela que se deriva de esta expansión no tiene porqué limitarse a los supuestos de inversionistas extranjeros. Nada obsta para que esta concepción *lata* de la protección jurídico-patrimonial derivada del artículo 58 CC sea también aplicada a agentes económicos (nacionales) comunes. *La visión amplia que del objeto del derecho de propiedad constitucional aportan estos acuerdos no es más que la explicitación o la formalización del referido fenómeno de ensanchamiento al que se ha venido haciendo alusión en este escrito.* Pretender reservar esta visión expandida a un grupo de casos subjetivamente determinados -a saber: los referentes a inversionistas extranjeros procedentes de países cosignatarios de uno de estos tratados- no sólo reñiría frontalmente con el principio de igualdad, sino con la propia lógica interna de este tipo de acuerdos, que contemplan la cláusula de trato nacional como una de sus principales garantías¹⁰³⁸. De este modo, la

¹⁰³⁶ La fórmula empleada por los BITs suscritos por Colombia y su referencia a “las concesiones” coincide con el quinto y último grupo de derechos generalmente cobijados por la definición estándar de inversión, según el análisis de DOLZER y STEVENS. De acuerdo con estos autores, en él se engloban *concesiones y derechos similares*. Vid. DOLZER, R. y STEVENS, M. *Bilateral Investment... Loc. Cit.*, p. 30. La fórmula amplia empleada por Colombia en este punto coincide materialmente con la utilizada por los EEUU, que de forma más técnica hace referencia a “any right conferred by law and contract, and any licences and permits pursuant to law” (BIT USA-Argentina, 1991, art. I 1 v).

¹⁰³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-309 de 2007, FJ 4 c). Según el razonamiento plasmado en este pronunciamiento, habida cuenta del impulso que se busca dar a la economía nacional por este medio y de los significativos beneficios para la población que ello acarrea, se trata de una finalidad altamente plausible y totalmente acorde con los objetivos trazados por la Constitución.

¹⁰³⁸ Por virtud de esta cláusula, las partes adquieren la obligación de garantizar al inversionista del Estado co-signatario un trato no inferior al que la legislación interna concede a sus nacionales. Por ende, carecería de sentido obligarse a conceder a los extranjeros el trato dado a los

incorporación al ordenamiento de tan vasta escala de protección jurídico-patrimonial para un grupo específico de casos comporta, forzosamente, la corroboración formal de la expansión del objeto amparado por la garantía constitucional de la propiedad.

c) La liberalización como motor de innovaciones legislativas que corroboran el ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la Constitución.

369. Los impulsos liberalizantes de los últimos años han dado lugar, asimismo, a ciertos desarrollos de nuestro Derecho positivo en los cuales es posible corroborar el planteamiento que aquí se defiende en punto a la dilatación del objeto de la propiedad constitucional en la esfera de la Administración económica. La legislación minera es un buen ejemplo de ello. A pesar de que, en armonía con lo dispuesto por el artículo 332 CC, en su artículo 5 el Código de Minas (ley 685 de 2001) establece la propiedad estatal sobre los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural; en su artículo 14 habilita la entrada al sector minero de particulares mediante el contrato de concesión minera. Éste es el título en virtud del cual se les autoriza la exploración y explotación de minas de propiedad estatal. Tal como se define en su artículo 14, a pesar de que el contrato de concesión **no transfiere a su beneficiario la propiedad de los minerales “in situ”**, *en cuanto pertenencia* –éstos pertenecerán siempre al Estado-, *le confiere, para su beneficio particular, en forma exclusiva y temporal, un conjunto de ventajas de contenido económico* –establecer la existencia de minerales en cantidad y calidad explotables, aprovecharse de ellos mediante su extracción o captación y a gravar

ciudadanos del Estado cuando éste es manifiestamente más desfavorable que el pactado expresamente en el BIT. Ello resultaría indicativo de una situación de protección patrimonial en la legislación interna inferior a la aceptable según los estándares internacionales; caso en el cual lo convenido en los BITs constituiría un elemento importante para la corrección de tal desequilibrio. De lo que se trata, en últimas, es de evitar que por una u otra razón, los inversionistas extranjeros sean puestos en una posición de desequilibrio competitivo respecto de los agentes económicos nacionales. Cfr. DOLZER, R. y STEVENS, M. *Bilateral Investment... Op. Cit.*, pp. 63-65. Adicionalmente, admitir como válida la diferenciación que resultaría de la segregación referida supondría, como ha afirmado la Corte Constitucional, avalar “un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos. // Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad. // Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al contratante”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1996, FJ C h) 2.

los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades- dentro del área otorgada.

370. Se configura así una posición jurídico-subjetiva susceptible de ser calificada de propiedad constitucional. Ni su naturaleza temporal, ni su condición de acto jurídico no traslativo del dominio inciden sobre esta situación. *Lo relevante, a efectos de reconocer la cobertura del artículo 58 CC, será la atribución al particular de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sobre una posición jurídico-pública subjetiva de contenido patrimonial. Ésta entra a formar parte del patrimonio del concesionario, del cual constituirá un activo más y de la cual podrá aprovecharse en su beneficio propio (utilidad privada).* A tal punto presenta esta connotación y posee una significación económica análoga a la de cualquier otro bien típicamente amparado por la protección inherente al artículo 58 CC (caso, p. ej., de la propiedad derecho real), que además de ser transferible (artículos 22-25), el propio Código ha previsto la singular figura de la prenda minera (artículo 238) y ha definido ciertas reglas al respecto¹⁰³⁹. Ella autoriza al concesionario para que con el fin exclusivo de garantizar créditos u otras obligaciones contraídas para construir, montar y explotar minas, constituya prenda sobre *el derecho a explorar y explotar* proveniente del contrato de concesión. El legislador saca así partido de la amplitud del concepto constitucional de propiedad y se aparta de manera resuelta de la visión tradicional de una figura tan antigua como la prenda, estrechamente ligada a la concepción tradicional del dominio. Al tiempo que define un novedoso esquema de gestión de los recursos, que apuesta por la optimización de su uso y la dinamización del tráfico jurídico mediante la incorporación a él de este tipo de derechos como un activo más del concesionario, el legislador ratifica la necesidad de superar visiones tradicionales imperantes en esta materia y confirma que *la propiedad constitucional no es una cuestión de pertenencia de los bienes; es, sin duda, una cuestión de acceso y aprovechamiento de los mismos.*

371. Del mismo modo, aunque quizás de forma menos rotunda, ello es también apreciable en el ámbito de los servicios públicos. La apertura a su prestación por agentes particulares operada luego de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 resulta también indicativa de la necesidad de extender la protección jurídica y el esquema de intervención propio de la propiedad constitucional a este sector. La necesaria concurrencia de agentes económicos privados y bienes de titularidad pública hace forzoso el otorgamiento de concesiones o autorizaciones

¹⁰³⁹ **Artículo 238. Prenda minera.-** Con el exclusivo objeto de garantizar créditos u otras obligaciones contraídas para construir, montar y explotar minas, podrá constituirse prenda sobre el derecho a explorar y explotar proveniente de contratos de concesión.

Artículo 239. Prenda sobre muebles.- La prenda del derecho a explorar y explotar emanado del contrato de concesión, es compatible con la prenda sobre producciones futuras de la mina y sobre los muebles, maquinarias e implementos dedicados a la explotación.

Artículo 240. Efectividad de la prenda minera.- Para la efectividad de la prenda minera o de la constituida sobre los productos futuros de la explotación, procederá el embargo de los derechos emanados del título minero mediante comunicación al Registro Minero. Procederá igualmente el secuestro de las instalaciones, equipos y maquinaria de la mina.

para el uso de recursos como el agua (artículo 39.1 de la ley 142 de 1994) o el espectro radioeléctrico (artículos 11 y 12 de la ley 1341 de 2009). A pesar de su carácter estrictamente temporal, estas posiciones originan derechos de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente a favor de sus portadores. Aunque no se traduzcan en una relación de pertenencia respecto de los bienes materiales sobre los cuales se da el referido aprovechamiento, estos derechos ingresan y engrosan el patrimonio de su titular, del cual constituyen un activo fundamental. Más aún en razón de su carácter transferible (artículos 39.1 párr. 6 de la ley 142 de 1994, 62 a) del CRNC y 11 parágrafo 2 de la ley 1341 de 2009). Al tiempo que hace patentes los requerimientos de tutela de la estabilidad jurídica de estas situaciones, el surgimiento de estas posiciones jurídico-subjetivas sobre esta clase de bienes denota la conveniencia de entender que se trata de propiedades sujetas a una función social y expuestas asimismo las distintas formas de intervención previstas por la Constitución en este ámbito, especialmente a la expropiación (en sentido constitucional).

d) La protección de las posiciones jurídico-patrimoniales de los empleados públicos.

372. A pesar de hallarse enmarcadas en un contexto distinto al que se ha descrito hasta ahora (fuertemente permeado por la lógica y la dinámica de la economía de mercado) y con fundamento en la más clásica idea del trabajo y el esfuerzo personal, también las posiciones jurídico-patrimoniales adquiridas por los empleados públicos en el marco de su relación de servicio remunerado con el Estado gozan de la protección de la propiedad constitucional. La ya referida pérdida de protagonismo de la propiedad privada, entendida en su sentido tradicional, como garantía y sustento fundamental de la supervivencia de la persona; y las correlativas exigencias de protección de las nuevas fuentes de aseguramiento de la subsistencia individual como forma de asegurar la libertad y la dignidad de la persona, elevan esta exigencia.

373. Más que desconocer las demandas constitucionales en punto al singular régimen de acceso, cese y ejercicio de la función pública, o hacer intangible el régimen funcional o la estructura de la Administración Pública, el resultado (y la finalidad) de esta protección no es otro que garantizar a las posiciones jurídicas engendradas frente al Estado-empleador que son adquiridas por quienes se encuentran a su servicio una tutela jurídica satisfactoria frente a las afectaciones, obstaculizaciones o amenazas de eliminación arbitraria que pueden provenir de aquél. Aunque con las peculiaridades que puede presentar el singular vínculo estatutario que mantiene el Estado con quienes ostentan la condición de funcionarios públicos¹⁰⁴⁰, como cualquier otro derecho patrimonial adquirido, también los que surgen dentro de esta relación deben gozar del amparo que

¹⁰⁴⁰ Sobre los elementos y características de la relación estatutaria de los funcionarios con la Administración, véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 58 y ss.

brinda la garantía constitucional de la propiedad privada¹⁰⁴¹. Tanto el auge de la externalización, como la paulatina convergencia del estatuto funcional y el régimen laboral común (la denominada “laboralización de la función pública”¹⁰⁴²) derivado de la crisis del esquema clásico de distinción neta entre funcionarios y trabajadores¹⁰⁴³; lo mismo que los recientes recortes efectuados por el Estado español a los derechos económicos (tanto retribuciones básicas, como las que tienen carácter complementario) del conjunto de empleados públicos para hacer frente a sus necesidades de reducción del gasto y consolidación fiscal¹⁰⁴⁴, confirman la validez y utilidad de este planteamiento. El progresivo debilitamiento de la teoría de la relación especial de sujeción en este ámbito, experimentada gracias al impulso del reconocimiento de los derechos fundamentales de los funcionarios¹⁰⁴⁵, no puede más que repercutir también en este frente y abrir paso al afianzamiento de derechos de propiedad (constitucional) sobre las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial configuradas en el campo de la función pública.

374. Que el ingreso de un individuo al servicio de la Administración lo ubique en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente, de lo cual se desprende el carácter esencialmente modificable del régimen conforme al cual se produjo su vinculación¹⁰⁴⁶, no puede suponer el desconocimiento de la particular

¹⁰⁴¹ No comparte esta posición REY MARTÍNEZ, para quien “el derecho de propiedad no tiene que ver con el estatuto (económico) de la función pública, el cual se halla sometido a *lex specialis*: artículo 103.3 CE”. Cfr. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 282, nota a pie de página No. 50 (viene de la página anterior). A mi juicio, las disposiciones del artículo 103.3 CE en punto a la configuración del régimen estatutario de la función pública resultan plenamente compatibles con la protección jurídico-patrimonial que proporciona la garantía constitucional de la propiedad; máxime en el contexto de una Constitución normativa, donde los derechos fundamentales además de vocación expansiva están cobijados por un principio de aplicación directa que impide su restricción fuera de los supuestos en los cuales ello resulte expresamente previsto por la Constitución (*vid.* DÍAZ LEMA, José Manuel. “Restricciones subjetivas de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución”, en *REDA*, No. 146, 2010, pp. 309 y ss.). En este sentido, mientras que el artículo 103.3 CE habilita al legislador para regular, conforme a los parámetros allí señalados, la situación personal de los funcionarios y su relación de servicio con la Administración; el artículo 33 CE contiene una garantía *de lo adquirido* en el ámbito patrimonial y un conjunto de reglas que deben ser observadas en caso que el Estado precise intervenir en dicha esfera.

¹⁰⁴² La expresión es tomada de PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 375, 399 y 401.

¹⁰⁴³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la... Loc. Cit.*, pp. 60-61. También PARADA VÁZQUEZ, Ramón. “La degeneración del modelo de función pública”, en *RAP*, No. 150, 1999, pp. 413 y ss.

¹⁰⁴⁴ *Vid.* las diferentes disposiciones que integran el extenso y farragoso Capítulo I del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, “por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”.

¹⁰⁴⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la... Loc. Cit.*, p. 62. La incompatibilidad con la CE de doctrinas como la de las relaciones especiales de sujeción, que permite excluir o restringir los derechos fundamentales de determinados colectivos por razón de su estrecha vinculación a la organización estatal, ha sido recientemente destacada por DÍAZ LEMA, J. M. “Restricciones subjetivas de... *Loc. Cit.*”, pp. 293 y ss. Sobre la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, véase GALLEGU ANABITARTE, A. “Las relaciones especiales de... *Ob. Cit.*”, pp. 11 y ss.

¹⁰⁴⁶ Como ha sido señalado por la Corte Constitucional, ni la estructura de la administración pública (*vid.* la sentencia C-074 de 1993, FJ 2.1), ni el régimen laboral de sus empleados (*vid.* la

situación subjetiva que se origina en relación con los distintos derechos que esa persona *adquiere* en desarrollo de su actividad¹⁰⁴⁷. El reconocimiento de la cobertura de estos derechos por la garantía constitucional de la propiedad privada se orienta a incrementar la resistencia jurídica de estas posiciones, habituadas a ceder sin oposición ante los poderes de un Estado provisto de amplias facultades para determinar unilateralmente las relaciones propias de su ámbito puramente interno o doméstico. Esto implica asegurar que al margen de la notable libertad de configuración que asiste al legislador en este frente y de las concretas decisiones normativas que se adopten en el plano jurídico-objetivo, las posiciones jurídico-subjetivas legítimamente adquiridas por el empleado no podrán verse afectadas salvo que se haga uso de las formas de intervención en la propiedad previstas por la Constitución (delimitación con arreglo a la función social, expropiación y/o extinción del dominio). Esto quiere decir que los derechos económicos adquiridos en ejercicio de la condición de empleado público no pueden ser suprimidos sin atender a las exigencias de la garantía expropiatoria (*causa expropriandi* legalmente definida, procedimiento e indemnización) ni su cuantía ser objeto de recortes unilaterales.

375. Lo anterior no sólo se aviene a las exigencias derivadas de la garantía de la propiedad privada o de principios como la seguridad jurídica o la confianza legítima; es, además, un presupuesto fundamental del modelo de función pública ideado por la Constitución, que aspira generar fuertes grados de compromiso y lealtad institucional y asegurar la independencia e imparcialidad de los empleados en el ejercicio de sus responsabilidades. Reconocer esta protección en relación con los derechos de los funcionarios supone, igualmente, por otra parte, una solución a la evidente desigualdad que resulta de la contratación de personal laboral por la Administración; amparado como éste se encuentra por las garantías de los derechos adquiridos propias del Derecho del trabajo¹⁰⁴⁸.

376. El indiscutible peso que corresponde a los gastos de personal dentro del conjunto de las finanzas públicas mal puede llevar a desconocer la importancia de la garantía jurídico-subjetiva de estas posiciones. Por un lado, el amplio repertorio de instrumentos con que cuenta el Estado para el manejo de su política económica global hace de estos recortes –de admitirse su viabilidad– una opción más, aunque ontológica y axiológicamente cualificada por sus fuertes implicaciones sobre la economía de los empleados oficiales y su nexo directo con

sentencia C-209 de 1997, FJ 5) es intangible. Con todo, como esta misma corporación ha enfatizado, ello no excluye que “cualquier decisión del Estado encaminada a modificar la estructura de la administración pública, en la que se afecte directamente la condición jurídica de los servidores públicos, debe partir de la premisa indiscutible de la protección de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio jurídico de sus titulares” (cursivas fuera de texto). Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-314 de 2004, FJ 9. En sentido análogo, véase las sentencias C-074 de 1993, FJ 2.1; C-262 de 1995, SNFJ; C-209 de 1997, FJ 4 c.

¹⁰⁴⁷ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-314 de 2004, FJ 9. En sentido análogo, véase las sentencias C-074 de 1993, FJ 2.1; C-262 de 1995, SNFJ; C-209 de 1997, FJ 4 c.

¹⁰⁴⁸ Subraya esta discriminación PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo... Passim*, p. 508.

la subsistencia y el trabajo de los mismos¹⁰⁴⁹. De ahí que a pesar de la discrecionalidad habitualmente reconocida al Estado en el manejo de los asuntos económicos¹⁰⁵⁰, las intervenciones en este ámbito deberían estar siempre sometidas al más exigente escrutinio a la luz del principio de proporcionalidad. En especial cuando se tiene en cuenta que, por otro lado, como ocurre en España con el Estatuto Básico de los Empleados Públicos (ley 7/2007, en adelante EBEP), el régimen de la función pública se asienta sobre principios como la negociación colectiva, la vinculatoriedad de los pactos y acuerdos alcanzados y la cobertura presupuestal. El juego de estos tres principios no casa bien con una determinación como la adoptada por el Gobierno español; que a pesar de haber obrado con base en la potestad excepcional conferida por el artículo 38.10 EBEP para suspender o modificar los productos de la negociación colectiva “en la medida de lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés público”¹⁰⁵¹, resultó intempestiva y en drástica en exceso, al punto de no aguardar siquiera a la finalización de la anualidad presupuestal.

377. Por tratarse de un ámbito fundamentalmente remitido a la configuración del legislador y habitualmente sometido al esquema de las relaciones especiales de sujeción¹⁰⁵², la extensión de la propiedad constitucional hasta este sector busca poner de relieve el componente *defensivo* que en cuanto posiciones jurídico-patrimoniales enderezadas al aprovechamiento particular de su titular debe ser inherente a estas situaciones una vez adquiridas. En consideración a las particularidades que presenta esta clase de derechos de propiedad (constitucional), afirmar que se encuentra vinculada a una función social quizás resulte redundante; aun cuando remarcar la posibilidad de introducir modulaciones al derecho con arreglo al criterio de la función social y matizar de este modo la proverbial estabilidad conferida a estas posiciones puede resultar de utilidad. Sin embargo, interesa destacar que *la extensión a este campo de la lógica y del juego de garantías y formas de intervención inherentes al régimen constitucional de la propiedad supone un factor decisivo tanto para la constitucionalización del Derecho en*

¹⁰⁴⁹ En el ordenamiento alemán la claridad que se tiene sobre la cobertura por la garantía de la propiedad constitucional de los salarios de los funcionarios ha llevado a que el Gobierno Federal, en su plan de ahorro, persiga la consolidación fiscal sin afectar estas posiciones patrimoniales. Antes que optar por el denominado “método de la podadora de césped”, que afecta a todos los gastos por igual, se ha articulado un paquete de medidas que afecta otras expensas públicas como subvenciones, contratos y algunas prestaciones sociales. En el ámbito de la función pública se planea un recorte de personal y los funcionarios no recibirán la prestación de navidad (*Weihnachtsgeld*). Sobre el plan de ahorro del Gobierno alemán, véase la información disponible en la página web del Ministerio Federal de Finanzas. Cfr. http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_3378/DE/Wirtschaft__und__Verwaltung/Finanz__und__Wirtschaftspolitik/Bundeshaushalt/20100609-Sparen.html?__nnn=true

¹⁰⁵⁰ Vid. Corte Constitucional, sentencias C-074 de 1993, FFJJ 1.1 y 2.3; C-265 de 1994, FJ 5; también la sentencia C-478 de 1998, FJ 7.

¹⁰⁵¹ Las dificultades de engaste de esta previsión con el régimen jurídico laboral propio de los empleados públicos sometidos al Derecho del trabajo común y de esclarecimiento de los límites que deben enmarcar el ejercicio de esta prerrogativa por el Gobierno son expuestas por PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en REDA, No. 144, 2009, pp. 631 y ss.

¹⁰⁵² Vid. GALLEGO ANABITARTE, A. “Las relaciones especiales de... *Op. Cit.*, pp. 13 y ss.

general, como para la racionalización de los habituales actos de intervención pública en esta órbita en particular. A partir de la consideración de estos derechos como propiedad constitucional, la incursión de estas intervenciones en su ámbito de protección deberá contrastarse con los referentes jurídico-subjetivos contenidos en el artículo 58 CC y no ya solamente con los postulados objetivos previstos en la Constitución como principios que deben inspirar el régimen de la función pública (artículos 6, 122-129 y 209 CC). El resultado: una mayor penetración del tejido constitucional en segmentos normativos tradicionalmente enfocados desde la perspectiva crucial –pero unilateral y parcial– de la Administración y un correlativo incremento en los niveles de protección jurídica de los individuos insertados en esta clase de vínculos con el Estado.

3.3. La neutralidad de la fuente de una posición jurídico-pública de contenido patrimonial a la luz de la garantía constitucional del derecho de propiedad

378. Con independencia de cuál sea la procedencia de una posición subjetiva jurídico-patrimonial de Derecho Público amparada por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, ésta no podrá ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores ni por la propia Administración que la engendró. Ello se refleja en el conocido principio de la *inmutabilidad, intangibilidad o irrevocabilidad de los actos administrativos favorables*¹⁰⁵³, al igual que en la fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*)¹⁰⁵⁴. El párr. 1 del artículo 73 del CCAC¹⁰⁵⁵ formaliza en el ordenamiento colombiano el referido principio respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto declarativos de derechos¹⁰⁵⁶; mientras que el artículo 1602 CCC recoge el mandato de respeto y obligación de cumplimiento de los contratos legalmente celebrados¹⁰⁵⁷. Ello no es más que una manifestación concreta de los principios de seguridad jurídica y respeto por los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas; principios tradicionales que ofrecen una protección análoga a la que resulta del régimen de la propiedad constitucional.

¹⁰⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-347 de 1994, FJ 2.2.

¹⁰⁵⁴ Se asume de este modo la idea, anclada en el sistema de categorización de los actos jurídicos de Derecho Público (norma, resolución y contrato), según la cual la ley, sea general-abstracta, sea particular-concreta, será siempre norma; por lo tanto, regla de Derecho objetivo necesitada de una forma de aplicación que viabilice sus consecuencias jurídico-subjetivas. Sobre este sistema, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo...* Op. Cit., pp. 311 y ss.

¹⁰⁵⁵ **Artículo 73: Revocación de actos de carácter particular y concreto.**- Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

¹⁰⁵⁶ SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. *Construcción doctrinaria de la... Ob. Cit.*, p. 168.

¹⁰⁵⁷ **Artículo 1602.**- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

379. Como es lógico, esta protección no torna en inmodificable a futuro el régimen bajo el cual han nacido las situaciones jurídicas patrimonializadas, ni las convierte en absolutamente intangibles ni refractarias al interés general. Naturalmente, es éste un ámbito en el cual se reconoce al Estado la potestad de introducir, por razones de interés general, *modos o condiciones* que incidan sobre *el ejercicio* de los derechos ya consolidados, siempre que *no se afecte ni amenace su existencia*. También en estos casos, como se ha visto ya¹⁰⁵⁸, la garantía constitucional de la propiedad resulta compatible tanto con las necesidades de reforma al Derecho, como con los requerimientos de intervenir en posiciones jurídicas-subjetivas de contenido patrimonial consolidadas en aras de cristalizar un objetivo determinante para el bien común¹⁰⁵⁹. Aunque se trate de regímenes jurídicos sustancialmente distintos, para tales efectos resulta indiferente que se esté frente a un derecho surgido de un acto administrativo o de un contrato público; la base común que el régimen previsto por el artículo 58 CC les ofrece habilita en ambos casos un tratamiento semejante. Con todo, para efectos de analizar con mayor detalle cómo encaja esta idea dentro de cada una de estas figuras, se examinarán por separado.

a) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de resoluciones administrativas.

380. Siguiendo la clasificación según los efectos que producen las resoluciones administrativas frente a los ciudadanos afectados elaborada por la doctrina alemana, cabe distinguir, fundamentalmente, entre actos administrativos favorables (*begünstigende*), actos administrativos de gravamen (*belastende*), actos administrativos de doble efecto (favorable y de gravamen, a la vez) y actos administrativos con efectos sobre terceros (*Verwaltungsakte mit Drittwirkung*)¹⁰⁶⁰. En lo que concierne a esta investigación interesan los primeros, siempre que posean significación jurídico-patrimonial. Ellos otorgan, declaran o confirman derechos o situaciones de provecho o ventaja en cabeza de los individuos. Su configuración como propiedad constitucional dependerá, entonces, de que presenten un contenido económico y den lugar al surgimiento de una posición jurídica-subjetiva definitiva (no en precario) susceptible de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente. En tal caso gozarán de la protección prevista por el artículo 58 CC para este derecho. Por esta causa, aunque ello no se traduzca en su completa inmunidad frente a la intervención estatal, ni en su configuración

¹⁰⁵⁸ Vid. *supra* el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de esta investigación.

¹⁰⁵⁹ En últimas, como afirma DE MARCOS FERNÁNDEZ, "las normas que regulan la caducidad o revocación por incumplimiento de las condiciones esenciales de títulos jurídico-públicos protegidos por la propiedad constitucional forman parte de la delimitación de su contenido de acuerdo con la función social, que define un régimen jurídico determinado. También la regulación de las infracciones y sanciones forma parte de dicho régimen jurídico". Vid. DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana. *El sistema de garantías...* Tomo III, *Loc. Cit.*, p. 38.

¹⁰⁶⁰ MAURER, H. *Allgemeines...* *Ob. Cit.*, pp. 218-219. Aluden también a esta clasificación GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo...* *Loc. Cit.*, p. 349.

como posiciones jurídicas incondicionadas, como tampoco en la garantía absoluta de su conservación, *sí representa la definición de unas exigencias mínimas que no pueden ser desconocidas cuando quiera que por razones de interés general una de estas posiciones deba ser objeto de intervención o de sacrificio.*

381. Aun cuando el respeto por los derechos adquiridos constituye uno de los pilares fundamentales de la materia, no es habitual en el Derecho colombiano imbricar el régimen constitucional de la propiedad con la disciplina jurídica de los actos administrativos, ni apreciar esta última (entre los muchos principios que la sustentan) a la luz del primero. Las tradicionales reticencias doctrinales y jurisprudenciales al reconocimiento de “derechos adquiridos” en Derecho Público¹⁰⁶¹, aunque cada vez más superadas¹⁰⁶², no dejan de representar una suerte de llamado a la cautela –o a la extrañeza- ante planteamientos de este tipo. Frente a estas reservas, no cabe más que esgrimir el directo fundamento constitucional de esta postura: en últimas son la propia Constitución y la dinámica normativa y dogmática que le es inherente, que impulsan e imponen la constitucionalización del Derecho, quienes sugieren esta vía y justifican y exigen este intento. En el contexto de una Constitución material y normativa resulta imperativo desprender de su texto los criterios constitucionales para la construcción, interpretación y revisión de los distintos sectores que conforman el ordenamiento jurídico. La lógica inherente al régimen de la propiedad constitucional representa, en este sentido, un filón que no puede ser desatendido. La notable amplitud de su cobertura, las múltiples posibilidades de intervención en la órbita económica de los particulares que concede al Estado y las diferentes garantías previstas a favor de los intereses patrimoniales de aquellos, obligan a girar la mirada también en esta dirección cuando se trata de actos administrativos favorables de significación patrimonial.

382. Sin perjuicio de la observancia de los principios constitucionales tradicionales en que se ha fundado clásicamente la reglamentación de esta materia (seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, respeto de los derechos adquiridos, principio de legalidad, prevalencia del interés general, etc.), la consideración de la lógica que inspira la regulación constitucional de la propiedad (artículo 58 CC) puede resultar de gran valor y utilidad al examinar este campo. Más cuando una aproximación estrecha y libre de prejuicios a la

¹⁰⁶¹ Las fórmulas empleadas tanto por la Constitución de 1886 como de 1991 para proclamar la garantía del derecho de propiedad se encuentran en la base de este prejuicio. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 de la Carta de 1886, “[l]os derechos adquiridos con justo título *con arreglo a las leyes civiles* por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Análogamente el artículo 58 de la Constitución actual proclama en la primera frase de su primer párrafo la garantía de “la propiedad y los demás derechos adquiridos *con arreglo a las leyes civiles*”. En ocasiones, tales enunciados han sido interpretados en un sentido literal en extremo restrictivo, que ha llevado a excluir de esta protección a los derechos configurados al amparo de leyes administrativas, como es el caso, por ejemplo, de los derechos surgidos de un acto administrativo. *Cfr.*, p. ej., la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 26 de agosto de 1983.

¹⁰⁶² SANTOS RODRÍGUEZ, J. E. *Construcción doctrinaria de la... Ob. Cit.*, p. 171.

normativa jurídico-administrativa actual permite evidenciar que nada de ello resulta del todo ajeno a la lógica del Derecho positivo. De hecho, en el campo de los actos administrativos favorables, las disposiciones del CCAC que rigen su revocatoria ofrecen un incomparable marco de referencia para comprobar el nexo vital que conecta la propiedad constitucional con los actos administrativos¹⁰⁶³. En ellas se puede apreciar tanto su preocupación por la garantía del derecho, como por su apertura a la función social y a una eventual expropiación. Al margen de que se compartan o no las conclusiones a las que se arriba, un análisis enfocado desde esta perspectiva no sólo resulta inusual; ofrece también nuevos argumentos para asegurar la coherencia del sistema y nuevos criterios para valorar la configuración actual de este tradicional y trascendental frente del Derecho administrativo.

a) Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de la legislación general en relación con los derechos nacidos de actos administrativos.

- *Caracteres generales de esta legislación y su esencial conformidad con el esquema global del régimen constitucional de la propiedad privada.*

383. Aunque se trata de una convergencia poco advertida, el régimen legal general de los derechos subjetivos que nacen de resoluciones administrativas atiende en sus aspectos básicos al esquema global instaurado por la Constitución en relación con el derecho de propiedad¹⁰⁶⁴. Así, el artículo 73 párr. 1 CCAC corrobora, mediante la proclamación del carácter *esencialmente irrevocable* de los actos administrativos de carácter particular y concreto declarativos de derechos, su amparo por la garantía de existencia del contenido adquirido o de estabilidad del derecho de propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC¹⁰⁶⁵. Enfocado desde esta óptica, resulta coherente con la protección que la Constitución ofrece a este

¹⁰⁶³ En el ordenamiento jurídico colombiano, la figura de la revocación directa de los actos administrativos, regulada en el Título V del Libro I del CCAC, engloba los distintos supuestos en los cuales la Administración misma hace desaparecer o retira del mundo jurídico una resolución o una disposición administrativa, bien sea por razones de legalidad, de mérito o de oportunidad. Abarca, pues, distintas figuras que, como la revisión, la revocación o la caducidad, la doctrina y la legislación española emplean de manera diferenciada –aunque no de forma siempre unánime ni consonante– en distintos supuestos y sectores del ordenamiento jurídico administrativo. Una completa exposición de estas categorías y de su tratamiento en la legislación española, en GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 275 y ss.

¹⁰⁶⁴ La hegemonía de la concepción *ius civilista* del derecho de propiedad explica esta circunstancia.

¹⁰⁶⁵ **Artículo 73.- Revocación de actos de carácter particular y concreto.** Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. (...)

derecho la exigencia legal del consentimiento expreso y escrito del afectado como condición para la revocación de un acto administrativo favorable.

384. Por otra parte, la potestad que asiste al Estado para introducir en el acto administrativo las modalidades y condiciones que exija el interés general constituye un trasunto de la sujeción a la función social (artículo 58 párr. 2 CC) de las posiciones jurídico-subjetivas que así se originan¹⁰⁶⁶. Las implicaciones de esta sujeción trascienden el momento estático de delimitación de la situación jurídica concreta creada por el acto¹⁰⁶⁷. Las posibilidades ofrecidas por cláusulas accesorias¹⁰⁶⁸ como las cláusulas de *reserva de modificación* o de *reserva de revocación*¹⁰⁶⁹ del acto administrativo hacen posible que su vinculación a la función social se evidencie en la virtual apertura de la relación jurídico-administrativa establecida a posteriores intervenciones de la Administración enderezadas a verificar su conformidad a lo largo del tiempo con objetivos de interés general. Ello dependerá, naturalmente, de la particular conformación del régimen legal aplicable en cada caso. En este sentido, la ahora cada vez más frecuente previsión por el legislador de *cláusulas de reserva de modificación*¹⁰⁷⁰ tales como la conocida cláusula técnica o de mejores tecnologías disponibles se traduce, justamente, en la concreción de la situación de virtual apertura a la intervención administrativa que aquí se comenta y en una notable relativización de la tradicional estabilidad de las posiciones jurídicas de ventaja propia de autorizaciones, licencias o concesiones en cabeza de los particulares¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁶ Vid. DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana. *El sistema de garantías... Tomo III, Loc. Cit.*, p. 38.

¹⁰⁶⁷ Asumir que los actos administrativos favorables de contenido patrimonial constituyen una propiedad constitucional y se encuentran, por ende, sujetos al régimen de garantías e intervenciones previstas por el artículo 58 CC, ofrece un fundamento normativo-constitucional suficiente para encarar el problema de congelación de las posibilidades de valoración del interés público en las relaciones surgidas de las autorizaciones de tracto sucesivo o de funcionamiento de actividades que se prolongan en el tiempo. Esta problemática es denunciada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de... Ob. Cit.*, p. 140.

¹⁰⁶⁸ La importancia de estas cláusulas como forma de concretar la función social de la propiedad es puesta de relieve por VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias del... Ob. Cit.*, p. 245. También, aunque en concreto respecto de la cláusula de reserva de revocación, *vid.* p. 180.

¹⁰⁶⁹ Sobre el significado, alcance y finalidad estas cláusulas, véase GALLEGO ANABITARTE, A. Y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho administrativo... Op. Cit.*, pp. 359 y ss. También VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias del... Ob. Cit.*, pp. 154 y ss.

¹⁰⁷⁰ La cláusula reserva de modificación tiene por objeto la previsión de una eventual modificación futura del contenido del acto administrativo. Su finalidad, según comentan GALLEGO ANABITARTE y DE MARCOS FERNÁNDEZ, es "garantizar el respeto del interés público frente a posibles cambios que en el momento de dictar la resolución no son aún claramente determinables". *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho administrativo... Ob. Cit.*, p. 359.

¹⁰⁷¹ La cláusula técnica, de aplicación extendida en campos como el de la protección ambiental y de la salud, encierra la permanente obligación de adaptarse a los avances tecnológicos disponibles en materia de prevención de riesgos. Comporta, así, un fuerte elemento de control sobre los efectos que producen sobre la salud o el medio ambiente una actividad o un producto autorizado. Su incorporación al ordenamiento resulta expresiva de la mayor preocupación por la defensa y conservación de los bienes jurídicos que se busca amparar. En consecuencia, la fiscalización de los eventuales efectos negativos que sobre ellos pueda producir una determinada actividad autorizada deja de ser ya una cuestión relevante únicamente al momento del otorgamiento de la

385. Finalmente, y aunque con los matices que se analizarán enseguida, la excepcional posibilidad de revocar actos administrativos favorables de manera directa (y sin el consentimiento del titular de la situación jurídica creada) por razones de interés general corrobora su particular condición de propiedad expropiable, con las consecuencias que de ello se desprenden¹⁰⁷². Ciertamente, el

autorización correspondiente, para extenderse en el tiempo y abarcar el periodo siguiente, esto es, la fase de desarrollo propiamente dicho de la actividad autorizada. Ello representa, en este sentido, una transformación sustantiva de la idea tradicional de relación jurídico-administrativa. Ésta ya no finalizará con la expedición de un acto administrativo en firme; se prolongará en el tiempo y adquirirá, junto con la idea de procedimiento administrativo, un protagonismo indiscutido, con la correlativa pérdida de importancia del acto administrativo y del control judicial que sobre él se ejerce, cuyo protagonismo comienza así a erosionarse. En este sentido, STOLLEIS, Michael. "Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial", en *Documentación Administrativa*, No. 234, 1993, pp. 13 y ss. Sobre la cláusula técnica, véase ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y... Passim*, pp. 92 y ss. El protagonismo que históricamente ha correspondido a esta figura en el Derecho Administrativo bajo la fórmula de "cláusula de progreso" es puesto de relieve por MEILÁN GIL, José Luis. *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 52 y ss. La interesante problemática generada en materia de garantía de la propiedad existente por las cada vez más incisivas y frecuentes obligaciones de adaptación a los incesantes desarrollos técnicos y científicos en materia ambiental es abordada por BRENNER, Michael. "Art. 14 GG und der immissionsrechtliche Bestandschutz", en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2007* (Herausgegeben von R. Hendler, P. Marburger, P. Reiff und M. Schröder), Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2007, pp. 173 y ss. La particular "incertidumbre" presente en las situaciones jurídicas configuradas a partir del otorgamiento de una autorización ambiental en la cual se incorpora una cláusula de mejores tecnologías disponibles (MTD), como consecuencia del potencial requerimiento continuo de adaptación a los procesos productivos más limpios y de "última generación" es señalada por FORTES MARTÍN, Antonio. "En torno al empleo de las mejores técnicas disponibles como vestigio del moderno Derecho Administrativo Ambiental", en *RGDA*, No. 14, 2007, pp. 35 y ss.

¹⁰⁷² En esencia, la revocación por la Administración de sus actos administrativos favorables por razones de mérito y oportunidad encarna un acto materialmente expropiatorio. En últimas, representa un atentado contra posiciones jurídico-subjetivas que, de poseer contenido patrimonial y representar la atribución de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, podrán estar amparadas por la propiedad constitucional. De ahí que su toma por razones de interés general deba, en principio, ajustarse a las exigencias constitucionalmente previstas para este tipo de actuaciones. Que el artículo 58 párr. 4 CC prevea la legitimidad de efectuar tanto expropiaciones administrativas como judiciales refuerza este planteamiento, poco explorado por el predominio tanto de una concepción restrictiva o *ius civilista* del derecho de propiedad, como del instituto expropiatorio. Con todo, impone determinar qué supuestos de revocación administrativa constituyen efectivamente una expropiación, puesto que no todos los supuestos legamente contemplados por el artículo 73 párr. 2 CCAC pueden inscribirse materialmente dentro del instituto expropiatorio. En el caso de los actos favorables obtenidos por medios ilegales, ello es manifiesto. Por sus características este supuesto resulta encajable dentro del régimen constitucional de la extinción del dominio por ilegítima adquisición del derecho (artículo 34 párr. 2 CC). Adicionalmente, como apunta VELASCO CABALLERO, debe tenerse en cuenta que no todos los actos administrativos declarativos de derechos conllevan el mismo resultado respecto de la situación patrimonial del particular: mientras que algunos conceden un derecho subjetivo de contenido patrimonial, otros originan una situación de confianza legítima en su beneficiario. El caso de las concesiones en precario ilustra este último supuesto. *Vid.* VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias del... Ob. Cit.*, pp. 174 y ss. Por ende, la revocación sólo será reconducible a la expropiación allí donde aquella recaiga sobre una posición susceptible de ser calificada de propiedad constitucional. En los demás casos, por no haber propiedad no puede

segundo párrafo del artículo 73 CCAC dispone que “habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”¹⁰⁷³. Se establecen, pues, dos supuestos para la revocación no consentida de los actos administrativos favorables: (i) cuando estos sean producto del silencio administrativo positivo y se configure alguna de las causales previstas por el artículo 69 CCAC; y (ii) cuando sea evidente que fueron obtenidos por medios ilegales¹⁰⁷⁴. En este último evento, como se verá en detalle más adelante, la ilicitud congénita del acto impide predicar su protección por el artículo 58 CC¹⁰⁷⁵. Por ende, no cabe hablar aquí de posiciones amparadas por la propiedad constitucional ni de compensación por la privación de la posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial que en algún momento le fue conferida. En el primer supuesto, en cambio, por tratarse de una operación que recae sobre posiciones amparadas por la propiedad constitucional, la legitimidad de la revocatoria del acto dependerá de su observancia de las garantías previstas por el artículo 58 párr. 4 CC a favor de los particulares legítimamente despojados de su propiedad por exigencias del interés general, a saber: la concurrencia de una *causa expropriandi* legalmente declarada, un procedimiento acorde con las exigencias del debido proceso (judicial o administrativo) e indemnización¹⁰⁷⁶. En tanto que situación jurídica de contenido patrimonial consolidada, su revocación supondrá una disminución patrimonial análoga a la que experimenta el propietario desposeído de un fundo, un vehículo o una patente; por lo tanto, y habida cuenta de su condición de titular de un derecho de propiedad -desde el punto de vista constitucional- deberá gozar de las mismas garantías¹⁰⁷⁷.

haber expropiación; procederá acaso el reconocimiento de indemnizaciones que busquen compensar la defraudación de la confianza legítima. Un análisis general de la relación entre expropiación y revocación de actos administrativos en SALA ARQUER, José Manuel. *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, pp. 253 y ss.

¹⁰⁷³ **Artículo 69. Causales de revocación.**- Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1.- Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2.- Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3.- Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

¹⁰⁷⁴ SANTOS RODRÍGUEZ, J. E. *Construcción doctrinaria de la... Ob. Cit.*, pp. 181 y ss.

¹⁰⁷⁵ En efecto, tal como ha sido sostenido por la Corte Constitucional, “[l]a garantía que el artículo 58 de la Constitución confiere a la propiedad supone la licitud de la misma. En otros términos, no está amparada por la Constitución, como diáfananamente lo declara su artículo 34, la propiedad mal habida, la lograda mediante el delito, a través del enriquecimiento ilícito, con grave perjuicio para el Tesoro Público o transgrediendo las reglas mínimas de la moral social”. *Cfr.* la sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10.

¹⁰⁷⁶ Sobre estos requisitos, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6. En sentido análogo, véase la sentencia C-119 de 2006, FJ 4. También, en detalle, *cfr.* el apartado B del Capítulo Quinto de esta investigación.

¹⁰⁷⁷ Como sostiene DE MARCOS FERNÁNDEZ, “el fundamento de la extensión de la aplicación del concepto de propiedad constitucional a estos supuestos se vincula a que materialmente tienen la misma naturaleza”. *Vid.* DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Ob. Cit.*, p. 168.

- *Revisión del paralelismo y la compatibilidad del régimen de invalidación por la Administración de los actos administrativos favorables y la disciplina constitucional del instituto expropiatorio.*

386. Reconocer la expansión de la propiedad constitucional hasta el ámbito de las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial nacidas de actos administrativos favorables exige el esfuerzo de examinar aspectos concretos de su normatividad, como el régimen de revocación directa de esta clase de resoluciones, a la luz de la plantilla diseñada por la Constitución respecto de instituciones propias de aquella, tal como el instituto expropiatorio. Así, y aunque no de manera formalmente mimética –esto es, de conformidad con los rigorismos formales de los procedimientos judicial y administrativo definidos para los supuestos típicos de expropiación por el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPCC) o la legislación sectorial que reglamenta esta clase de trámites-, un análisis detenido de la regulación general en este campo permite apreciar algún grado de paralelismo y la esencial compatibilidad que existe entre la revocación directa por la Administración de los actos administrativos favorables y los requerimientos establecidos por la Constitución frente al instituto expropiatorio. Esto supone, en primer lugar, desprenderse de la concepción clásica de la expropiación; esto es, dejar de ver esta figura como un instrumento orientado a la adquisición de bienes (fundamentalmente inmuebles) para obtener su transferencia al Estado y hacer posible su destinación a empresas públicas concretas¹⁰⁷⁸. Implica asimismo operar desde un notable plano de abstracción conceptual: es preciso aislar del artículo 58 párr. 4 CC los elementos fundamentales de la configuración constitucional de la expropiación en tanto que instrumento de realización del interés general y garantía de los asociados. Dado el ámbito material al cual es extrapolada la lógica del instituto expropiatorio, resulta improcedente efectuar una interpretación estricta de las exigencias fijadas por la Constitución en relación con su procedencia. A efectos de hacer compatibles los principios de prevalencia del interés general, celeridad, eficacia y eficiencia administrativa (artículo 209 CC) con los criterios constitucionales que se desprenden del artículo 58.4 CC en materia de toma de posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial por razones de interés común, resulta forzoso adoptar referentes conceptuales y cánones interpretativos más amplios y flexibles. De lo que se trata, en suma, es de incorporar y hacer operativos en este ámbito los criterios constitucionales derivados del artículo 58 párr. 4 CC para este tipo de actuaciones.

¹⁰⁷⁸ Sobre la concepción clásica de la expropiación y la necesidad de reformular este concepto a la luz de su régimen constitucional, *vid. infra* el apartado A y sus distintos sub-apartados en el Capítulo Quinto de esta investigación.

387. Bajo este supuesto, y como primera medida, es preciso señalar que la referencia a circunstancias susceptibles de ser catalogadas como de interés general permite identificar algunas de las causales de revocación del artículo 69 CCAC con una genérica definición legal de la *causa expropriandi*. Ello se presenta en los supuestos relacionados con la revocación de actos administrativos por su disconformidad “con el interés público o social” (artículo 69.2 CCAC) y por ocasionar un “agravio injustificado a una persona” (artículo 69.3 *idem*)¹⁰⁷⁹. Si bien es cierto que su evidente textura abierta difícilmente se ajusta a las exigencias de determinación y certeza que tradicionalmente eran impuestas a este primer elemento del instituto expropiatorio¹⁰⁸⁰; también lo es que, por una parte, para el moderno Derecho Administrativo la ausencia de un propósito concreto como justificación específica de la expropiación no resulta determinante de su ilegitimidad. La evolución presente del instituto expropiatorio hace posible su fundamentación de modo general y abstracto con base en la realización de tareas relevantes para el bien común¹⁰⁸¹. La superación de la visión tradicional imperante en esta materia ha llevado a que en la actualidad se resalte el amplio poder de configuración de la causa legitimadora de una expropiación que asiste al legislador¹⁰⁸². Antes que como una predeterminación específica del fin o destino al que han de afectarse los bienes o derechos expropiados, este requerimiento apunta hoy en día a satisfacer las exigencias de cobertura legal de este tipo de intervenciones en la propiedad.

La forma como en concreto debe ser ejercida esta competencia constituye otro argumento que respalda este paralelo con el instituto expropiatorio y contrarresta la amplia discrecionalidad que se otorga a la Administración para su ejercicio con base en las causales definidas por el legislador. Ciertamente, el imperativo respeto de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, confianza legítima e igualdad, lo mismo que la obligada observancia del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC), limitan esta discrecionalidad y representan un contrapeso apropiado para ella. Su aplicación se traduce en el reforzamiento tanto de la carga de motivación de la decisión que pesa sobre la Administración, como del significado

¹⁰⁷⁹ La primera causal prevista por el artículo 69 CCAC contempla la revocación del acto por su “manifiesta oposición a la Constitución o a la ley”. Si bien presenta un contenido lo suficientemente amplio para poder enmarcar un supuesto de privación por razones de interés general, su fundamento en consideraciones de índole más jurídicas que de mérito o de oportunidad permite apartar este supuesto de la lógica del instituto expropiatorio. Según el caso, antes que una afectación de la propiedad constitucional, la revocación de un acto administrativo favorable por su manifiesta oposición a la Constitución o a la ley podría encajar mejor dentro del régimen de la extinción del dominio o de la afectación de posiciones amparadas por la confianza legítima. Sobre las consecuencias patrimoniales que podrían derivarse de la revocación de un acto ilegal a la luz del principio de la confianza legítima, véase MEDINA ALCÓZ, Luis. “Confianza legítima y responsabilidad patrimonial”, en *REDA*, No. 130, 2006, pp. 313 y ss.

¹⁰⁸⁰ Así, p. ej., el artículo 17 DDHC contemplaba el instituto expropiatorio pero exigía para su procedencia una “necesidad pública evidente, legalmente constatada”. En esta misma dirección, el artículo 32 de la CC de 1886 exigía “graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador” como presupuesto para que una expropiación tuviera lugar.

¹⁰⁸¹ MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Loc. Cit.*”, p. 305.

¹⁰⁸² *Vid. infra* el apartado B-1.1 del Capítulo Quinto de este trabajo.

de garantía y del protagonismo que corresponde al procedimiento como fase previa a la toma de una resolución administrativa de esta clase. Al dar inicio a un expediente revocatorio de esta índole, aquella deberá entonces expedir un acto en el cual, con arreglo a tales principios, concrete la causal genérica prevista en la ley y sustente su concurrencia en el caso concreto.

388. El segundo presupuesto definido por la Constitución en relación con el instituto expropiatorio, el procedimiento¹⁰⁸³, es atendido en concreto por el artículo 74 párr. 1 CCAC¹⁰⁸⁴. Este precepto impone, entre otras medidas, la apertura de un procedimiento administrativo acorde con las exigencias constitucionales del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) como condición para la revocatoria¹⁰⁸⁵. El trámite adelantado debe constituirse en una instancia de realización de la garantía del derecho. Por ende, debe proporcionar al particular afectado una verdadera oportunidad de defender su posición, de conocer las razones y elementos probatorios que fundamentan el atentado contra su derecho y de controvertirlos, desvirtuarlos o replantearlos.

389. El último requisito constitucionalmente fijado a la expropiación es el pago previo de la indemnización que compensa la privación infligida¹⁰⁸⁶. La recepción legal de esta exigencia es la menos clara de todas y, por lo mismo, la principal evidencia de la utilidad de este análisis. Naturalmente, que no exista una total correspondencia entre uno y otro régimen no significa que no sean compaginables o que resulten del todo ajenos. Así, aunque no contempla de manera expresa la compensación previa y directa del afectado (como lo prevé, para el caso de la expropiación administrativa, el artículo 58 párr. 4 CC), el párr. 2 del artículo 74 CCAC consagra el derecho que asiste al beneficiario del silencio administrativo productor de una situación jurídica favorable que hubiese obrado de buena fe para “pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca”. Se trata, desde luego, de una diferencia relevante entre los regímenes examinados. La no previsión de la posibilidad de pago directo por la Administración de una compensación que resarza al titular de un derecho revocado por ser producto de un acto administrativo que resultaba disconforme con el interés público o social (artículo

¹⁰⁸³ Vid. *infra* el apartado B-2 del Capítulo Quinto de esta investigación.

¹⁰⁸⁴ **Artículo 74. Procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto.-** Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes. // El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.

¹⁰⁸⁵ Sobre el procedimiento a seguir en este tipo de actuaciones, véase SANTOS RODRÍGUEZ, J. E. *Construcción doctrinaria de la... Ob. Cit.*, pp. 215 y ss.

¹⁰⁸⁶ *Cfr. infra* el apartado B-3 del Capítulo Quinto de este trabajo.

69.2 CCAC) riñe con las exigencias constitucionales en punto a la expropiación¹⁰⁸⁷.

Ahora bien, que la ley consagre de manera expresa el reconocimiento del derecho a la compensación que asiste al afectado de buena fe contribuye a paliar el *estado de práctica irrelevancia jurídica* a que el régimen legal definido rebaja a su derecho legítimamente adquirido cuando concurre una de las causales de revocación directa previstas por el artículo 69 CCAC. Quizás por esta razón, y con el ánimo de remediar esta situación de quiebre del principio de respeto por los derechos adquiridos y ausencia de indemnización directa por la privación de una propiedad constitucional, el artículo 71 de la ley 446 de 1998 haya dispuesto, en relación con la revocatoria directa de actos administrativos de carácter favorable, que “podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el

¹⁰⁸⁷ Ordenamientos como el español han enfrentado esta situación de una forma más acorde con la protección de la propiedad constitucional. No se trata solamente de que el artículo 102.4 LRJPAC, al reglamentar la revisión de actos nulos, autorice a la entidad que decide privar de efectos a su propia determinación para fijar, en la misma resolución, “las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados” si se dan las condiciones previstas en la ley. El sentido eminentemente jurídico que posee la figura de la revisión de actos nulos regida por dicha disposición hace visible que esta figura no resulta enteramente parangonable con la revocación de actos administrativos del Derecho colombiano. La previsión, como se ha comentado ya, de causales de revocación a partir de razones de conveniencia (artículo 69.2 CCAC) y mérito o equidad (artículo 69.3) relacionadas de manera directa o indirecta con el interés general, impide esta comparación. En el Derecho español, como comentan GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH *et al.*, frente a la falta de una regulación sistemática de esta figura por la LRJPAC, la cláusula accesoria de reserva de revocación constituye el presupuesto fundamental para esta clase de operaciones de eliminación unilateral de un acto administrativo favorable. *Cfr.* GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A. *et al. Acto y procedimiento... Op. Cit.*, pp. 289 y ss. La similitud de esta operación con las intervenciones expropiatorias no ha escapado a la doctrina española. Así, para GALLEGO ANABITARTE y DE MARCOS FERNÁNDEZ, “[l]a revocación supone la privación del derecho otorgado al particular, y por lo tanto una disminución de su patrimonio. En algunos casos, al igual que ocurre en el ámbito de la reserva de modificación, la Administración indemniza al particular que se ve perjudicado económicamente como consecuencia del ejercicio de las facultades de revocación. El Derecho positivo define los supuestos en que la revocación da lugar a indemnización”. *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, p. 362. La pauta legal en materia de indemnizaciones parece estar extraoficialmente marcada en este ámbito por el artículo 16 del Reglamento de servicio de las corporaciones locales de 1955, cuyos criterios son seguidos tanto por la jurisprudencia como por la legislación sectorial. De acuerdo con lo previsto por este enunciado se pueden revocar sin indemnización las licencias “cuando desaparecieron las circunstancias para su otorgamiento”; en tanto que sí estará sujeta a compensación aquella que tiene lugar por la “adopción de nuevos criterios de apreciación”. *Vid. Idem*, pp. 362-363. Un análisis de este precepto, en GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A. *et al. Acto y procedimiento... Op. Cit.*, pp. 290-291. En contraste con el Derecho español, el ordenamiento alemán prevé una cobertura indemnizatoria más amplia y conforme a las exigencias de protección de la propiedad constitucional. Así, el §49.6 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) establece la indemnización del afectado por la revocación de un acto administrativo favorable legítimo (*Widerruf*) tanto en supuestos de cambio de las circunstancias fácticas o jurídicas que dieron lugar a su expedición, como cuando ello tiene lugar con el objetivo de precaver o eliminar graves perjuicios para la colectividad. *Vid.* sobre el régimen de la revocación de esta clase de actos MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, pp. 307 y ss.

cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”. Entendida a la luz de lo dispuesto por el artículo 74 párr. 2 CCAC, esta disposición habilita a la Administración para lograr un acuerdo directo con el particular de buena fe que resultó afectado por la revocatoria del acto presunto (o en cualquier otro caso, de mediar su consentimiento expreso y escrito), le evita a éste tener que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener la justa compensación a que tiene derecho por la privación experimentada y aproxima la regulación legal de esta figura (aunque todavía de forma insatisfactoria) a las exigencias constitucionales que deben regir esta materia.

390. De cualquier forma, como se ha insinuado ya, el trato de supuesto subsumible bajo la idea de expropiación no puede dispensarse de forma genérica e indiscriminada a cualquier hipótesis de revocatoria de un acto administrativo favorable. Debe reservarse únicamente para aquellos eventos materialmente coincidentes con la idea que sirve de base al instituto expropiatorio, a saber: un abatimiento de la propiedad constitucional exigido por razones de interés general. Debe representar, entonces, un perjuicio o sacrificio especial, entendido como daño o aminoración patrimonial ocasionada a un individuo por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. Es lo que ocurre, a mi juicio, en relación con las causales previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 69 CCAC¹⁰⁸⁸.

391. Los supuestos no subsumibles bajo lo dispuesto por el artículo 73 párr. 2 CCAC, es decir, aquellos eventos respecto de los cuales no procede la revocatoria directa por la Administración, *gozan de la protección reforzada* que supone el procedimiento jurisdiccional de lesividad. En tales casos la Administración debe acudir al contencioso-administrativo y obtener por medio de un pronunciamiento judicial la invalidación del acto en cuestión¹⁰⁸⁹. De lo que se trata, afirma la Corte Constitucional, es de imprimir “algún equilibrio a las relaciones que surgen entre la administración y el particular, asegurándole a éste

¹⁰⁸⁸ Que no todas las causales de revocación previstas por el artículo 69 CCAC resulten subsumibles bajo el esquema expropiatorio implica que no toda revocación directa de un acto administrativo favorable debe dar lugar a un procedimiento que se ajuste a las exigencias del artículo 58 párr. 4 CC. En tanto que la primera causal alude a la revocatoria de los actos manifiestamente contrarios a la Constitución y la ley, considero que más que una privación exigida por razones de interés general ella encierra un supuesto distinto, acaso más relacionado con la extinción del dominio de derechos ilegítimamente adquiridos (artículo 34 párr. 2 CC) que con el instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC). Por ende, el pago de indemnización resultaría improcedente. Con todo, nada excluye la posibilidad de que un acto administrativo favorable acorde a la Constitución y la ley al momento de su expedición devenga contrario a ellas por obra de una reforma al ordenamiento jurídico. En este caso se podría configurar un supuesto expropiatorio. En todo caso, las causales 2 y 3, relacionadas con la disconformidad del acto revocado con el interés público o social (artículo 69.2 CCAC) y con la producción de un agravio injustificado a una persona (artículo 69.3 CCAC), resultan compatibles *ab initio* con la idea de expropiación en tanto que especificación de un perjuicio o sacrificio especial.

¹⁰⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-610 de 1998, FJ 2. En sentido análogo, véase los pronunciamientos T-557 de 1996, FJ 2; T-701 de 1996, SNFJ y T-328 de 1997, FJ Segundo.

que aquélla no modificará o desconocerá sus derechos, sin el agotamiento previo de ciertos requisitos”¹⁰⁹⁰. Con todo, la mayor protección que ello representa para las posiciones jurídico-subjetivas de los individuos, se traduce en una notoria y dudosa restricción de las posibilidades de intervención estatal en la propiedad constitucional. Las dudas sobre la legitimidad de este recorte de las potestades de injerencia pública en este derecho son consecuencia tanto de la ausencia de una ley que regule adecuadamente y de manera general la expropiación en Colombia¹⁰⁹¹, como de la falta de una cláusula legal que permita a la Administración ponderar entre la protección a la confianza legítima y la tutela a la legalidad y a la prevalencia del interés general en los diversos casos¹⁰⁹². La carencia de una regulación legal propia para la acción de lesividad contribuye asimismo a estas reservas. Este vacío remite al régimen general de impugnación de las resoluciones de la Administración. Dado el carácter estrictamente jurídico que caracteriza al control ejercido por el contencioso sobre los actos administrativos, las razones de conveniencia y equidad contempladas por el artículo 69.2 y 69.3 CCAC aplicables en sede administrativa de revocatoria directa resultan difícilmente extrapolables a esta órbita¹⁰⁹³.

392. La suma de estas omisiones del legislador produce un resultado claro, aunque constitucionalmente inquietante: el actual carácter *no expropiable* de las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial que nacen de actos administrativos favorables. En abierto desconocimiento tanto de los principios de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 párr. 1 frase 2 CC) y de igualdad

¹⁰⁹⁰ Sentencia T-315 de 1996, FJ B.

¹⁰⁹¹ En el ordenamiento colombiano la prevalencia de la noción clásica de expropiación ha hecho que su tratamiento legal se dé de manera fragmentada o sectorializada. Así, si bien la legislación procesal civil contiene las reglas que rigen de manera general el proceso judicial de expropiación (artículos 451-459 CPC), no existe una regulación que discipline en términos generales y sustanciales la actividad expropiatoria del Estado. En consecuencia, los distintos ámbitos donde se puede precisar el uso de esta prerrogativa deben contar con reglas particulares que regulen su ejercicio en el respectivo sector. Así, existen, entre otras, reglamentaciones especiales para la expropiación en materia urbanística (Leyes 9 de 1989, artículos 10-34, y 388 de 1998, artículos 58-72), de medio ambiente (artículos 69-71, 196 b), 231 y 335 Código de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente -Decreto 2811 de 1974, en adelante CRNC-), de servicios públicos (artículos 56 y 116 de la Ley 142 de 1994), de infraestructura de transporte (artículos 35, 65 y 66 de la ley 105 de 1993) o de grandes obras (artículos 16-18 de la ley 56 de 1981).

¹⁰⁹² Es lo que ocurre, p. ej., en el ordenamiento procesal administrativo alemán con el §48.2 VwVfG. Vid. MAURER, H. *Allgemeines... Passim*, pp. 294 y ss.

¹⁰⁹³ El tinte marcadamente jurídico de las causales previstas por el artículo 84 CCAC para demandar la nulidad de los actos administrativos determina el alcance del control ejercido por el juez de la Administración: infracción de las normas en que deberían fundarse, falta de competencia, expedición en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación y desviación de poder. Ante la ausencia de una regulación propia de las causales de procedencia de la acción de lesividad, sólo una interpretación amplia de la primera causal, fundada en la necesidad de hacer de éste procedimiento una oportunidad de aproximar materialmente el régimen de supresión o invalidación de los actos administrativos favorables de contenido económico a las exigencias –pero también a las oportunidades– envueltas en el régimen constitucional de la propiedad (artículo 58 CC), permitiría superar las restricciones para la defensa del interés general que surgen de una interpretación demasiado estricta de la normativa actual.

(artículo 13 CC), como de la lógica misma que informa tanto la garantía constitucional del derecho de propiedad, como el instituto expropiatorio, en la configuración presente del Derecho administrativo colombiano aquellas *ceden prevalentemente por razones de legalidad*. Así, además de blindar a este tipo de situaciones frente a intervenciones exclusivamente inspiradas en razones de interés general –aspecto medular de la expropiación–, se les reviste de un *plus* de protección que no se predica de otras situaciones jurídicas de contenido patrimonial (*v. gr.* derechos emanados de contratos o de la ley)¹⁰⁹⁴. Solo una interpretación amplia de la causal de impugnación de los actos administrativos relacionada con la infracción de las normas superiores, que avale la construcción de argumentos impugnatorios a partir de principios constitucionales abstractos relacionados con el interés general, podría evitar la exclusión práctica de este tipo de posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial del ámbito de la expropiación¹⁰⁹⁵. Ella haría parcialmente posible acudir a los tribunales también a partir de razones de mérito y oportunidad –ancladas, desde luego, en principios constitucionales–, aproximando así el proceso de lesividad ante el juez administrativo a un proceso de expropiación judicial. De lo contrario, el resultado no sería otro que el reconocimiento de una *propiedad prácticamente inviolable*; situación absolutamente anómala y cuestionable desde la óptica del régimen del artículo 58 CC.

¹⁰⁹⁴ Aunque en el ordenamiento jurídico español el artículo 103 LRJPAC autoriza a la Administración la *declaratoria de lesividad* para el interés general de los actos administrativos favorables que sean anulables según las reglas generales previstas por el artículo 63 de dicha ley, es la configuración amplia del instituto expropiatorio prevista por la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante LEF) la que permite evitar que este mismo resultado se produzca en el Derecho español. Esto, por cuanto si bien mediante el expediente de la declaratoria de lesividad se combinan las necesidades de tutela de la seguridad jurídica y la legalidad con las exigencias de relativización de esta protección que suscita la guarda del interés general, la inexcusable concurrencia de argumentos de legalidad como condición de su impugnación aparta notablemente a este instituto de la lógica de la expropiación. Presupuesto para la impugnación por la Administración de su propio acto es, como apunta SÁNCHEZ MORÓN, una declaración de lesividad fundada en dos tipos de razones: “las que sustentan la estimación de que el acto a impugnar es anulable [seguridad jurídica y legalidad] y las que justifiquen el interés público (económico, social, político, ético, etc.) que se quiere tutelar”. *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 558. En consecuencia, únicamente la remisión al régimen general de la expropiación –posibilitada gracias a la amplia configuración del objeto de la expropiación que establece el artículo 1 LEF– permite la *toma* legítima de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial surgida de un acto administrativo favorable apoyada en razones exclusivas de conveniencia y oportunidad.

¹⁰⁹⁵ De lo contrario, solo el consentimiento expreso y escrito del beneficiario del acto administrativo favorable en cuestión autorizaría a la Administración a disponer de la posición jurídica subjetiva configurada a su favor. Sobre el terreno, dado que toda revocación efectuada fuera de los supuestos puntualmente previstos por la ley será nula, ello se traduce en la práctica prohibición de la revocación de la mayoría de los actos administrativos favorables. Como ha sido ya expuesto, ellos serán impugnables ante los tribunales, aunque únicamente, en principio, por razones de legalidad, no de mérito ni de oportunidad. En consecuencia, a pesar de ser propiedad constitucional, fácticamente la Administración queda completamente desprovista de la posibilidad de privar a un particular de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial nacida de un acto administrativo favorable por razones de interés general. La procedencia que de manera general ha previsto la Constitución para el instituto expropiatorio respecto de todas las situaciones amparadas por el artículo 58 CC resulta así seriamente excepcionada.

a´) Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de algunos supuestos de la legislación especial en relación con los derechos nacidos de actos administrativos.

393. A pesar de sus discutibles resultados, la lógica prevista de manera genérica en estas disposiciones resulta aplicable en distintos sectores del Derecho Público colombiano relevantes desde el punto de vista de la economía y los intereses de la comunidad. En algunos casos, como el del Derecho urbanístico, ello es resultado de la expresa remisión que a esta normativa efectúa la legislación sectorial¹⁰⁹⁶; en otros, como el medio ambiente, es fruto de las reglas definidas por el legislador sobre la forma como se ha de proceder para revocar las decisiones administrativas favorables adoptadas en este campo¹⁰⁹⁷. Por ende, con base en el análisis anteriormente efectuado, puede concluirse que también en

¹⁰⁹⁶ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 99.6 de la ley 388 de 1998, “[a]l acto administrativo que otorga la respectiva licencia [de obras, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación] le son aplicables en su totalidad las disposiciones sobre revocatoria directa establecidas en el Código Contencioso Administrativo”.

¹⁰⁹⁷ Aunque el CRNC contempla un sinnúmero de actos administrativos favorables (permisos y concesión de uso de recursos naturales; permisos para la extracción de materiales de arrastre de los cauces o lechos de las corrientes o depósitos de agua, arena y cascajo; concesión para la ocupación de cauces con el fin de establecer servicios de turismo, recreación o deporte en corrientes, lagos y demás depósitos de agua de dominio público; o permisos para realizar aprovechamientos forestales o hidrobiológicos, entre otros), omite cualquier regulación sustancial en materia de revocación de estas decisiones. No obstante, este vacío ha sido colmado por la ley 99 de 1993, que en su artículo 62 habilita a la autoridad ambiental para revocar o suspender mediante resolución motivada, sustentada en el correspondiente concepto técnico, licencias ambientales, permisos, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente, cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición. La referencia al incumplimiento de condiciones pre-establecidas permite afirmar que, técnicamente, esta disposición configura supuestos de *caducidad* y no de revocación. Sobre esta diferencia, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Passim*, pp. 361 y ss. De cualquier modo, esta regulación remite la procedencia de la revocación a lo establecido en el acto de concesión, licencia, autorización o permiso. Esto, en armonía con lo dispuesto por el artículo 61 CRNC, que prevé la inclusión de causales de caducidad y revocación en el contenido de la resolución o el acuerdo de concesión. Sin embargo, no aporta criterios materiales que permitan determinar cuáles son las causales de revocación de la resolución a la que se hace referencia. Se habilita, entonces, a la Administración para precisar este extremo en los actos concretos que se expidan. Ello deberá hacerse, lógicamente, en el marco que de la institución traza la legislación general (artículo 69 CCAC). Con todo, la previsión legal de diversas cláusulas de reserva de modificación o de revocación de la concesión en materia de aguas, además de ofrecer interesantes posibilidades de actuación en este campo, en el cual se contempla expresamente su pacto, puede servir de criterio orientador tanto para la definición de cláusulas propias en los actos que se expidan, como para la interpretación de las cláusulas generales de revocación del artículo 69 CCAC en caso de que sea necesaria su aplicación en relación con licencias, autorizaciones o permisos. Esto último, en consideración a la no previsión de la potestad de incorporar cláusulas accesorias a esta clase de actos administrativos. Salvo que se entienda que el artículo 62 de la ley 99 de 1993 comporta una habilitación tácita para su incorporación, en ellos habría que operar, entonces, con base en las reglas generales del CCAC.

estos ámbitos el particular titular de una posición subjetiva jurídico-pública definitiva (no en precario) de contenido patrimonial emanada de un acto administrativo favorable se encuentra amparado por las garantías que asegura el artículo 58 CC a la propiedad constitucional. Las implicaciones económicas de muchas de estas resoluciones justifican que así sea. El nexo existente entre estos títulos administrativos y la actividad económica del empresario hacen que la protección del artículo 58 CC se extienda también a los componentes jurídico-públicos de las posiciones patrimoniales del individuo¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁸ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 76. En aparente contraposición a esta postura, VELASCO CABALLERO afirma que las resoluciones administrativas de tipo autorizatorio (licencias, permisos, autorizaciones), "no otorgan por sí mismas derechos... no otorgan sin más propiedad, sino *posibilidad de hacer propiedad*, mediante la aportación de trabajo y capital". *Vid.* VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas...* *Loc. Cit.*, p. 175. No obstante, como se verá más adelante, más que una divergencia conceptual esencial o de fondo, se trata de planteamientos semejantes en sus resultados finales, aunque contruidos a partir de premisas conceptuales y metodológicas diferentes. De hecho, las dos pueden ser catalogadas como expresión de la solución diferenciada (*differenzierenden Lösung*) por la que abogó con éxito DÜRIG frente a las posiciones encontradas exhibidas por la jurisprudencia alemana en este punto. De acuerdo con estas últimas, o bien se negaba por completo la cobertura por la propiedad constitucional de las posiciones jurídico-públicas (caso de la jurisprudencia del *Reichsgericht* en época de Weimar), o bien se le admitía sin ningún tipo de excepciones ni restricciones con respecto a *toda* posición jurídico-pública (caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal -BGH- en su fallo de 10 de junio de 1952). *Cfr.* DÜRIG, G. "Der Staat und die... *Ob. Cit.*, pp. 14 y ss. Así, mientras que en la postura de PAPIER se defiende una concepción amplia de la cobertura de la propiedad constitucional, de la que en un momento posterior son sustraídas algunas posiciones jurídico-públicas que no atienden los criterios constitucionales posteriormente definidos para determinar qué casos deben recibir la protección que se dispensa a este derecho; VELASCO CABALLERO distingue entre los efectos del acto administrativo sobre la situación patrimonial de su receptor (crea verdaderamente un derecho subjetivo o simplemente remueve barreras para el ejercicio de un derecho que ya le asistía con anterioridad pero se encontraba sujeto a dicha condición) para, con base en este dato, determinar la cobertura de la propiedad constitucional. Esto le lleva a diferenciar entre actos jurídico-públicos creadores de derechos subjetivos de contenido patrimonial y actos jurídico-públicos creadores de situaciones de confianza legítima. Los primeros gozarán de cobertura directa por la propiedad constitucional, al paso que en los segundos ello dependerá del aporte personal del beneficiario: éste tiene la aptitud de convertir la situación de confianza en propiedad, por ser la aportación personal el elemento determinante de la configuración de este derecho (DÜRIG). En últimas, como puede apreciarse, el resultado final es semejante: si bien la propiedad constitucional ampara posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial, no ampara *todas* las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial; su cobertura se limita a algunas de ellas. Sin embargo, el proceder metodológico empleado por VELASCO CABALLERO supone apartarse de la categoría tradicional de los actos administrativos favorables, para descender un escalón más en su interior y acuñar una nueva -los actos administrativos originadores de una situación de confianza, transmutable en propiedad mediante el aporte personal de su titular-, de perfiles no del todo identificados que, además de presentar una difícil caracterización, puede enturbiar aún más un asunto de suyo complicado. Por esta razón, aunque en este trabajo no se comparte la denominada "solución diferenciada" (*vid. infra* el apartado A-3.4 c) de este mismo Capítulo), el análisis efectuado se remite, básicamente, al esquema metodológico utilizado por PAPIER, que sigue, en términos generales, la pauta generalizada en este punto dentro del Derecho alemán. *Vid.* también en este sentido, BADURA, P. "Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 349.

394. En consecuencia, enfocado desde el prisma de la Constitución, el titular de las posiciones jurídicas originadas de estos actos administrativos será portador de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, vinculado al cumplimiento de una función social, del cual no podrá ser privado a menos que sea por razones de interés general legalmente declaradas, a través de un procedimiento acorde con las exigencias del debido proceso (artículo 29 CC) y reciba la indemnización correspondiente por el derecho que le es despojado.

395. Con todo, y como se ha visto ya, las notorias limitaciones que desde una óptica constitucional se observan en la legislación general en punto a la invalidación (judicial y administrativa) de este tipo de actos, puede significar que se está en presencia de situaciones jurídicas subjetivas concretas favorecidas con una protección superior a la que se dispensa a otras clases derechos amparados por la propiedad constitucional. La relevancia de los intereses generales puestos en juego en estos ámbitos bien aconseja el ejercicio generalizado de la atribución conferida a la Administración para incorporar en sus actos *cláusulas de reserva de revocación*¹⁰⁹⁹. La previsión de normas sectoriales específicamente dirigidas a reglamentar supuestos especiales de revocación administrativa de los actos administrativos favorables que surjan en sus respectivos ámbitos resulta también una cuestión que no puede ser desatendida; especialmente en ámbitos donde, como ocurre con el urbanismo, se opera bajo un régimen de remisión integral al régimen general del CCAC. Desde luego, una reforma legal que ajuste a las exigencias constitucionales en la materia el régimen general de invalidación o privación por razones de interés general (bien en sede administrativa, bien en sede judicial) de las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial nacidas de actos administrativos favorables es también una cuestión crucial. De lo contrario, no sólo se seguirá presentando la irregular situación de *despojo sin indemnización directa* que se origina en los supuestos revocación del acto

¹⁰⁹⁹ La reserva de revocación, como afirma VELASCO CABALLERO, “contiene la previsión o posibilidad de una futura revocación del acto administrativo en que se inserta”. Cfr. VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias del... Ob. Cit.*, p. 154. Aunque el CRNC contempla de manera expresa su previsión en algunos supuestos de concesión de aguas y fija criterios materiales para su aplicación (*v. gr.* artículo 153), no ocurre lo mismo para el caso de las numerosas posiciones jurídico-subjetivas surgidas de actos administrativos en este ámbito. El artículo 61 g) contempla únicamente la inclusión de esta cláusula en el contenido de resoluciones y concesiones y deja en cabeza de la Administración la definición de los supuestos en que ha de operar. Ello habilita su incorporación como *cláusulas propias* dentro del contenido de las resoluciones que en este sentido se adopten por la Administración. En el caso de la configuración de derechos de aprovechamiento privado sobre bienes públicos ello resulta determinante. Lo previsto en el literal h) del artículo 45 CRNC respecto a la responsabilidad que le incumbe a la Administración respecto de la explotación de los recursos naturales renovables “en forma eficiente, compatible con su conservación y acorde con los intereses colectivos”, junto con los criterios envueltos en las normas que regulan supuestos especiales de revocación de concesiones de agua bien puede servir de directrices al ejercicio de esta potestad conferida a la Administración. Sobre las cláusulas accesorias propias, véase GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho administrativo... Loc. Cit.*, pp. 369 y ss. Destaca la necesidad de una norma que habilite de modo expreso a la Administración para incorporar en un acto administrativo como cláusula accesoria una reserva de revocación SALA ARQUER, J. M. *La revocación de los... Op. Cit.*, p. 271.

administrativo favorable que ha surgido del silencio administrativo positivo y en relación con el cual se configura alguna de las causales del artículo 69 CCAC. Como se ha señalado, la *intangibilidad reforzada* que resulta de la aplicación del régimen general de invalidación de actos administrativos declarativos de derechos no sólo compromete seriamente la aplicabilidad de las reglas constitucionales previstas en materia del binomio propiedad/expropiación en este concreto ámbito, también afecta las posibilidades de defensa del interés general en esferas en las cuales ello resulta primordial (medio ambiente, bienes públicos, desarrollo urbanístico, etc.).

b) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de contratos públicos.

b') La conformidad general de los derechos contractuales con el esquema constitucional de la propiedad privada.

396. También los contratos públicos son fuente de posiciones jurídico-patrimoniales amparadas por el artículo 58 CC. Su contenido patrimonial y su legítima atribución subjetiva de un derecho exclusivo y excluyente afectado por una clara vinculación social permiten alcanzar esta conclusión. Esta realidad ha sido asumida por el ordenamiento infraconstitucional, cuya regulación de la materia permite apreciar una notable coincidencia con las disposiciones constitucionales en punto al derecho de propiedad. De forma análoga a lo que sucede con los actos administrativos, la disciplina legal de los contratos públicos refleja igualmente esta conexión. Aún cuando la consabida significación económica de este campo hace más visible este nexo, tampoco es habitual emprender su análisis desde la óptica del régimen constitucional de la propiedad. Quizás el peso de una bien decantada doctrina jurídico-administrativa pre-constitucional explique esta circunstancia, que en absoluto impide o resta validez a este propósito. Como se ha comentado ya, las exigencias metodológicas derivadas del carácter material y normativo de la Constitución imponen su realización.

397. Así, aunque en materia de contratación pública la estabilidad de los derechos del particular se ve protegida tanto por la regla de la irrevocabilidad del acto de adjudicación (artículo 9 párr. 3 de la ley 1150 de 2007), como por el tradicional principio *pacta sunt servanda*, propio del Derecho Privado, que supone una garantía primaria de los derechos nacidos del contrato celebrado, la legislación administrativa ha introducido variantes que permiten matizar esta situación y ajustarla a las necesidades de asegurar la prevalencia del interés general. Con la finalidad de asegurar la buena marcha del contrato y la satisfacción de los intereses generales envueltos en este tipo de actuaciones de la Administración, el ordenamiento jurídico-administrativo ha previsto figuras que hacen posible la introducción de cambios a las condiciones inicialmente pactadas. De este modo, si bien en principio pesa sobre las partes la obligación de dar cumplimiento al

contrato con arreglo a las condiciones, plazos y en la forma originalmente estipuladas¹¹⁰⁰, *la posición jurídico-subjetiva que surge en cabeza del particular contratista del Estado dista mucho de ser una situación jurídica intangible e inmutable*. Ello se refleja en las prerrogativas que la ley otorga a la Administración en relación con la ejecución de los contratos (artículo 14.1 párr. 1 de la ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación Estatal, en adelante ECEC). Además de confiarle la dirección general y la responsabilidad de ejercer la vigilancia y control sobre la ejecución del contrato, el legislador reviste a la Administración de potestades concretas que exceptúan los principios generales de la contratación común para situarla en un plano de privilegio o superioridad jurídica. Con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de las entidades estatales y de asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, se autoriza a estas últimas, en los casos que señale la ley, para “interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”¹¹⁰¹.

398. Dado que en todos estos supuestos se trata, en últimas, de intervenciones en posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial amparadas por la propiedad constitucional, esta habilitación no puede significar su desconocimiento ni vulneración. El doble plano –público e individual- en el que operan las finalidades legalmente establecidas para la contratación estatal (artículo 3 párr. 1 ECEC) representa una constatación de lo anterior: si bien es cierto que la actividad contractual de la Administración tiene, de una parte, objetivos públicos como el cumplimiento de los fines estatales y la garantía de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; también lo es que posee, de otra, una vertiente individual o privada relacionada con la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades estatales en la consecución de dichos fines. En consecuencia, la realización de los primeros no puede habilitar la pretermisión ni el atentado contra la última de estas finalidades. Resulta imperativa su prosecución simultánea. De ahí que el propio artículo 14.1 párr. 2 ECEC, a manera de contrapeso a los notables poderes

¹¹⁰⁰ Sobre el vínculo que ata a la Administración y a su colaborador contratista, *vid.* EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 199.

¹¹⁰¹ De acuerdo con lo previsto por el artículo 14.2 ECEC, “[p]ctarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente”. Los artículos 15, 16 y 17 ECEC, respectivamente, desarrollan las prerrogativas administrativas de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos estatales.

de intervención del Estado en la posición del particular contratista contemplados en su párrafo 1, ordene el reconocimiento de las compensaciones e indemnizaciones correspondientes cuando haya lugar a ello como resultado del ejercicio de tales prerrogativas¹¹⁰². El peso cada vez más creciente del contrato en tanto que instrumento adecuado de gestión de asuntos públicos y, por ende, del interés general; y la obligada tutela constitucional de los intereses patrimoniales de los particulares implicados en el desarrollo de la actividad contractual del Estado, justifican y explican este balance, adecuadamente articulado dentro de la actual configuración del régimen legal de los contratos estatales. Las coincidencias con el esquema constitucional de la propiedad son, pues, apreciables.

399. De acuerdo con la legalidad imperante en la materia, la vinculación de la propiedad constitucional a la función social encuentra expresión no sólo en los poderes de confección de los pliegos de condiciones y determinación de las cláusulas contractuales¹¹⁰³. Las prerrogativas de interpretación y modificación unilateral del contrato apuntan también en esta dirección. Por su parte, dos de las causales para su terminación unilateral evidencian su condición de propiedad expropiable¹¹⁰⁴. Con ello se introduce un esquema dinámico de garantía de la prevalencia del interés general, no limitado únicamente al momento de prefiguración del clausulado contractual en la definición del pliego de condiciones o en la estipulación concreta del mismo de acuerdo con las puntuales necesidades de la Administración en un determinado tiempo. Las prerrogativas de interpretación y modificación unilateral del contrato permiten modular por razones de interés general (“con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la

¹¹⁰² Según dispone esta norma: “[e]n los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

¹¹⁰³ Sobre el alcance de estas potestades, *vid.* MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. “Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 1, 2009. Texto consultado en:

<http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Hugo%20Alberto%20Mar%C3%ADn%20Hern%C3%A1ndez.pdf>

¹¹⁰⁴ **Artículo 17. De la terminación unilateral.**- La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. // 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. // 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. // 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. // Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. // La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”¹¹⁰⁵) la estabilidad de las condiciones pactadas para la ejecución del contrato, incidiendo así en la posición jurídico-patrimonial que surge de él. Si bien la función social de la propiedad constitucional habilita este tipo de intervenciones, su vertiente procesal exige el respeto de un mínimo de procedimiento para la adopción de estas resoluciones¹¹⁰⁶. Las compensaciones previstas por la ley no tienen otro fin que armonizar la vinculación social de la propiedad con el principio específico de esta materia del equilibrio económico de los contratos (artículos 4.8, 5.1, 14.1 párr. 2 y 27 ECEC)¹¹⁰⁷ y evitar la configuración de un supuesto de perjuicio especial.

Por otra parte, la procedencia de la terminación unilateral “[c]uando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga” (artículo 17.1 ECEC), lo mismo que cuando el contratista resulte implicado en situaciones jurídicas que evidencien sus dificultades económicas (“cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales”) y afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (artículo 17.4 *idem*)¹¹⁰⁸, habilitan la *legítima privación* de la posición jurídico-subjetiva radicada en cabeza del contratista por razones de interés general y ratifican, así, su carácter expropiable¹¹⁰⁹. Por ende, en tanto que supuestos materialmente expropiatorios,

¹¹⁰⁵ Artículo 14.1 párr. 1 frase 2 ECEC.

¹¹⁰⁶ Que el ejercicio de estas prerrogativas esté condicionado a que no haya sido posible llegar a un acuerdo con el contratista (artículos 15 y 16 ECEC) es una señal de ello. A su vez, en tanto que intervención particular de la Administración en un ámbito protegido por la propiedad constitucional, de no ser posible el arreglo directo entre las partes, la garantía del debido proceso administrativo (artículo 29 párr. 1 CC) y su carácter instrumental respecto de la vertiente procesal del derecho de propiedad, deben suponer un mínimo de procedimiento previo a la adopción de la correspondiente determinación.

¹¹⁰⁷ Esto confirma, además, que si bien la regla en materia de intervenciones en la propiedad por concepto de su función social será su carácter no indemnizable, ocasionalmente resultará procedente el pago de compensaciones. En este caso, la concurrencia de un principio básico del ordenamiento jurídico-administrativo como el equilibrio económico de los contratos –expresión concreta de los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y garantía de la propiedad– impone asumir las consecuencias patrimoniales de estas incursiones en el ámbito protegido por el derecho. Al igual que ocurre con el ejercicio de estas prerrogativas, razonablemente condicionadas por la ley a la falta de acuerdo directo con el contratista (artículos 15 y 16 ECEC), las distintas implicaciones de la vinculación social de la posición jurídico-subjetiva que surge del contrato deberán ser ponderadas y armonizadas con los demás principios sobre los cuales se sustenta el sistema normativo de la contratación pública.

¹¹⁰⁸ Este supuesto no puede ser confundido con el supuesto básico de declaratoria de caducidad del contrato regulado por el artículo 18 ECEC. Según este enunciado, la declaratoria de caducidad, de visible connotación sancionatoria, procede en caso de “hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”. El artículo 17.4 ECEC, en cambio, contempla una hipótesis donde el riesgo de afectación del contrato se desprende no del incumplimiento directo de las obligaciones pactadas, sino de la situación económica adversa por la que atraviesa el contratista. De ahí que constituya un instrumento de gestión que empleado preventivamente puede evitar una eventual situación de incumplimiento grave de las obligaciones sancionable con la declaratoria de caducidad del contrato.

¹¹⁰⁹ Que en los otros dos supuestos legalmente previstos para la terminación unilateral del contrato (muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por

la validez de estas dos situaciones de terminación unilateral se encuentra condicionada a la observancia de las exigencias constitucionalmente previstas para este tipo de actuaciones (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento e indemnización). Ahora bien, también aquí, dada la materia sobre la cual se aplican, resulta procedente operar con criterios flexibles. Lo fundamental es poner de relieve la conexión estructural existente entre la actividad contractual del Estado y el régimen de garantía de la propiedad constitucional –o lo que es lo mismo, la necesidad de introducir la lógica del artículo 58 CC dentro de los numerosos focos que desde la Constitución irradian la regulación de los contratos públicos-. Una contrastación global de la forma como se encuentran articuladas estas hipótesis de privación de posiciones jurídico-subjetivas amparadas por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC a la luz de tales exigencias resulta, entonces, obligada, a efectos de corroborar tanto la naturaleza esencialmente expropiable de toda propiedad constitucional, como la efectividad concreta de la garantía expropiatoria¹¹¹⁰.

b´´) La terminación unilateral del contrato: un análisis a la luz de la lógica del instituto expropiatorio.

400. La terminación unilateral del contrato representa, así, desde una perspectiva jurídico-constitucional enfocada desde el prisma del régimen de la propiedad privada, la trasposición al ámbito de la contratación estatal de la potestad expropiatoria. Esto quiere decir que habilita a la Administración para *despojar legítimamente* al particular contratista de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial de que es titular a cambio del pago de una compensación con el fin de atender una necesidad de interés general.

401. De este modo, lo expresado tanto por el artículo 17.1 ECEC, como por el artículo 17.4 *idem*, será, entonces, el equivalente de la declaración legal de

disolución de la persona jurídica del contratista -artículo 17.2-; e interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista -artículo 17.3-) no se configura un supuesto expropiatorio, sino de incapacidad del contratista que le imposibilita seguir adelante con la ejecución del contrato, se evidencia en la disposición del propio artículo 17 ECEC según la cual en “los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”. En consecuencia, ni el contrato ni los derechos patrimoniales que surgen de él se extinguen por razones de interés general. Puede producirse, sí, por razones relativas a la capacidad del contratista, una cesión de los derechos y obligaciones al garante del contrato.

¹¹¹⁰ Que sólo las causales expresadas en los numerales 1 y 4 del artículo 17 ECEC respondan a la lógica y finalidad del instituto expropiatorio y se encuentren, por ende, sometidas a las exigencias que la Constitución ha previsto respecto de la validez de esta figura, no quiere decir, naturalmente, que en los demás supuestos no resulte procedente atender garantías como el procedimiento y la indemnización. Significa, simplemente, que en tales casos ello no será la consecuencia obligada del mandato constitucional del artículo 58 párr. 4 CC, sino una decisión adoptada por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa en atención a otros principios que informan el régimen de la contratación pública (seguridad jurídica, confianza legítima, garantía de la propiedad, debido proceso, prevalencia del interés general, etc.).

utilidad pública e interés social de este tipo de posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el primero de estos enunciados, la Administración podrá disponer la terminación unilateral del contrato “[c]uando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”. Dado el inescindible nexo teleológico que liga al concepto de servicio público con el interés general¹¹¹¹, las razones de utilidad pública que motivan la determinación son explícitas en el primer supuesto (“exigencias del servicio público”). Ella puede dar lugar tanto a situaciones de rescate de una concesión, como a la suspensión definitiva de una obra pública que por circunstancias sobrevenidas deviene innecesaria o inconveniente. Aunque el segundo supuesto (“situación de orden público”) presenta una relación acaso mediata con el interés general, su conexión con la utilidad pública es evidente: en consideración a las delicadas condiciones de seguridad en que a veces deben ejecutarse las obras o prestarse los servicios contratados por el Estado en Colombia y a la obstaculización o parálisis a que ello puede abocar a una contratación, esta previsión busca evitar los perjuicios económicos que se pueden derivar de esta situación¹¹¹². Lo anterior, sin contar con la minimización de riesgos tanto para el personal empleado en la ejecución del contrato, como para el Estado mismo, expuesto a ver comprometida su responsabilidad patrimonial frente a los afectados y sus familiares en esta clase de circunstancias.

La valoración concreta de la concurrencia de uno u otro supuesto corresponde a la entidad contratante. De manera análoga a lo que ocurre con la revocación de actos administrativos, se trata de habilitaciones que, debido a su carácter genérico y alto grado de indeterminación, deberán ser apreciadas y concretadas por la Administración en cada uno de los casos en los que proyecte su uso. También aquí deben abandonarse las rigideces propias de la idea clásica de expropiación y ha de entenderse, por un lado, que ésta resulta ahora justificable de modo general y abstracto por la realización de tareas relevantes para el bien común¹¹¹³; y, por otro, que la forma como debe ser ejercida esta potestad contrarresta la situación de libre apreciación que puede derivarse de la textura abierta de la habilitación otorgada. Los principios de razonabilidad, proporcionalidad, confianza legítima e igualdad limitan esta discrecionalidad y representan un contrapeso apropiado para ella. Refuerzan la carga de motivación de la decisión que pesa sobre la Administración y acentúan la importancia del procedimiento como garantía previa a la toma de una resolución administrativa de esta clase (artículo 29 CC). En consecuencia, también en este caso procede la expedición de un acto en el cual, con observancia de estos principios, la Administración sustente la concurrencia de la causal invocada y dé inicio al procedimiento correspondiente, que culminará con una decisión definitiva.

¹¹¹¹ Este nexo se hace visible en el propio texto constitucional, cuya regulación de la materia proclama de entrada que “[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”. (Artículo 365 párr. 1 frase 1 CC). Véase, al respecto, MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

¹¹¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 14 de Diciembre de 2000, Exp. 1293.

¹¹¹³ MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Ob. Cit.*, p. 305.

402. El artículo 17.4 ECEC, por su parte, alude a la “cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”. Este enunciado describe circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato que comprometen la situación económica del contratista y pueden llegar a incidir sobre el cumplimiento de sus obligaciones. De lo que se trata, pues, es de evitar que dicha situación acabe por afectar el interés general que se busca satisfacer con el contrato celebrado. Aunque se configura un supuesto de hecho más cerrado que en el caso anterior (las situaciones de “cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales” se encuentran jurídicamente determinadas), corresponde a la Administración valorar la gravedad de la incidencia de la situación económica del contratista sobre el cumplimiento del contrato. En los términos ya explicados, también es esta una potestad discrecional que deberá ser ejercida con arreglo a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y debido proceso.

403. La apertura del procedimiento por medio del cual se formaliza la terminación unilateral de un contrato no sólo busca atender las exigencias formales del artículo 58 párr. 4 CC. La garantía constitucional del debido proceso en todas las actuaciones administrativas (artículo 29 párr. 1 CC) y la vertiente procedimental del derecho de propiedad se encuentran, también, en el fondo de este requerimiento¹¹¹⁴. De ellas manan directrices que inciden en la definición y conformación del procedimiento a seguir. De conformidad con lo previsto por el artículo 29 CC y las reglas definidas por el propio ECEC en relación con los procedimientos que se inicien con ocasión de las controversias surgidas de la celebración y ejecución de los contratos estatales, éstos deben bascular entre los fines públicos y privados que en paralelo presiden la entera configuración de la actividad contractual de la Administración. Así las cosas, el procedimiento emprendido deberá tener en cuenta, por una parte, que de conformidad con el artículo 25.3 ECEC, “las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados”. Por otra, deberá considerar asimismo que según lo dispuesto por el artículo 25.5 ECEC los procedimientos implementados por las entidades en el campo de su actividad contractual deben procurar garantizar la pronta solución de las diferencias y controversias que en él puedan surgir. En suma, el elemento procedimental de esta concreta actuación deberá constituir un vehículo adecuado para la realización de las razones de interés general que motivan la decisión de terminación unilateral del contrato; pero a la vez deberá proporcionar al particular afectado la oportunidad de conocer tales razones, exponer y defender su posición, y participar por esta vía en la conformación de una decisión final objetiva, ponderada, eficaz y acorde con la relevancia de los intereses (públicos y privados) en juego.

¹¹¹⁴ *Vid. supra*, los apartados A-2.2 y B-2.3 del Capítulo Segundo de este trabajo.

404. Por último, y como se ha mencionado ya, la previsión por el artículo 14.1 párr. 2 ECEC del pago de compensaciones e indemnizaciones a quienes resulten afectados por el ejercicio de las prerrogativas previstas en el párr. 1 de esta misma disposición, se aviene a las exigencias del artículo 58 párr. 4 CC en punto a las consecuencias patrimoniales de este tipo de intervenciones en la propiedad constitucional. Toda vez que la decisión adoptada se traduce en la privación de una posición jurídico-patrimonial amparada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, ella deberá traducirse en el pago de la correspondiente indemnización. La garantía expropiatoria exige que así sea.

405. De este modo, la esencial disponibilidad de los derechos surgidos de los contratos estatales para su modulación o toma por razones de interés general, al igual que el juego de garantías legalmente previstas para la realización de estas intervenciones, permite concluir que, a diferencia de lo que ocurre parcialmente en el caso de los derechos nacidos de actos administrativos favorables, la legislación en materia de contratación pública se adapta enteramente a las exigencias y posibilidades previstas por el régimen constitucional de la propiedad privada.

3.4. ¿Condiciones especiales para la configuración del derecho de propiedad sobre una posición jurídico-pública de contenido patrimonial?

406. Constatada la cobertura por el artículo 58 CC de posiciones subjetivas patrimoniales obtenidas frente al Estado, es preciso analizar si la naturaleza jurídico-pública de estos derechos supone la verificación adicional de condiciones especiales que deban ser atendidas para entender que se ha configurado un derecho digno de la protección que dispensa la propiedad constitucional. En el ámbito jurídico-privado, la regla es que la propiedad sea el resultado de la propia actividad (trabajo, libertad de empresa, prescripción adquisitiva, ocupación de *res nullius*, etc.)¹¹¹⁵ o de transferencias autorizadas por el Derecho a quien se reconoce la condición de propietario (donaciones, herencias, legados, etc.) -con lo cual siempre existirá un nexo causal con quien de forma primigenia adquirió el

¹¹¹⁵ Tal es el planteamiento tradicional en este ámbito, claramente influenciado por la obra de LOCKE. Para este autor “[a]unque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada 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. Cualquiera 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 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 sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás” (cursivas fuera de texto). Cfr. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre... Op. Cit.*, pp. 56-57.

derecho con su propio esfuerzo¹¹¹⁶-. Sólo de manera excepcional se configuran en este ámbito posiciones jurídico-subjetivas amparadas por la propiedad constitucional que no son producto de la actividad propia (llámese trabajo, autonomía de la voluntad, etc.), sino de un mandato legal establecido en orden a la protección de derechos fundamentales o de determinados bienes jurídicos de especial relevancia. Es el caso de las prestaciones obligatorias fijadas en el ámbito del Derecho de familia (*v. gr.* los gastos de crianza de los hijos por los padres – artículo 257 CCC-; las obligaciones de los hijos frente a los padres en estado ancianidad, demencia y necesidad – artículo 251 CCC-; las obligaciones de educar y alimentar a los nietos que asisten a los abuelos cuando sus hijos faltan o carecen de recursos suficientes – artículo 260 CCC-; el régimen de alimentos – artículos 411 y ss.-). Ellas no son el resultado de ningún comportamiento específico de su beneficiario, sino de una determinada condición subjetiva (hijo, cónyuge, etc.), vinculada a derechos, principios o instituciones constitucionales de primer orden (en este caso, p. ej., los derechos fundamentales de los niños, el derecho al mínimo vital y la institución de la familia). En contraste, por principio, la adquisición de derechos frente al Estado no está supeditada al despliegue de ninguna actividad material o esfuerzo concreto por parte de su receptor; menos aún en un Estado social de Derecho. Frente a él pareciera invertirse la regla que rige en el ámbito jurídico-privado: no es el trabajo lo que da lugar al reconocimiento de un derecho; basta, por lo general, la circunstancia de ser ciudadano, nacional de un país, persona, para obtener un determinado beneficio.

Con todo, *ello dependerá del régimen legal estatuido*. En no pocas ocasiones, como ocurre en el caso de las prestaciones de la seguridad social, los derechos atribuidos sí representan una contraprestación a la actividad realizada por la persona durante un tiempo determinado (*v. gr.* pago de aportes). En ámbitos como el de la contratación pública, los derechos surgen, de un lado, de la competencia entre oferentes interesados en ejecutar la prestación que se desea contratar, y de otro, del efectivo cumplimiento de la misma una vez celebrado el contrato. Hay también allí una actividad propia implicada en el reconocimiento y la efectividad del derecho. Algo semejante ocurre en el ámbito de la función pública con la atribución de las plazas y la efectividad de los derechos inherentes a un cargo. Con ser esto cierto, no lo es menos que en buena parte de los casos (autorizaciones, licencias, subvenciones, ayudas, etc.), su atribución no será la consecuencia de ninguna actividad particular (con excepción del trámite formal preceptivo) llevada a cabo por su beneficiario. ¿Supone esta circunstancia una diferencia cualitativa en la protección jurídica que recibe cada derecho?

¹¹¹⁶ En últimas, en aquellos casos en los cuales se admite su procedencia, como sostiene ARIÑO ORTIZ, “[e]l derecho a la herencia es la prolongación natural del derecho de propiedad”. *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de... Ob. Cit.*, p. 173.

a) La necesidad de establecer criterios diferenciadores para racionalizar la cobertura de la propiedad constitucional.

407. El notable incremento de las relaciones jurídicas con implicaciones patrimoniales entre los individuos y la Administración, fruto tanto de la preocupación del Estado social por el aseguramiento a la comunidad de unas condiciones mínimas de existencia, como de la proliferación de formas de intervención estatal en la economía, han llevado a que se exija la diferenciación entre las posiciones amparadas por este derecho y las que no lo están. No cualquier derecho subjetivo jurídico-público de contenido patrimonial que atribuye un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, se dice, puede ser pasible de propiedad constitucional¹¹¹⁷. Dada la amplitud y complejidad de la categoría “acto administrativo favorable” o de la más abierta pero específica –para los fines de esta investigación– “posición subjetiva jurídico-pública de contenido patrimonial”, la afirmación de su cobertura indiscriminada, sin matices ni diferenciaciones de ninguna especie, por parte del artículo 58 CC, podría resultar problemática e inconveniente. Consideraciones políticas, económicas y jurídicas, impedirían plegarse a una postura maximalista, que renuncie a la segregación interior de posiciones, y exigirían la formulación de criterios objetivos que permitan sustraer de la órbita de protección del artículo 58 CC a aquellas que técnicamente no deben pertenecer a ella. Lo contrario, se dice, podría suponer tanto una afectación de la dinámica del sistema democrático –al “congelar” con esta protección decisiones adoptadas en un determinado momento histórico y “bloquear” la legislación–, como una pesada carga para las finanzas públicas –que podría llegar a traducirse en un incremento de la tributación contrario, justamente, a los intereses de los propietarios que se busca amparar–; en suma, una restricción severa a principios basilares del sistema jurídico y político como la discrecionalidad en la atribución del gasto público o la prevalencia del interés general, con la consabida afectación que ello puede representar para la realización del Estado social y democrático de Derecho¹¹¹⁸. Así, frente a la imposibilidad de negar toda cobertura de la propiedad en este ámbito o de aceptar su cubrimiento sin excepciones del vasto universo de posiciones patrimoniales acuñadas por el Estado en nuestros días, como afirma DÜRIG, cobra valor el recurso a una solución diferenciada (*differenzierenden Lösung*)¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Esta situación, íntimamente ligada a la concepción de propiedad que se adopte, es la responsable de la proverbial (y, a mi juicio, anómala) disociación entre la noción de propiedad que manejan los juristas y la empleada por los economistas. Esta discordancia es denunciada por POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 50 y ss.

¹¹¹⁸ Algunas de estas objeciones en PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*”, pp. 84-85. *Vid.* también IPSEN, J. *Staatsrecht... Passim*, p. 183.

¹¹¹⁹ DÜRIG, G. “Der Staat und die... *Ob. Cit.*”, pp. 21 y ss. La “solución diferenciada” por la que aboga DÜRIG pretendía ubicar el punto medio entre los extremos contrarios donde se ubicaban las posiciones hasta entonces asumidas por la jurisprudencia alemana en relación con esta cuestión. De un lado, en tiempos de Weimar, con base en una cuestionable interpretación sistemática del artículo 153 WRV, el *Reichsgericht* y el pensamiento jurídico del momento se mostró satisfecho con el ensanchamiento de la cobertura otorgada por el derecho de propiedad

408. Esta aproximación a la relación entre propiedad y posiciones jurídico-subjetivas patrimoniales de Derecho Público tiene por objeto la identificación de criterios que permitan definir excepciones a la consolidación de derechos de propiedad en este ámbito. De esta forma, de acuerdo con los criterios fijados, se hace posible excluir del ámbito de cobertura de la norma constitucional aquellas posiciones atribuidas a un sujeto que a pesar de presentar contenido económico no cumplen con las exigencias que se desprenden de ellos. Con base en las elaboraciones de DÜRIG, este es, en términos generales, el esquema imperante en el Derecho alemán: se reconoce la cobertura por el artículo 14 GG de posiciones subjetivas patrimoniales de Derecho Público, *aunque no en todos los casos*. Así, para

constitucional a las distintas posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial. Pero tal ensanchamiento se restringía sólo a este campo, sin extenderse hasta las posiciones patrimoniales de Derecho Público. De acuerdo con la argumentación del *Reichsgericht*, toda vez que el artículo 153 WRV se encontraba en medio de dos disposiciones que aludían al tráfico jurídico-privado (el artículo 152, de una parte, relativo a la libertad contractual; y el artículo 154, de otra, referente al derecho de herencia), el derecho de propiedad debía circunscribirse únicamente a esta esfera. Para jurisprudencia y doctrina por igual era claro que las posiciones jurídico-públicas no estaban cobijadas por esta garantía. Para DÜRIG, se trata de un argumento débil, que se desvirtúa simplemente con el examen del título del Capítulo 5 de la Segunda Parte de la WRV, “La vida económica” (*Das Wirtschaftsleben*), o con el análisis de otras disposiciones circundantes, como el artículo 151, que alude a las finalidades del orden económico, o el artículo 155, sobre la distribución de la tierra. Un Capítulo, en suma, concluye este autor, que dado su contenido enderezado a fijar los trazos fundamentales del orden constitucional económico, no permite establecer de forma exenta de polémica que la idea de propiedad se restrinja únicamente a los derechos jurídico-privados de contenido patrimonial. Con todo, también en una primera fase de su jurisprudencia el BVerfG negaría la cobertura por la propiedad constitucional a este tipo de posiciones (*Vid.* BVerfGE 2, p. 380. En sentido análogo, BVerfGE 1, p. 264 y 4, p. 219). En el otro extremo se ubica la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo Federal (BGH) y su fallo del 10 de junio de 1952. Según esta decisión, la garantía de la propiedad del artículo 14 GG comprendía todo derecho de contenido patrimonial, “con independencia de si pertenece al Derecho Civil o al Derecho Privado” (BGHZ 6, p. 270 (278)). Para el BGH, cuando se habilita al Estado a expropiar cualquier posición jurídico-patrimonial de los ciudadanos, se extiende con igual amplitud la garantía de la propiedad y de su protección. En opinión de este autor, sin embargo, si bien esta argumentación se ajusta a la realidad de la Administración moderna, deja abierta la fundamentación desde el propio texto constitucional. En su concepto, si bien la conclusión resulta acertada, su fundamentación es deficiente, en tanto que el BGH desprende una conclusión normativa de una realidad fáctica. Por tanto, pese a resultar acertada, dicha conclusión carece del sustento argumentativo jurídico-constitucional que debe estar en la base de este tipo de decisiones. Además, dice, desconocer la variedad y complejidad de los derechos públicos subjetivos y cubrir con la misma protección del artículo 14 GG a todos aquellos que tuvieran como denominador común el presentar un valor patrimonial puede dar lugar a serios inconvenientes. A partir de estas premisas el autor lleva a cabo un sugestivo análisis de la Constitución que le permite ubicar en las cláusulas de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad e igualdad las claves para la articulación de su “solución diferenciada”. Su análisis le permite concluir que la protección constitucionalmente dispensada a la propiedad debe reservarse a aquellos derechos patrimoniales que son adquiridos como consecuencia del propio esfuerzo (*eigenverantwortliche Leistung*) y de un sacrificio o perjuicio especial (*besondere Opfer*). *Cfr.* DÜRIG, G. “Der Staat und die... *Passim*, pp. 14 y ss. A grandes trazos, esta ha sido la solución que se ha impuesto en el Derecho alemán, fuertemente inclinado, en este campo, a condicionar el reconocimiento de derechos de propiedad a que sean el resultado del trabajo, la actividad o el propio aporte de su beneficiario. *Cfr.* PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 86 y ss. Igualmente PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 228 o HESSE, K. *Grundzüge des... Loc. Cit.*, p. 193.

el BVerfG, un derecho público subjetivo de contenido patrimonial cae bajo la cobertura de la propiedad cuando se está frente a una posición jurídica “atribuida de forma exclusiva y para su beneficio privado a su titular, sobre la base de un aporte personal no insignificante del beneficiado y enderezado a asegurar su existencia”¹¹²⁰. La configuración del derecho queda así supeditada a tres criterios: de una parte, un criterio material, según el cual sólo puede haber propiedad (constitucional) allí donde existe una posición jurídica atribuidas a un sujeto, de forma exclusiva y para su beneficio particular. De otra, un criterio condicional o modal, conforme al cual en su reconocimiento debe haber implícito un aporte no irrisorio del propio beneficiario. Y por último, un criterio finalístico: la posición patrimonial así concedida debe contribuir al aseguramiento de la existencia de su portador.

409. Si bien la definición de estos criterios representa un avance, por cuanto permiten superar la antigua visión que excluye a las posiciones subjetivas patrimoniales de Derecho Público de la cobertura de la propiedad constitucional¹¹²¹, y parece haber suscitado consenso en punto a una cuestión controvertida¹¹²², ellos no dejan de ser discutibles, ni de generar el disenso explícito de algún sector de la doctrina¹¹²³. De igual modo autores como PAPIER van más allá, y afirman que el criterio del esfuerzo personal (*Eigenleistung*) no puede entenderse, a su vez, fuera de unos marcos determinados. Por esto, sostiene, no puede asumirse que toda posición jurídico-pública de contenido patrimonial que suponga el empleo del capital o de la propia fuerza de trabajo del individuo, o de cualquier otro recurso (material o inmaterial) que le pertenezca, da lugar a una posición jurídica amparada por la garantía del artículo 14 GG. Lo será, dice, si cumple con determinadas condiciones. En primer lugar, debe compensar una prestación dineraria, material o en servicios, entregada al Estado por el titular o por un tercero que cumpla con dicha prestación en su lugar. Además, dicha prestación debe representar un incremento para el patrimonio del Estado en una proporción no necesariamente equivalente al beneficio que el particular recibe; basta con que este incremento esté relacionado con dicha prestación. Lo esencial, afirma, es que no se trate de una prestación unilateral ni de una liberalidad del Estado¹¹²⁴. Con este razonamiento, el autor excluye del ámbito de garantía del artículo 14 GG prestaciones públicas o derechos concedidos por el Estado sólo en cumplimiento de las responsabilidades sociales que la Constitución le encomienda, tales como auxilios educativos, ayudas para la familia o para vivienda, prestaciones para los jóvenes y otras ayudas sociales de esta especie¹¹²⁵.

¹¹²⁰ BVerfGE 97, p. 271(284).

¹¹²¹ HESSE, K. *Grundzüge des... Passim*, p. 193.

¹¹²² PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*”, p. 89.

¹¹²³ Algunas referencias bibliográficas sobre las distintas posiciones asumidas por la doctrina alemana con relación a este punto, en PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte... Op. Cit.*, p. 228.

¹¹²⁴ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*”, p. 88.

¹¹²⁵ *Idem*. También era éste, en últimas, el objetivo perseguido por DÜRIG con su solución diferenciada. *Vid.* DÜRIG, G. “Der Staat und die... *Ob. Cit.*”, p. 30.

b) Los problemas derivados de los criterios diferenciadores.

410. Como puede apreciarse, a pesar de la solidez y razonabilidad del planteamiento y de gozar del soporte de la doctrina mayoritaria alemana, la identificación y aplicación de estos criterios no deja de resultar controvertida. Si bien los tres criterios identificados por el BVerfG concuerdan, en parte, con los parámetros (funcionales y teleológicos) aquí empleados como directriz para la reconstrucción del objeto global de la propiedad constitucional, su empleo para servir de filtro y definir qué posiciones jurídico-subjetivas concretas pueden o no ser consideradas propiedad (constitucional) genera numerosas incógnitas. No se trata ya de constatar qué porción del Derecho o qué situaciones deben ser, en general, abarcadas por el régimen constitucional de este derecho, sino de establecer la aptitud de posiciones jurídicas concretas para ser calificadas de propiedad constitucional¹¹²⁶. Valerse para este fin de criterios como el del esfuerzo personal del beneficiario o de la finalidad cualificada por el aseguramiento de la existencia del titular del derecho resulta polémico. Si bien se afianza en cánones constitucionales netos (el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la persona y la dignidad humana), como se ha visto, su definición no deja de ser incierta y debatible: ¿qué debe entenderse por un aporte o esfuerzo personal no irrisorio? ¿Quién define este significado: el legislador, el juez ordinario o el juez constitucional? ¿Basta con que se haga una aportación propia o es preciso, como sugiere PAPIER, algún tipo de correlación entre contribución y beneficio? ¿Cómo determinar qué contribuye a asegurar la existencia del titular del derecho? ¿No puede esta exigencia dar lugar a diferenciaciones contrarias al derecho a la igualdad en caso de tratarse de personas de diferente nivel de riqueza pero portadoras de situaciones jurídico-patrimoniales idénticas –caso, p. ej., de personas acaudaladas, cuya subsistencia no dependa de la titularidad de una determinada autorización-? ¿No resulta esta exigencia contraria al nexo que conecta la propiedad con la libertad y con la economía social de mercado, al dejar fuera de cobertura a posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial relevantes desde una perspectiva meramente económica –caso, p. ej., de las

¹¹²⁶ Aunque este proceder resulta ajeno a la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de propiedad –dado el sentido estricto o clásico que se da a este derecho–, el criterio del aporte personal no es del todo extraño dentro de la argumentación de la Corte Constitucional. De hecho, ha sido introducido en supuestos donde se debate el carácter consolidado de ciertas situaciones jurídicas de Derecho Público –lo cual, para efectos de esta investigación, está comprendido dentro del concepto amplio de propiedad que aquí se prohija–. Tal ha sido el criterio empleado para resolver supuestos donde se debatía la legitimidad de exenciones tributarias concedidas en leyes que a pesar de ser derogadas, conservaban su vigencia en aquellos casos donde la exención iba ligada a alguna actividad por parte de quien aspirara a beneficiarse de ella (compra de bonos públicos, p. ej., como es el supuesto analizado en la sentencia C-604 de 2000), o donde a pesar de haber condicionado el reconocimiento de la exención a alguna contraprestación (conversión de una empresa comunitaria en sociedad comercial, establecimiento de una generadora hidroeléctrica con una capacidad de producción mínima o inversión en proyectos forestales, como se evidencia en la sentencia C-1114 de 2003), el legislador procedió a su derogación sin consideración de las situaciones merecedoras de tutela a que había dado lugar, ni de los límites impuestos por los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe.

autorizaciones o concesiones a grandes empresas¹¹²⁷-? ¿No riñe esta lógica con la prohijada en los compromisos internacionales de protección a la inversión extranjera suscritos hoy en día de forma global? Y, en últimas, ¿cómo justificar estos criterios a partir de principios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad¹¹²⁸ si su resultado no es otro que excluir de la cobertura por la propiedad constitucional a algunas de las posiciones articuladas por el Estado en cumplimiento de las responsabilidades sociales que le han sido impuestas por la Constitución, justamente de cara a la efectiva materialización de estos principios –ayudas para la vivienda, la familia, la educación, etc.-? Como puede observarse, si bien la aplicación de los criterios condicional y finalista ofrece una respuesta racional a los problemas comentados, crea otros igualmente significativos.

411. Las dudas que desde la óptica de la seguridad jurídica, la igualdad y de su compatibilidad con los principios que, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, se supone promueven, sugieren la conveniencia de apartarse de la “solución diferenciada” así planteada; al menos en lo referente a los criterios condicional y finalista. En su lugar, se muestra preferible obrar con base en un criterio amplio, pero cierto y acorde con la procura efectiva de estos principios, que exija únicamente la primera condición; esto es, que reconozca el amparo por el artículo 58 CC a *toda posición subjetiva jurídico-pública de contenido patrimonial legítimamente adquirida que atribuya a su titular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente*. Esta noción será objeto de análisis más adelante.

c) La no necesidad de fijar condiciones especiales para la configuración de una propiedad constitucional.

412. Que se prescinda de otros criterios para acotar la órbita de cobertura del artículo 58 CC y abrir su cobertura a toda posición patrimonial de Derecho Público así configurada no significa que se ignoren los problemas y las objeciones que se busca atender con la tesis de la “solución diferenciada”. Difícilmente pueden desconocerse las poderosas razones políticas, económicas y jurídicas que, como se mencionaba con anterioridad, claman por soluciones compatibles con la realización sostenible del Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, la definición de estos criterios de exclusión no es el único camino para enfrentarlos. De hecho, *en un contexto donde la propiedad constitucional carece de las rigideces que fundan tales temores y se encuentra, por el contrario, en estado de*

¹¹²⁷ El supuesto de la legislación de televisión en Colombia es patente. En ella se restringe la condición de operadores de televisión a personas jurídicas; y en el caso de la prestación del servicio en canales zonales, éstas deben estar organizadas en forma de sociedades anónimas inscritas en bolsa de valores. En la sentencia C-093 de 1996 la Corte Constitucional analizó estas exigencias y las encontró ajustadas a la Carta, por considerar que realizan los principios de igualdad de acceso al espectro electromagnético (bien público, según el artículo 75 CC) y de democratización del acceso a la propiedad (artículo 60 párr. 1 CC).

¹¹²⁸ DÜRIG, G. “Der Staat und die... *Op. Cit.*, pp. 24 y ss.

permanente apertura a la intervención pública y configuración legal, además de no tener por atributos esenciales la perpetuidad ni la transferibilidad –ni tampoco, por ende, la condición de hereditaria-, muchos de estos problemas y objeciones pierden fuelle o simplemente desaparecen. En tanto que derecho acuñado por el Derecho, **son las normas jurídicas que articulan su contenido y su régimen las que determinan su vigencia en el tiempo, los poderes de disposición de su titular y, por ende, su condición de bien hereditario o no.** En consecuencia, del mismo modo que la celebración de un contrato con el Estado no da derecho a prórrogas, ni a que los contratos futuros que recaigan sobre el mismo objeto sean suscritos con el mismo contratista, o a que ante su desaparición por muerte la posición que ocupaba una persona en una relación contractual jurídico-pública deba ser siempre ocupada por sus herederos; ni la atribución de una autorización administrativa, un subsidio para vivienda, o una ayuda por el nacimiento de un hijo, dan lugar a que se configure una “propiedad perpetua” sobre estas prestaciones. La pérdida de efectividad del derecho (expiración del término de la autorización, agotamiento del subsidio o pago de la prestación, liquidación del contrato, etc.) determina el declive de su protección jurídico constitucional. Por ende, ni le asiste a la Administración la obligación de actuar como si el derecho existiera, ni a su portador el derecho a exigir una determinada conducta.

413. Así, más que originar una realidad contraria a la dinámica del sistema democrático y a la prevalencia del interés general, el reconocimiento de derechos de propiedad sobre este tipo de posiciones representa un llamado a la responsabilidad en el gasto público, a una adecuada definición y gestión de las políticas públicas y al respeto por la estabilidad de las situaciones jurídicas consolidadas: *un acicate al Estado de Derecho y un recurso legítimo del Estado social y del sistema democrático.* En últimas, de una parte, el principio de legalidad del gasto público impondrá que cualquier erogación deba estar siempre incluida y financiada en el presupuesto (artículo 345 CC). De otra, la función social de la propiedad reviste tanto al legislador como a la Administración de amplias facultades para la delimitación del contenido de estas formas de propiedad con arreglo a los intereses públicos que puedan concurrir en el ámbito en el cual son acuñados. Además, como se ha mencionado ya, el reconocimiento de esta clase de derechos en absoluto supone la alienación al Estado del poder de reforma del ordenamiento jurídico *pro futuro*. Finalmente, bajo el actual sistema constitucional de garantía patrimonial de los particulares, considerar que estas posiciones jurídicas se encuentran o no amparadas por el artículo 58 CC resulta prácticamente transparente o neutral desde el punto de vista de su cobertura indemnizatoria. El reconocimiento formal de un derecho a una persona (a una ayuda para el alquiler, una beca, una subvención, etc.) determina una situación de confianza en su permanencia que, al amparo de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, impulsa la toma de decisiones vitales y patrimoniales por parte de su beneficiario y activa las diversas formas de tutela patrimonial propias del Estado de Derecho. Se configura así una situación que, en principio, merece la protección del ordenamiento en aplicación de tales

principios¹¹²⁹. De este modo, *al margen de su calificación o no como propiedad constitucional, en caso de revocación o despojo por el Estado de tales situaciones favorables, éste podrá ver comprometida su responsabilidad patrimonial y deberá enfrentar el pago de las indemnizaciones correspondientes*¹¹³⁰.

414. Reconocer su cobertura por el artículo 58 CC supone entonces, prevalentemente, el reforzamiento formal de esta protección, en tanto que hace explícita la exigencia de expropiación (en términos constitucionales) en caso de toma de dicha posición por parte del poder público por razones de interés general. Causa legalmente declarada, procedimiento e indemnización serán, pues, las garantías inherentes a la privación de una posición calificada de propiedad constitucional. La necesidad de indemnizar en uno y otro supuesto (por concepto de responsabilidad extracontractual en el primer caso y de expropiación en el segundo) hace que, visto desde la perspectiva de la carga para las finanzas públicas, la consideración o no como propiedad de una determinada posición resulte prácticamente indiferente¹¹³¹. La plenitud de la garantía patrimonial de los particulares construida por la Constitución a partir de la garantía de la propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y los institutos de la expropiación (artículo 58 párr. 4 CC) y la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC) se encuentra en la base de esta conclusión.

415. Desde luego, esto no significa el desconocimiento o la negación de la importancia del trabajo o el propio esfuerzo como aspecto determinante del régimen constitucional de la propiedad respecto de posiciones patrimoniales de Derecho Público. Como se verá en detalle en otro momento, el aporte propio resulta capital para determinar el eventual tratamiento que recibirá el titular de una posición jurídico-pública de contenido patrimonial obtenida en el ámbito de la Administración económica frente a determinadas situaciones o vicisitudes que pueden presentarse. Habida cuenta de los beneficios para la comunidad que se desprenden de la debida actuación de las posiciones conferidas, su

¹¹²⁹ De tratarse de una situación capaz de originar derechos, la protección se derivará de la tutela que el ordenamiento prevea en cada caso, aunque siempre de manera concordante con el sistema de protección constitucionalmente delineado para la propiedad. De lo contrario, y de presentarse un supuesto merecedor de protección, el amparo patrimonial correrá por cuenta del principio de confianza legítima. Una completa sistematización de los elementos que deben concurrir para la consolidación de la confianza legítima, en DÍEZ SASTRE, S. *El precedente administrativo... Op. Cit.*, pp. 383 y ss. También VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Loc. Cit.*, pp. 174 y ss.

¹¹³⁰ VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias... Ob. Cit.*, pp. 175 y ss.

¹¹³¹ De hecho, puede resultar más gravoso el pago de la indemnización dentro de un proceso de responsabilidad, que en un trámite expropiatorio. Esto, debido a los diferentes criterios normativos que rigen la tasación del monto indemnizatorio en una y otra sede. Mientras que la valoración de los daños en el proceso de responsabilidad debe atender los principios de reparación integral de los daños y equidad (artículo 16 de la ley 446 de 1998), de acuerdo con lo previsto por el artículo 58 párr. 4 frase 2 CC, la indemnización expropiatoria se fijará "consultando los intereses de la comunidad y del afectado". Ésta dista mucho de ser forzosamente el equivalente matemático del valor del bien expropiado. Sobre el carácter ponderable del *quantum* indemnizatorio en la expropiación, *vid. infra* el apartado B-3.2 del Capítulo Quinto de esta investigación.

materialización resulta imperativa. La función social que les es inherente demanda que así sea. Para ello, el aporte personal del propietario resulta imprescindible. De lo contrario, el eventual incumplimiento de la función social de estas concretas formas de propiedad podría dar lugar a la aplicación de la extinción del dominio (privación sin indemnización) como respuesta del ordenamiento frente al ejercicio ilegítimo del derecho¹¹³². Del mismo modo, de presentarse un supuesto que amerite la aplicación del instituto expropiatorio, el monto de la indemnización estará directamente determinado por el uso que su titular haya hecho de esa propiedad. Más que como un valor de mercado en sí, estas posiciones deben ser valoradas en tanto que *posibilidad de generar riqueza a partir de la inversión y el trabajo de su propietario*. La tasación de la indemnización no debe, entonces, desligarse del uso concreto que el particular haya efectuado de la posición que le fue conferida. En estas condiciones, su no ejercicio debe traducirse en la pérdida de relevancia práctica de dicho otorgamiento a efectos indemnizatorios, al menos en términos de las ganancias esperadas o del interés positivo del portador de la posición jurídica afectada.

416. Así, si bien desde esta perspectiva la propia aportación no constituye “el elemento configurador del concepto de propiedad”¹¹³³, resulta determinante tanto para adquirir nuevas propiedades –fruto del trabajo y del ejercicio de la libertad de empresa–, como para determinar el régimen al que deberá someterse su eventual toma por el poder público (expropiación o extinción del dominio) y, finalmente, para imprimir valor a la posición de que se es titular; cuestión decisiva en caso de haber expropiación. En consecuencia, aun cuando no podrá afirmarse, por ejemplo, que el particular que no hace uso de una licencia de construcción o de apertura de establecimiento que le ha sido otorgada no disfrute de protección patrimonial –al ser portador de un derecho que cae bajo la cobertura del artículo 58 CC, éste no puede ser *prima facie* desconocido–, la ausencia de inversión y de trabajo incidirá de modo determinante sobre el eventual destino y la valoración del derecho que se atribuye al particular de llegar a hacer uso de la potestad expropiatoria. De esta forma, por ejemplo, la no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos por el Código de minas o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos dan lugar a que se castigue a su titular con la declaración de la caducidad de la concesión minera (artículo 112 c). Lo mismo ocurre con el incumplimiento de las obligaciones de un contrato público que “afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización” (artículo 18 ECEC). Según lo establecido por el artículo 18 párr. 3 ECEC, de terminarse el contrato por su declaratoria de caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista; quien además se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley. Así las cosas, si la cobertura por el artículo 58 CC de este tipo de posiciones patrimoniales no está condicionada por su

¹¹³² Sobre el instituto de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho, *vid. infra* el apartado C-2 del Capítulo Sexto de este trabajo.

¹¹³³ DÜRIG, G. “Der Staat und die... *Loc. Cit.*, p. 46.

adquisición a partir de una aportación personal, su conservación y los efectos patrimoniales de su eventual expropiación sí lo estarán.

417. En suma, *la consolidación de un derecho de propiedad constitucional sobre una determinada posición subjetiva-patrimonial de Derecho Público no debe estar condicionada a que se trate de bienes respecto de los cuales se cumplan determinadas exigencias modales ni teleológicas.* Desde un punto de vista material, basta con que represente la atribución a un sujeto de un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente para que se pueda entrar a considerar su carácter de bien jurídico susceptible de la consolidación de un derecho de propiedad constitucional. Ello dependerá, finalmente, de la cumplimentación de las exigencias jurídicas previstas por la Constitución a este efecto o de la forma como jurídicamente ha sido delimitado el objeto de este derecho.

B. Delimitación jurídica del objeto de la propiedad privada.

418. Una vez definido el campo objetivo sobre el cual puede recaer materialmente la propiedad constitucional, resulta procedente efectuar su delimitación jurídica. Es preciso, para este fin, determinar las condiciones que deben cumplirse para que una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial pueda calificarse como propiedad constitucional. Se ha dicho ya que *toda posición jurídica subjetiva susceptible de aprovechamiento privado y estimación económica atribuida a un sujeto de Derecho manera exclusiva y excluyente* es apta para la consolidación de esta clase de derechos. La amplitud y heterogeneidad de la cobertura del artículo 58 CC, que engloba derechos y situaciones subjetivas jurídico-públicas y jurídico-privadas de distinta clase por igual, sugieren la conveniencia de emplear la más omnicomprendensiva, sencilla y a la vez más expresiva noción de “posición jurídica subjetiva de contenido patrimonial” como objeto del derecho de propiedad. A su estudio se dedicará el siguiente apartado. Una vez examinado este punto se efectuarán algunas observaciones sobre un curioso y particular desarrollo de esta materia en el Derecho colombiano: el reconocimiento de derechos de propiedad sobre la legalidad por vía de la celebración de un contrato que tiene por objeto garantizar la aplicación de un determinado régimen jurídico.

1. Las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial legítimamente adquiridas.

419. Decir que el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC protege toda posición jurídico-subjetiva exclusiva y excluyente susceptible de aprovechamiento privado y contenido económico supone abarcar con su protección la entera realidad patrimonial del ordenamiento. Más que proteger categorías jurídicas específicas (derechos subjetivos, potestades, facultades, autorizaciones, concesiones, privilegios, intereses, prerrogativas, etc.), la referencia a la “posición jurídica subjetiva” permite centrarse directamente en los intereses patrimoniales de un sujeto de Derecho concreto que emanan de una relación jurídica y pueden

resultar afectados por un acto de intervención del Estado. Esta configuración ensanchada del objeto de la propiedad permite asegurar que el artículo 58 CC cumpla la función nuclear que le corresponde desempeñar al interior del sistema de garantías patrimoniales de los particulares constitucionalmente estatuido. Ello, por cuanto hace posible, en últimas, la protección de todas las posiciones jurídico-patrimoniales en manos de sujetos privados frente a incursiones (constitucionalmente) no justificadas de los poderes públicos¹¹³⁴. De forma paralela permite cubrir la entera realidad jurídico-patrimonial con las diversas técnicas de intervención previstas por la Constitución en relación con este derecho.

420. La protección que garantiza presupone, de un lado, una relación jurídica, esto es, una situación concreta de vinculación entre dos o más sujetos de Derecho fundamentada en una norma jurídica¹¹³⁵; de otro, un resultado igualmente basado en una norma: la configuración de *una posición jurídica de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente y contenido económico* en cabeza de uno (o más) de ellos, y el correlativo deber jurídico de respeto de dicha posición impuesto a quien(es) se encuentra(n) en el otro extremo de la relación. La relación jurídica debe ser concreta, es decir, no abstracta. El trato general que desde el plano objetivo de la legalidad mantiene el Estado con los ciudadanos no da lugar a este tipo de posiciones. De él proceden únicamente, para emplear (*sólo*) la terminología de DUGUIT, “situaciones jurídicas objetivas”¹¹³⁶, por oposición a las “situaciones jurídicas subjetivas”¹¹³⁷ que aquí interesan¹¹³⁸. Únicamente en estas

¹¹³⁴ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, p. 53.

¹¹³⁵ MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 176.

¹¹³⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, T. 1, 3^a Ed., París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cia., 1927, p. 308. La particular reticencia de este autor a admitir la figura de los derechos subjetivos le lleva a acuñar las nociones de “situación jurídica objetiva” y “situación jurídica subjetiva” para ilustrar las distintas formas como se puede relacionar un individuo con las *ventajas* que le son reconocidas por el Derecho objetivo. Se trata, así, de un sentido materialmente distinto al que se atribuye a esta expresión en este trabajo; de acuerdo con el cual una situación jurídica objetiva alude a una relación abstracta, que aunque enmarcada por una norma jurídica, carece de la concreción necesaria para entender que ha dado lugar a una posición de ventaja en cabeza de alguna de sus partes, acompañada del correlativo deber jurídico de respeto asignado a su contraparte. Para este autor, una situación jurídica objetiva es aquella que deriva directamente de la ley. Por lo tanto, dado el carácter general y permanente de su fuente, estas situaciones gozarán de estos mismos atributos. De esta forma, de una parte, se imponen y predicen de todos por igual; y de otra, no se extinguen por el cumplimiento repetido de los actos autorizados por ella, subsisten después de todas las aplicaciones que se lleven a cabo de ellas, hasta que la ley que las ha originado sea modificada o derogada. Es el caso, dice, del voto. *Cfr.* DUGUIT, L. *Traité de... Op. Cit.*, pp. 308-310.

¹¹³⁷ *Idem*, pp. 312 y 113. Según la concepción de este autor, las situaciones jurídicas subjetivas, en contraste con las objetivas, son especiales y temporales (o concretas). Son especiales en el sentido que no pueden ser invocadas más que por una o más personas individualmente determinadas y no pueden ser oponibles más que a una o más personas igualmente determinadas de forma individual. Son temporales (o concretas) en tanto que una vez cumplida la actuación a la que se encuentran ligadas, o una vez ha sido ejercida la vía de Derecho que garantiza su efectividad, desaparecen sin remedio y no existe otra vía susceptible de ser abierta. Es el caso, por ejemplo, de las situaciones nacidas de un contrato público o de un acto administrativo autorizador. *Vid. Idem.*

últimas podrán ser identificados los sujetos y precisado el objeto concreto de la relación.

421. La singularización de los sujetos y del objeto de la relación resulta fundamental para activar la protección constitucional prevista para las posiciones amparadas por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. De un lado, permite verificar si se está frente a un objeto pasible de la consolidación de un derecho de propiedad constitucional. De otro, hace posible determinar si la posición ha ingresado o no efectivamente al patrimonio del correspondiente sujeto activo. Finalmente, brinda la posibilidad de evaluar la legitimidad del título por el cual aquella ha sido adquirida. *Aptitud jurídica para ser objeto de un derecho de propiedad, consolidación o patrimonialización de la correspondiente posición y legitimidad del título de adquisición de la misma constituyen los requisitos a los que constitucionalmente se encuentra supeditada la consideración definitiva de una determinada posición jurídica-subjetiva de contenido patrimonial como propiedad constitucional.*

1.1. El sustrato jurídico del derecho de propiedad.

422. En cuanto a lo primero, esto es, lo referente al objeto del derecho, puede afirmarse que habrá una posición jurídica subjetiva susceptible de ser considerada propiedad constitucional cuando de la relación jurídica concreta que se establece surge como resultado un ámbito de aprovechamiento privado en cabeza de uno de los sujetos, a cuya observancia se encuentra jurídicamente vinculado el otro. De estar ausente este último elemento podrá hablarse acaso de una expectativa legítima, mas no de un derecho de propiedad constitucional. El referido ámbito de aprovechamiento privado debe envolver un interés particular en la obtención de una utilidad personal legítima, estar configurado como una posición jurídicamente atribuida a un titular específico con carácter exclusivo y excluyente, y deberá además representar un valor susceptible de estimación pecuniaria en el tráfico jurídico-económico¹¹³⁹.

¹¹³⁸ Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, retomada por la Corte Constitucional (sentencia C-478 de 1998, FJ 11), puede decirse que la “situación jurídica concreta o subjetiva” a la que aquí se alude se opone, como se verá enseguida, a la idea de mera expectativa o, afirma la Corte recogiendo los planteamientos de JOSSEERAND, de una “situación jurídica abstracta u objetiva”. De acuerdo con la caracterización efectuada por este tribunal de cada una de estas situaciones, y en contraste con la visión que de estas mismas nociones defiende DUGUIT, “se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 1974, citada por la Corte Constitucional en su sentencia C-478 de 1998, FJ 11. Ver también, de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia de la sentencia del 17 de marzo de 1977.

¹¹³⁹ IPSEN, J. *Staatsrecht... Passim*, p. 180. También REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, pp. 255 y 256.

423. De una parte, su carácter exclusivo y excluyente, aunque significativamente matizado por la función social y el principio de Estado social, busca hacer operativa la decisión constitucional de garantizar la propiedad como derecho subjetivo al que es inherente un núcleo reservado a la utilidad privada¹¹⁴⁰. A pesar de su indiscutible vínculo con el bien común, la propiedad atribuida a un sujeto particular debe también –y esto es primordial e irreductible- servir de base a la iniciativa privada y ofrecer un espacio para el provecho personal del individuo¹¹⁴¹. De otra, la utilidad privada para el titular de la posición debe ser legítima, es decir, derivarse de un *objeto lícito*. En consecuencia, el soporte del derecho debe configurarse de una forma tal que no infrinja las reglas, los principios, ni los valores del ordenamiento jurídico¹¹⁴². Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la exigencia constitucional prevista por el artículo 58 párr. 1 frase 1 en el sentido que la garantía de la propiedad está condicionada a que ésta sea adquirida “con arreglo a las leyes civiles” debe entenderse, en primer término, como requisito “que consagra la licitud del objeto mismo”¹¹⁴³. Finalmente, la exigencia respecto de su contenido patrimonial, forzosamente susceptible de valoración económica, tiene que ver fundamentalmente con dos factores: primero, con la indiscutible dimensión económica que la Constitución confiere a este derecho. Además de significar la atribución subjetiva de un poder en un plano concreto de actuación (el jurídico-patrimonial), al derecho de propiedad es inherente un valor económico que ingresa y engrosa el patrimonio de su titular¹¹⁴⁴. De ahí parte de su condición de acicate para el esfuerzo personal, la innovación, el bienestar y el progreso que se le asigna al interior del sistema

¹¹⁴⁰ Si bien las notables potestades de injerencia que la Constitución reconoce al legislador respecto del contenido de la propiedad conllevan una significativa modulación de los poderes del propietario en lo que concierne al goce y disposición sobre el bien, no cabe duda que la propiedad constitucional conserva sus rasgos de derecho exclusivo y excluyente. De lo contrario, aunque enmarcada por la función social, su condición de derecho concebido con el fin de asegurar a los individuos la existencia de una esfera consagrada a la legítima prosecución de su utilidad personal, resultaría completamente desvirtuada. Esta exclusividad se convierte en excluyente en aras de resguardar al propietario de las eventuales perturbaciones o privaciones que pueda padecer, provengan del Estado o de cualquier otro sujeto de Derecho. Por esto, al poder que otorga a su titular la configuración de una posición de esta clase va ligado el correlativo deber de abstención inicialmente dirigido al Estado, extensible también bajo ciertas circunstancias a otros sujetos jurídicos-privados. La vigencia de figuras como el contenido esencial del derecho y la garantía expropiatoria son la más clara constatación de que aún bajo el nuevo entorno jurídico - presidido por la función social del derecho y su apertura a los intereses de la comunidad-, la propiedad conserva aún su carácter de derecho exclusivo y excluyente. Sobre las transformaciones experimentadas por estos particulares rasgos del derecho de propiedad en el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho, véase COLINA GAREA, R. *La función social de la... Passim*, pp. 119 y ss.

¹¹⁴¹ BADURA, P. “Eigentum... *Ob. Cit.*”, p. 342.

¹¹⁴² De acuerdo con lo establecido por el artículo 1519 del CCC “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”.

¹¹⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹¹⁴⁴ BELL y PARCHOMOVSKY identifican tres dimensiones en la propiedad: *dominion, ownership y asset*. Esta última impondría como obligada la posibilidad de valorar económicamente el objeto de la propiedad. Cfr. BELL, Abraham y Gideon PARCHOMOVSKY. “Reconfiguring Property in Three Dimensions”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 3, 2008, p. 1015.

económico constitucionalmente establecido¹¹⁴⁵. En segundo lugar, ello se encuentra relacionado con el carácter esencialmente expropiable de toda propiedad constitucional. Aunque no se reduce únicamente a ella, dada la configuración del derecho que resulta de su regulación constitucional, un aspecto medular de la garantía del derecho es la denominada “garantía de valor de la propiedad” (*Eigentumswertgarantie*)¹¹⁴⁶. Ésta protege no ya la cosa en sí, el dominio que se ejerce sobre ella, ni sus posibilidades de aprovechamiento particular, sino su valor de cambio (*Tauschwert*)¹¹⁴⁷.

1.2. La efectiva patrimonialización del derecho.

424. En lo que concierne al segundo aspecto, esto es, la determinación de si la posición ha ingresado o no efectivamente al patrimonio del correspondiente sujeto activo, cabe observar que también aquí, al igual que ocurre con la noción de derecho adquirido, habitualmente empleada para abordar la temática de la retroactividad de la ley, la posición jurídica-subjetiva consolidada opera bajo la lógica contraria a la que rige la figura de las meras expectativas. De acuerdo con la Corte Constitucional, éstas “no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto”¹¹⁴⁸, “aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho”¹¹⁴⁹. Su oposición a las posiciones jurídicas-subjetivas calificadas de propiedad estriba en el hecho de no gozar de la protección que ofrece el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC¹¹⁵⁰. Esta desprotección consiste en que, a diferencia de lo que ocurre con aquellas -y, típicamente, con los derechos adquiridos-, “la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua”¹¹⁵¹. El

¹¹⁴⁵ Esta es justamente una de las razones por las cuales la protección jurídica de la propiedad opera, como es señalado por el análisis económico del Derecho, como un incentivo capital para el uso eficiente de los recursos y la maximización de la riqueza. En últimas, de no asegurarse a los individuos que el mayor valor que su esfuerzo personal imprime a un bien se encuentra garantizado, lo mismo que el carácter exclusivo y excluyente del ámbito de aprovechamiento privado que le es conferido, los incentivos para incurrir en los costos y las dificultades que supone la producción de cualquier bien o servicio se reducirán notablemente. Para POSNER, de no existir estas garantías, los incentivos serían sencillamente inexistentes. *Vid.* POSNER, R. *El análisis económico del... Passim*, p. 38.

¹¹⁴⁶ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*”, p. 28.

¹¹⁴⁷ *Idem.* En últimas, como ha sostenido la Corte Constitucional, “la indemnización que se reconoce al propietario expropiado, *compensa o subroga el derecho del cual ha sido privado; su derecho de propiedad se transforma en un derecho de crédito frente a la entidad pública expropiante, por el valor de la indemnización*” (subrayado fuera de texto). *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

¹¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1.

¹¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-926 de 2000, FJ 4. En sentido análogo, véase la sentencia C-168 de 1995, FJ e).

¹¹⁵⁰ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-529 de 1994, SNFJ, C-168 de 1995, FJ e), C-478 de 1998, FJ 10, C-926 de 2000, FJ 4 y C-314 de 2004, FJ 7.

¹¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1.

aspecto decisivo, con independencia de si se trata de posiciones jurídico-públicas o jurídico-privadas, será el mismo: *la consolidación o patrimonialización de la situación*; sólo entonces se entiende que un derecho o una posición jurídico-subjetiva ha sido *adquirida* y comienza a gozar de la protección que la Constitución depara a la propiedad. Entonces deviene “intangible” y no podrá ser desconocida ni vulnerada por la intervención del legislador¹¹⁵², a menos que emplee las técnicas constitucionalmente dispuestas para el *legítimo abatimiento* de esta clase de posiciones (*rectius* expropiación y extinción del dominio).

425. Ahora bien, “los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, *el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho*, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente”¹¹⁵³ (cursivas fuera de texto). Por lo tanto, concluye la jurisprudencia constitucional, “*mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de «derecho adquirido»*”; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una «expectativa», y como se ha reiterado, la Constitución no las protege”¹¹⁵⁴ (cursivas fuera de texto). Cuándo se ha consolidado o patrimonializado un derecho es, pues, una cuestión remitida al legislador¹¹⁵⁵. A él ha confiado la Constitución la determinación de las condiciones que deben ser satisfechas para que un derecho se entienda incorporado al patrimonio de un particular. Aunque se trata de una habilitación constitucional amplia, en cumplimiento de esta encomienda el legislador se encuentra sometido a las directrices que manan tanto de los principios de proporcionalidad, igualdad y confianza legítima, como del trabajo y la libertad de empresa. Teniendo en cuenta el estrecho nexo que une a la propiedad privada con estos dos últimos principios *resultaría constitucionalmente dudoso que la ley desconociera el amparo que ésta proporciona a posiciones jurídico-subjetivas fruto del esfuerzo laboral o empresarial de una persona*¹¹⁵⁶. De cualquier modo, y al margen del debate sobre los límites constitucionales de esta potestad legislativa, quien no haya recorrido enteramente la definición legal correspondiente no podrá invocar la protección constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC respecto de los intereses económicos que le asisten respecto de

¹¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995, FJ e).

¹¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-314 de 2004, FJ 7.

¹¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995, FJ g).

¹¹⁵⁵ La legislación urbanística española ofrece un ejemplo que ilustra claramente esta situación. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7.2 del Real Decreto 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, “[l]a previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

¹¹⁵⁶ En últimas, como ha sido afirmado por la Corte Constitucional retomando el clásico planteamiento de Locke, “Colombia, como Estado social fundado en el trabajo y en la solidaridad, supedita la tutela estatal de la propiedad a que ella sea fruto del trabajo honrado, única legitimación que la sustenta”. *Vid.* la sentencia C-006 de 1993, FJ 13.

situaciones jurídicas concretas afectadas por una intervención estatal. En este caso tales intereses no revestirán más que la condición de expectativas negociales no consolidadas (meros intereses, oportunidades perdidas, posibles ganancias, expectativas legítimas, etc.) no amparados por la propiedad constitucional¹¹⁵⁷. Con todo, y dependiendo de las particularidades del supuesto de que se trate, la tutela jurídico patrimonial de estas situaciones correrá por cuenta del principio de confianza legítima¹¹⁵⁸.

1.3. Las exigencias modales para la configuración de un derecho de propiedad constitucionalmente protegido.

426. Por último, el amparo efectivo de una posición jurídico-patrimonial por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC no depende únicamente de la efectiva consolidación de la situación respectiva. Es preciso, además, que se trate de una *posición legítimamente adquirida*. Esta exigencia, prevista por el propio artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, toma como base el texto del artículo 31 párr. 1 de la Constitución anterior (1886). Aun cuando el constituyente de 1991 suprimió la referencia explícita que contenía este enunciado al “justo título” como elemento condicionante de la validez del derecho a amparar¹¹⁵⁹, y en su lugar estableció como requisito la simple adquisición del derecho “con arreglo a las leyes civiles”, la jurisprudencia constitucional no ha prescindido de aquél. Por el contrario, ha reivindicado su trascendencia al interior del régimen de protección del derecho establecido por la Constitución. En su concepto, “[l]a primera exigencia constitucional es que la propiedad se haya adquirido «con arreglo a las leyes civiles», requisito que consagra *la licitud del objeto mismo y, por supuesto, de su causa*, de manera que aquélla sólo merece protección del Estado cuando su adquisición ha estado precedida de justo título y obviamente no tiene por fuente el delito ni, en general, un origen al margen de la ley”¹¹⁶⁰ (cursivas fuera de texto). No obstante, y como se ha comentado ya¹¹⁶¹, el juez constitucional ha excluido una

¹¹⁵⁷ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 53.

¹¹⁵⁸ La normativa urbanística español proporciona también aquí un ejemplo representativo de esta situación: a pesar de la particular configuración del régimen de adquisición del derecho a la edificabilidad (artículo 7.2 del Real Decreto 2/2008; *vid. supra*), el legislador ha previsto la indemnización de los particulares a quienes una decisión del poder público impida el ejercicio de la facultad de ejecutar una actuación urbanística o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad antes del inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio, o después si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración (artículo 25.1 *idem*). En consecuencia, no se indemniza la afectación del derecho –no adquirido como consecuencia de la intervención estatal realizada–, sino la defraudación de la confianza legítima depositada en el respeto de los plazos y de las reglas establecidas. Sobre los efectos de la protección de la confianza legítima, véase GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 429 y ss.

¹¹⁵⁹ De acuerdo con lo previsto por el artículo 31 párr. 1 CC de 1886: “[l]os derechos adquiridos *con justo título* con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (cursivas fuera de texto).

¹¹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹¹⁶¹ *Vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado A-3 de este Capítulo.

interpretación restrictiva de la referencia a las “leyes civiles”¹¹⁶². En su concepto, esta expresión “no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución”¹¹⁶³. De ahí que la naturaleza jurídico-pública o jurídica-privada de un determinado derecho patrimonial resulte irrelevante a efectos de determinar su cobertura por el artículo 58 CC. Lo fundamental será, entonces, la legitimidad en términos de su objeto y de su causa.

427. Bajo la premisa que “[s]ólo lo lícito genera derechos y por fuera de la ley no puede haber amparo del Estado”¹¹⁶⁴, la Corte Constitucional ha afirmado que “no está amparada por la Constitución, como diáfananamente lo declara su artículo 34, la propiedad mal habida, la lograda mediante el delito, a través del enriquecimiento ilícito, con grave perjuicio para el Tesoro Público o transgrediendo las reglas mínimas de la moral social”¹¹⁶⁵. Con este fundamento ha convalidado el desarrollo legislativo del artículo 34 párr. 2 CC, la denominada acción de extinción del dominio, que habilita al Estado para, con respeto al debido proceso y mediante sentencia judicial, tomar sin compensación las propiedades adquiridas de forma ilegítima¹¹⁶⁶. Esta misma idea le ha permitido denegar la protección invocada por el presunto propietario de un vehículo inmovilizado por las autoridades que encontraron serias dudas sobre la legalidad de su titularidad¹¹⁶⁷; lo mismo que por unos padres que con el pretendido fin de defraudar a sus acreedores traspasaron parte de su patrimonio a su hija de 4 años, a pesar de lo cual, por haber sido incluidos dentro de las medidas cautelares practicadas a instancias de éstos, resultaron privados de ellos¹¹⁶⁸.

¹¹⁶² En ocasiones, la fórmula recogida en este enunciado, tomada del artículo 30 de la Constitución anterior, ha sido interpretada en un sentido literal en extremo restrictivo, que entiende la referencia a las “leyes civiles” como aquellas que regulan “los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles” (*Vid.* Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de febrero de 1976). También en sentido restrictivo, que distingue entre leyes civiles y leyes administrativas, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 26 de agosto de 1983.

¹¹⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10.

¹¹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹¹⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10.

¹¹⁶⁶ Sobre la figura de la extinción del dominio, *vid. infra* el Capítulo Sexto de este trabajo, en donde se analiza en detalle esta institución.

¹¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-506 de 1992, FJ B. De acuerdo con lo expuesto por el juez constitucional en esta oportunidad, “[n]o puede alegarse la violación de un derecho, en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar”.

¹¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 1996, SNFJ. Según lo expuesto en esta ocasión por el juez constitucional, “[n]o es claro el origen de los bienes objeto de controversia, el cual deberá determinar el juez ordinario que conozca de las acciones, que interpongan los actores, con el objeto de recobrar las reses que reclaman como de propiedad de su menor hija. Se desvirtúa así uno de los presupuestos esenciales para que el derecho a la propiedad que se discute se erija como derecho fundamental, susceptible de protección a través de la acción de tutela, pues no existen suficientes elementos de juicio para concluir, inequívocamente, que tal derecho haya sido adquirido por la menor «con arreglo a las leyes civiles»”.

428. En suma, no basta con patrimonializar o consolidar una posición jurídica-subjetiva de contenido patrimonial para obtener la protección constitucional que garantiza el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC; ello presupone, además, la licitud del objeto mismo y que su consecución no haya sido fruto de la transgresión del ordenamiento jurídico, ni la afectación de derechos de terceros, ni de la mala fe de su titular¹¹⁶⁹.

2. Los contratos de estabilidad jurídica: ¿derechos de propiedad sobre un determinado régimen jurídico?

429. Como se ha analizado ya, el objeto de la propiedad constitucional lo constituye *toda posición jurídica subjetiva susceptible de aprovechamiento privado y contenido económico atribuida a un sujeto de Derecho manera exclusiva y excluyente*. La protección frente a las intervenciones injustificadas y desproporcionadas de los poderes públicos que la Constitución consagra para este derecho se extiende así sobre la entera realidad patrimonial disciplinada por el ordenamiento jurídico. Ella presupone, de un lado, una situación jurídica *concreta* de vinculación entre dos o más sujetos de Derecho fundamentada en una norma jurídica; de otro, que fruto de dicha relación surja una posición jurídica de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente y contenido económico en cabeza de uno (o más) de ellos. Líneas atrás se afirmaba que el trato general que desde el plano objetivo de la legalidad mantiene el Estado con los ciudadanos no da lugar a este tipo de posiciones. Las características notas de generalidad y abstracción de la ley hacen que de él se desprendan únicamente “situaciones jurídicas abstractas u objetivas”, por oposición a las “situaciones jurídicas concretas o subjetivas”, que resultan relevantes desde el prisma de la consolidación de derechos amparados por el artículo 58 CC¹¹⁷⁰. No obstante, gracias a la celebración de una específica modalidad de contrato público recientemente creado por el legislador se ha abierto paso una peculiar subjetivización de las situaciones tradicionalmente objetivas que surgen de la relación general y abstracta del individuo con la legalidad. Al insertar a un determinado régimen legal como objeto de una relación contractual jurídico-pública, la legalidad objetiva es virtualmente *contractualizada* y, por lo mismo, *subjetivizada*.

430. En efecto, fruto de la celebración de este contrato –como de cualquier otro– nace una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial exclusiva y excluyente de la que se desprenden *derechos de protección* análogos a los que se predicen respecto de los titulares de cualquier derecho subjetivo contractual que cae bajo la cobertura de la propiedad constitucional. No puede olvidarse que, como se ha visto de manera precedente, el amparo que ofrece el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC abarca también a las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de los contratos celebrados por el Estado. El objeto del

¹¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4.10.

¹¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, FJ 11.

derecho no es otro que un determinado régimen jurídico vigente al momento de la celebración del acuerdo, que la Administración se compromete a aplicar al cocontratista por el término de duración del mismo.

431. Ciertamente, con el fin de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional¹¹⁷¹, la ley 963 de 2005 ha previsto la figura de los **contratos de estabilidad jurídica**. Su objetivo: *asegurar a los inversionistas la neutralización del riesgo de reforma del sistema normativo y generar con ello un ambiente de confianza favorable para la inversión*. A cambio de adquirir el compromiso de efectuar una inversión mínima en los sectores estratégicos legalmente establecidos¹¹⁷² y pagar una prima anual a favor del Estado¹¹⁷³, de manera especial (*rectius* no general) éste se obliga a continuar aplicando aquellas normas (y sus interpretaciones) consideradas por los inversionistas como determinantes para la realización de sus inversiones¹¹⁷⁴, por un lapso de entre tres y veinte años, según sea convenido¹¹⁷⁵. Así, conforme a la caracterización del objeto de estos acuerdos efectuada por el artículo 1 párr. 2 de esta ley, “[m]ediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”. Como se establece en el párr. 3 del artículo 1 de la ley 963 de 2005, esta cobertura opera tanto respecto de situaciones de cambio formal (modificación normativa) como informal (modificación interpretativa) de las normas nacionales cuya estabilidad garantiza el contrato¹¹⁷⁶.

¹¹⁷¹ Artículo 1 párr. 1 de la ley 963 de 2005.

¹¹⁷² **Artículo 2.- Inversionistas nacionales y extranjeros.** Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv), para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4° literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

¹¹⁷³ **Artículo 5.- Prima en los contratos de estabilidad jurídica.** El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año. // Si por la naturaleza de la inversión, esta contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

¹¹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹¹⁷⁵ **Artículo 6.- Duración de los contratos de estabilidad jurídica.** Los contratos de estabilidad jurídica empezarán a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres (3) años, ni superior a veinte (20) años.

¹¹⁷⁶ La cobertura de esta garantía no se extiende de manera incondicionada sobre la totalidad del sistema normativo. El artículo 11 de la ley 963 de 2005 establece algunas condiciones y excluye de manera explícita algunos sectores jurídicos de la garantía de estabilidad prevista en la ley. Su

432. Muchos son los interrogantes que suscita la particular configuración del objeto de esta modalidad contractual que supone la subjetivización de una relación habitualmente objetiva. Los principales, sin duda, hacen relación al tipo de protección que merece la situación jurídica originada y a la incidencia de esta tutela sobre el funcionamiento de principios vertebradores del orden constitucional como la igualdad, el sistema democrático y el Estado de Derecho. Lo primero, a causa del extravagante régimen de privilegio a que da lugar su celebración, emparentado con fueros ajenos a la Constitución y propios de otra época. Lo segundo, por las dudas que surgen con respecto a si la suscripción de estos acuerdos compromete la potestad de innovación normativa de los poderes públicos y comporta en alguna medida la “congelación” del ordenamiento jurídico. Lo tercero, y frente a la perspectiva de una hipotética reforma de leyes incorporadas en el objeto de alguno de estos pactos, fruto de la eventual sustracción de la Administración, *en casos especiales*, del deber de aplicar la legalidad vigente frente a la generalidad con miras a asegurar la tutela del derecho surgido de estos contratos. En últimas, ¿resultaría legítimo sustraer a aquella de su deber de aplicar la ley en vigor para hacer efectivo lo acordado en un contrato?

433. La aproximación que ha tenido a esta materia la jurisprudencia constitucional le ha permitido pronunciarse respecto del tipo de situación jurídica que nace de estos contratos y su compatibilidad con los principios de igualdad y de Estado democrático. No obstante, el enfoque meramente indemnizatorio dado a los interrogantes que suscitan las legítimas reformas al ordenamiento jurídico –incluso de aquellas normas incorporadas al objeto de uno de estos contratos– le ha impedido visualizar esta figura y su problemática en toda su extensión. A pesar de predicar el nacimiento de derechos contractuales¹¹⁷⁷ susceptibles de protección (*ergo* propiedad constitucional), el juez constitucional no ha procurado desentrañar las implicaciones que en términos de tutela constitucional y, fundamentalmente, de garantía de la efectividad del derecho o de cobertura primaria (*rectius* no indemnizatoria –cobertura secundaria–), se desprenden de la configuración de estas singulares posiciones jurídico-subjetivas. Fruto del enfoque y de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional se produce no sólo la neutralización del efecto tuitivo

texto es el siguiente: **Artículo 11.- Limitaciones a los contratos de estabilidad.** Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. // No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos. // La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica. Para un análisis de estas limitaciones por la Corte Constitucional, véase la sentencia C-320 de 2006, FFJJ 6.1 y 6.2.

¹¹⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

primario –protección *in natura*– de la garantía constitucional del derecho de propiedad respecto de derechos que caen dentro de su ámbito de protección, sino también la práctica inutilización de los contratos de estabilidad jurídica: tanto la primera como los segundos quedan reducidos a *un mero título indemnizatorio*.

434. Esta circunstancia amerita una aproximación al régimen de esta figura desde la perspectiva de la garantía constitucional de la propiedad privada. Puesto que los derechos subjetivos engendrados por los denominados contratos de estabilidad jurídica caen bajo su órbita de cobertura, el análisis jurídico-constitucional de esta modalidad contractual no puede darse al margen de aquella. La disciplina básica de la propiedad privada y su garantía en la Constitución no sólo aporta las claves fundamentales para la identificación y reconstrucción del régimen de protección de estos derechos, sino también las fórmulas fundamentales para armonizar su vigencia con la prevalencia del interés general y la dinámica propia del sistema democrático. Por esta razón, a continuación se examinará la lectura que de estos contratos ha realizado la Corte Constitucional, para después, con base en el régimen constitucional de la propiedad privada, efectuar una crítica a dicha aproximación jurisprudencial y plantear las que a mi juicio constituyen las verdaderas implicaciones del surgimiento de esta clase de derechos.

2.1. Los contratos de estabilidad jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

a) La naturaleza de la situación originada por los contratos de estabilidad jurídica.

435. La Corte Constitucional ha sido tajante en afirmar que más que una situación jurídica amparada por la confianza legítima, la suscripción de este tipo de acuerdos origina un verdadero “derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión”¹¹⁷⁸. Por esto, sostiene, una vez perfeccionado, no se garantizan “meras expectativas, sino el derecho de los inversionistas (...) el cual consiste en que los derechos que surjan de las inversiones se rijan por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de estabilidad jurídica y no por las leyes posteriores que eventualmente las modifiquen”¹¹⁷⁹. La situación activa de titularidad de un derecho que se configura en cabeza del inversionista y que tiene como fuente al contrato celebrado goza, pues, del amparo del artículo 58 CC. Es, en estos términos, *propiedad constitucional*.

436. Este resultado permite diferenciar claramente la situación que surge de la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica respecto de la que se origina de la utilización de otros instrumentos previstos por el legislador colombiano con los mismos fines perseguidos por la ley 963 de 2005. Es el caso, por ejemplo, de

¹¹⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹¹⁷⁹ *Idem*.

las denominadas “Zonas Especiales Económicas de Exportación” (en adelante ZEEE). Con la finalidad de atraer capital privado y generar nuevas inversiones que fortalezcan y dinamicen el proceso de exportación nacional la ley 677 de 2001 estableció un repertorio de condiciones legales especiales llamadas a ser aplicadas *únicamente en determinados ámbitos territoriales* que ella misma especifica: las ZEEE. El inversionista que desee verse favorecido por dicho tratamiento legal excepcional (previsto especialmente en materia laboral, tributaria y arancelaria) debe ser admitido en la correspondiente ZEEE. Ello supone la firma de un contrato de admisión. Este contrato, a diferencia de lo que sucede bajo las reglas de la ley 963 de 2005, no recae concretamente sobre un bloque de normas específicamente determinado –como ocurre en los contratos de estabilidad jurídica-. Por ende, si bien origina un derecho *no comporta el otorgamiento de un derecho de propiedad constitucional sobre un régimen legal específico*. En este caso, el régimen legal especial constituye un privilegio reconocido a las ZEEE, no un objeto subjetivamente atribuido a quienes se encuentran en ellas. Por esto, quien quiera beneficiarse de dicho régimen debe desarrollar su actividad dentro del ámbito geográfico de los municipios declarados ZEEE (artículo 7.2 de la ley 677 de 2001). Ingresar formalmente a una de estas áreas origina una *situación jurídica objetiva o abstracta* en relación con el estatuto especial vigente en estas zonas, en virtud del cual quien ha sido admitido allí puede favorecerse *por esa condición* de las normas que rigen en dicho ámbito territorial (y no porque le asista un derecho subjetivo sobre la aplicación de tales normas).

437. Lógicamente, que el particular admitido en una de estas zonas no posea un derecho subjetivo a la aplicación de un régimen jurídico concreto no significa que se encuentre desprovisto de toda protección jurídico-constitucional. La tutela jurídica de su situación patrimonial estará a cargo del principio de confianza legítima, claramente comprometido desde el momento mismo de la suscripción del correspondiente contrato de admisión en la ZEEE respectiva¹¹⁸⁰. Por esta causa, y aun cuando comporta un incentivo igualmente eficaz a la inversión privada, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de estabilidad jurídica, la ley 677 de 2001 *no supone la contractualización de la legalidad; mucho menos su subjetivización*. Como se verá más adelante en detalle, aun cuando inadvertidas por la jurisprudencia constitucional, las diferencias entre una y otra situación jurídica en relación con la operatividad de los principios democrático y de Estado de Derecho son notorias: el legislador no puede verse igualmente constreñido en el ejercicio de su potestad de innovación del ordenamiento jurídico por un derecho que por una situación amparada por la confianza legítima.

¹¹⁸⁰ Con ello se verificaría el primer elemento que debe concurrir para activar la protección de la confianza legítima: la existencia de una actuación previa generadora de confianza. Al respecto, *vid. DÍEZ SASTRE, S. El precedente administrativo... Loc. Cit., pp. 383 y ss.*

b) La (todavía dudosa) compatibilidad de los contratos de estabilidad jurídica y el principio de igualdad.

438. No hay que hilar muy fino para caer en cuenta que el poco ortodoxo régimen de privilegios que establece la ley 963 de 2005 a favor de un puñado de agentes económicos, puestos a salvo de los riesgos inherentes a la reforma legal y, por lo tanto, en una situación objetiva de ventaja competitiva en consideración a la magnitud de sus negocios y a los hipotéticos efectos beneficiosos de su actividad para el conjunto de la economía levanta serias objeciones desde el prisma de la igualdad. Este cargo fue examinado y desestimado por la Corte Constitucional en su sentencia C-242 de 2006. De acuerdo con su argumentación, si bien el principio de igualdad proscribía la generación de excepciones o privilegios entre personas que se encuentran en una misma situación, no comporta un mandato forzoso de trato igualitario. Por el contrario, toda vez que prescribe “igual trato para los iguales y desigual para los desiguales”, autoriza la formulación de diferenciaciones, siempre que éstas se funden en consideraciones objetivas y razonables y persigan una finalidad constitucionalmente legítima¹¹⁸¹. Así, al someter al test de igualdad¹¹⁸² al régimen previsto para la suscripción de este tipo de acuerdos (inversión mínima, en sectores determinados y pago de una prima anual), el juez constitucional –en una decisión en la cual tres de los nueve magistrados se apartaron de la decisión mayoritaria– no encontró razón alguna para considerar que se desconocían las exigencias previstas por la Constitución en este punto¹¹⁸³.

439. Ahora bien, no obstante el tránsito a cosa juzgada constitucional de este pronunciamiento, la generalidad de los razonamientos empleados por la Corte y la ostensible laxitud con que fue aplicado el referido test¹¹⁸⁴ dejan no pocas dudas

¹¹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006, FJ 4.4.

¹¹⁸² De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la determinación del carácter contrario o no al principio de igualdad de un trato normativo diferenciado entre situaciones fácticas y/o jurídicas idénticas requiere de la aplicación de criterios hermenéuticos específicos contenidos en el denominado test de igualdad. Con base en él, “el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones: **i)** supuestos de hecho diversos, **ii)** finalidad en la diferencia de trato, **iii)** legitimidad o validez constitucional en la finalidad propuesta, **iv)** que los supuestos de hecho diversos, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos y **v)** que el trato desigual sea proporcionado (evidencie una relación de adecuación) con los supuestos de hecho diversos y la finalidad pretendida”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2002, FJ 3.2.3. En sentido análogo, ver, entre otras, las sentencias C-570 de 2003, FJ 7; C-539 de 1999, FJ 16; C-445 de 1995, FFJJ 14 y ss.; y C-530 de 1993, SNFJ.

¹¹⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006, FJ 5.

¹¹⁸⁴ Dadas las complejidades inherentes al control de constitucionalidad de las situaciones en las cuales resulta implicado el principio de igualdad, y con el fin de evitar tanto la una restricción excesiva de la libertad de configuración del legislador, como el vaciamiento de la cláusula de igualdad por un excesivo margen de apreciación de este último, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de los juicios de igualdad de intensidad variable. Ello permite modular la intensidad del juicio de igualdad “en consideración al grado de libertad de la que dispone la autoridad política. Esto significa que a mayor libertad de configuración del legislador en una materia, más flexible debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, y a menor

sobre la legitimidad de esta legislación¹¹⁸⁵. La superficialidad de su análisis no consigue despejar las muchas reservas que suscita la introducción de esta medida dentro del ordenamiento nacional en lo que concierne a su conformidad con dicho principio. La abierta generalidad y escasa contrastabilidad de los argumentos empleados por el juez constitucional en esta ocasión difícilmente permiten apreciar en esta sentencia un uso técnico apropiado del concepto de proporcionalidad como instrumento de control de constitucionalidad¹¹⁸⁶. Aún a pesar de la amplitud de los márgenes de configuración que le son constitucionalmente reconocidos al legislador en materia económica, “en aplicación del principio de supremacía de la Constitución, para ejercer sus competencias deberá respetar los principios superiores y atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad en las medidas que adopte”¹¹⁸⁷.

Por esto, con el fin de imprimir objetividad al análisis y respetar la competencia normativa del Parlamento, tal como ha sido establecido por la propia jurisprudencia constitucional, resulta procedente en estos casos una aplicación

margen de configuración legislativa, en la medida que la Constitución restringe tal actuación, deberá ser más estricto el control de constitucionalidad”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-674 de 2002, FJ 4. En sentido análogo, véase la sentencia C-539 de 1999, FJ 17.

¹¹⁸⁵ Así, por ejemplo, el exangüe examen de la proporcionalidad del monto mínimo de la inversión se limita a señalar, de forma un tanto especiosa, que “[c]onsiderando que el propósito de la ley es el de promover la inversión y que para ello el Estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo, la Sala encuentra que la cuantía de 7.500 smlmv¹¹⁸⁵ resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006, FJ 5.10. A pesar de afirmar la proporcionalidad de la medida, se trata, como puede apreciarse, de una mera aseveración carente de un fundamento objetivo concreto; una conclusión desprovista de cualquier análisis que le sirva de sustento. La ausencia de una mínima referencia a estudios, datos, mediciones o análisis económicos que brinden alguna base racional a la decisión legislativa o representen un parámetro objetivo de contrastación, lo mismo que de una verdadera ponderación, hace que la labor de fiscalización de la adecuación de esta medida a la finalidad declarada quede completamente remitida a la intuición y al arbitrio del juez. Con ello, la garantía de racionalidad y objetividad que se supone ofrece el instrumento del test se desvanece por completo.

¹¹⁸⁶ La importancia de un uso técnico de este instrumento, que haga de la proporcionalidad un método objetivo y controlable que permita al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos fundamentales sin menoscabo de las competencias constitucionales de otros órganos del Estado, es puesta de relieve por la propia jurisprudencia constitucional. Véase, al respecto, la muy interesante sentencia C-916 de 2002, FJ 8.

¹¹⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-674 de 2002, FJ 3. Esta sentencia resulta de especial interés, por cuanto se ocupa de la constitucionalidad de la legislación por medio de la cual fueron creadas las ZEEE (ley 677 de 2001). Aun cuando la tutela jurídica de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de esta ley corresponde al principio de confianza legítima -no supone, por ende, como ya ha sido señalado, la contractualización ni la subjetivización de la legalidad-, el legislador ha establecido igualmente determinadas condiciones para acceder al régimen especial de las ZEEE (artículo 7). Desde la perspectiva de la igualdad, resulta relevante el requisito del monto mínimo global de inversión a realizar (U\$ 2 millones en los primeros cuatro años). Esta exigencia dio lugar a su revisión por parte de la Corte Constitucional en la citada sentencia C-674 de 2002. Su examen, una vez aplicados de manera técnica los diversos pasos que conforman el denominado test de igualdad, permitió al juez constitucional refrendar la constitucionalidad de la medida adoptada.

flexible del juicio de igualdad¹¹⁸⁸. Esto significa que el juez constitucional deberá: (i) verificar si se atribuye un trato diferente a personas situadas en las mismas situaciones de hecho; en caso positivo, tendrá que (ii) identificar la finalidad de la norma; (iii) examinar la legitimidad constitucional de dicha finalidad; (iv) analizar la adecuación de la medida restrictiva de la igualdad para alcanzar el fin perseguido y, por último, (v) establecer que dicha restricción sea ponderada o proporcional *stricto sensu*¹¹⁸⁹. No obstante, a pesar del trato discriminatorio establecido entre sujetos que se encuentran en situación análoga (grandes inversionistas y los demás, remitidos al régimen general de protección patrimonial) y de la introducción de una segregación arbitraria de sectores económicos (aquellos en los que resulta aplicable este convenio y los que no), la referida sentencia C-242 de 2006 efectúa una aplicación tan laxa del referido test de igualdad, que omite una verdadera evaluación material de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de este principio adoptadas en la norma examinada. Toda vez que este último paso resulta decisivo para la legitimidad de la decisión final, por cuanto permite establecer la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida que debe presidir la adopción válida de cualquier medida limitativa del principio de igualdad¹¹⁹⁰, la pretermisión de un auténtico examen del carácter ponderado de la medida introducida resulta técnicamente inexplicable, resta fuerza a la resolución adoptada y fracasa en su intento por disipar convincentemente las muchas dudas que en este frente rodean a la constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica.

c) La no afectación del principio democrático por los contratos de estabilidad jurídica a causa de su compatibilidad con el carácter modificable de la ley.

440. Una última incógnita surgida en torno a esta modalidad contractual está relacionada con las exigencias del principio democrático en punto al carácter modificable de la ley y al esquema de prevalencia de ley que subyace al principio de legalidad de la Administración Pública. La Corte Constitucional también se ha ocupado de esta materia. Aunque su postura en este frente dista mucho de la excesiva indulgencia exhibida en relación con el análisis de su conformidad con el principio de igualdad, su análisis no se compece fielmente con las exigencias que en materia de tutela de los derechos por ella amparada impone la garantía constitucional de la propiedad privada. Más que por una efectiva preocupación por lograr encajar esta particular figura dentro del esquema trazado por la Constitución en materia de derechos patrimoniales, la valoración que de los contratos de estabilidad jurídica ha llevado a cabo la jurisprudencia constitucional ha estado movida por el interés de compatibilizar la protección del

¹¹⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-674 de 2002, FJ 4.

¹¹⁸⁹ *Idem*, FJ 5. En sentido análogo, véase, entre otras, las sentencias C-570 de 2003, FJ 7; C-043 de 2002, FJ 3.2.3; C-539 de 1999, FJ 16; C-445 de 1995, FFJJ 14 y ss.; y C-530 de 1993, SNFJ.

¹¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, FJ 13.

derecho originado por la celebración de estos acuerdos con la legítima (e inexorable) potestad de innovación del ordenamiento reconocida por la Constitución a distintos órganos del poder público. La escasa atención que el juez constitucional ha prestado en su razonamiento al cuadro de protección e intervención estatal en la esfera de la propiedad privada previsto por la Constitución le ha llevado a que todo se resuelva en el plano (legal y convencional, en todo caso *infra-constitucional*) de las controversias contractuales; solución que si bien puede resultar operativa en la práctica, deja abierto el debate jurídico-constitucional sobre las implicaciones de la referida subjetivización de la legalidad. El nacimiento de derechos subjetivos de contenido patrimonial amparados por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC impone la consideración de su régimen como un presupuesto inexcusable para abordar este debate¹¹⁹¹.

441. Así las cosas, para la Corte Constitucional, que la celebración de uno de estos contratos de lugar al nacimiento de un “derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión”¹¹⁹² en cabeza del inversionista no significa que este tenga garantizada la *inmodificabilidad* de la ley¹¹⁹³. Como se hace evidente en el propio texto del artículo 1 párr. 2 de la ley 963 de 2005¹¹⁹⁴ y es constatado por el juez constitucional, el objeto contractual no consiste en asegurar la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, sino en la aplicación de un régimen normativo previamente acordado y delimitado en el clausulado del contrato¹¹⁹⁵. En consecuencia, y en consideración a la condición democrática del Estado colombiano (artículos 1 y 3 CC) y al carácter necesariamente temporal y modificable de la ley que aquella impone como su corolario, nada obsta para que el legislador pueda reformar el ordenamiento jurídico según las necesidades de cada momento histórico. Con todo, aclara el juez constitucional, en caso de modificación de la normatividad especificada como objeto de uno de estos contratos “se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a evitar que se afecte el equilibrio económico que originalmente se pactó o en

¹¹⁹¹ Asentado el principio de responsabilidad administrativa, y como acicate del modelo de Estado social de Derecho establecido, el constitucionalismo de la segunda posguerra ha previsto en sus textos las bases de la garantía patrimonial de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos. Como se apreciará en detalle más adelante, el tradicional protagonismo otorgado por esta garantía a las figuras de la expropiación y la responsabilidad es sustituido en el moderno Estado constitucional por un nuevo elemento, más acorde con su lógica de prevalencia de los derechos fundamentales y compromiso con su disfrute efectivo *in natura*: la garantía constitucional del derecho de propiedad. En consecuencia, la cobertura indemnizatoria propia del instituto de la responsabilidad debe quedar, así, relegada a un papel secundario y subsidiario, que complementa la protección que irradia la garantía constitucional de los derechos.

¹¹⁹² Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹¹⁹³ *Idem*.

¹¹⁹⁴ De acuerdo con lo previsto por este enunciado: “[m]ediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”.

¹¹⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 3 *in fine*.

últimas a una decisión judicial”¹¹⁹⁶. El carácter contractual de la relación que origina el derecho, la indiscutible legitimidad de las reformas legales y la imposibilidad objetiva de cumplir el contrato que ello supone para la Administración –vinculada como se encuentra al principio de legalidad–, determinan la configuración de una situación de incumplimiento que podrá ser demandado por el afectado ante las instancias judiciales correspondientes¹¹⁹⁷. Toda vez que con la referida alteración del ordenamiento “el Estado podría ver comprometida su responsabilidad”¹¹⁹⁸, la cuestión se resolverá entonces, básicamente, en el pago de una indemnización.

2.2. Implicaciones de la subjetivización de la legalidad operada vía contratos de estabilidad jurídica a la luz del régimen constitucional de la propiedad privada.

442. So pena de entender que el régimen de los contratos de estabilidad jurídica no es más que un camelo y que las condiciones formales constitucionalmente exigidas para la privación legítima de una propiedad privada pueden ser impunemente desconocidas, el recurso a las acciones indemnizatorias no debería ser visto como remedio exclusivo y solución primaria a la problemática que se plantea. Por un lado, y en rigor, una interpretación que remita toda intervención del Estado en la esfera económica de los particulares al instituto de responsabilidad patrimonial del artículo 90 CC desatiende la amplitud y la complejidad del sistema de garantía del patrimonio de los ciudadanos estatuido por la Constitución. Parte de una comprensión parcial de ésta, que desconoce las implicaciones de la proclamación de una garantía de la propiedad constitucional ensanchada en su cobertura y acaba por homologar, de forma francamente dudosa, situaciones amparadas por el artículo 58 CC con aquellas que no lo están: en términos de protección jurídica no pueda ser lo mismo hallarse en una relación jurídica-subjetiva que origina la titularidad de un derecho, que estar inmerso en una mera situación jurídico-objetiva amparada por la confianza legítima. Por otro lado, y visto desde el prisma concreto de los contratos de estabilidad jurídica, asumir que una modificación del sistema legal da lugar a un problema de desequilibrio económico que debe ser remediado por las instancias judiciales correspondientes supone desconocer las peculiaridades de este contrato y, de nuevo, ignorar las implicaciones del surgimiento de un derecho subjetivo a la luz del régimen de la propiedad privada en la Constitución. Lo anterior, sin contar con que equivale a asumir una perspectiva enteramente ajena al debate jurídico-constitucional que se plantea para responder a él con argumentos infra-constitucionales.

443. Si bien las pretensiones de incentivar la inversión privada mediante la creación de un ambiente de confianza favorable para este fin resultan

¹¹⁹⁶ *Idem*, FJ 6.1.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁹⁸ *Idem*, FJ 6.2.

constitucionalmente admisibles, *el medio a través del cual se procura su cristalización no ofrece las mismas certezas*. Al margen de la desafortunada imagen política envuelta en la aprobación de esta legislación –que constituye, sin más, el implícito reconocimiento por parte del Gobierno y del legislador de su incapacidad política para generar dicha confianza, lo mismo que de la escasa previsibilidad de sus decisiones y su aún más exiguo compromiso con la estabilidad global de las políticas fiscales, en particular, y económicas, en general¹¹⁹⁹–, fuertes razones jurídicas respaldan esta afirmación. La principal, sin duda, que la admisión de este tipo de contratos supone un claro esguince al juego de *régimen general de garantía patrimonial de los ciudadanos y competencias normativas de los órganos estatales* previsto por la Constitución como componente fundamental del Estado social y democrático de Derecho instituido. El motivo: el “derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión”¹²⁰⁰ originado por la celebración de uno de estos acuerdos configura una posición jurídico-subjetiva amparada por la propiedad constitucional en relación con el particular régimen cuya aplicación constituye el objeto del contrato.

Además de la dislocación del tradicional esquema de protección jurídica frente a los cambios normativos articulado por el Estado de Derecho a través del instituto de la responsabilidad (que ante la habitual ausencia de derechos subjetivos en este frente opera en amparo de la confianza legítima de ordinario depositada en la estabilidad de una determinada legislación), la consolidación de este derecho da lugar a la obligación de considerar los condicionantes constitucionalmente establecidos para la legítima *toma* de la propiedad privada por razones de interés general cada vez que una innovación del sistema legal proyecta directamente sus efectos sobre las situaciones jurídico-subjetivas así engendradas. De lo contrario, en rigor, visto desde una perspectiva estrictamente constitucional, más que un simple desequilibrio contractual, se produce **el despojo ilegítimo de un derecho por parte del legislador**. En estas condiciones, una adecuada incardinación de esta figura en el contexto de la garantía integral del patrimonio prevista por la Constitución y su análisis concreto a la luz de la disciplina constitucional de la propiedad privada resultan imperativos.

a) La garantía constitucional del patrimonio de los individuos y los contratos de estabilidad jurídica.

444. En armonía con las exigencias del Estado de Derecho y con miras a brindar una más amplia tutela a los intereses patrimoniales de los individuos el texto constitucional ha establecido “un principio de garantía integral del patrimonio de

¹¹⁹⁹ Aunque con un enfoque y en un marco conceptual sustancialmente diverso, esta percepción sobre la legislación de contratos de estabilidad jurídica es compartida por BOTERO ARISTIZÁBAL. En su opinión, ella constituye “una confesión tácita de la responsabilidad del legislador que es consciente de los efectos adversos que se crean en el circuito económico, producto de sus intempestivas manifestaciones”. Cfr. BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Bogotá, Legis, 2007, p. 298.

¹²⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución”¹²⁰¹. Garantía jurídico-constitucional del derecho de propiedad vinculado a una función social (artículo 58 párr. 1 y 2 CC), garantía expropiatoria (artículo 58 párr. 4 CC) y garantía de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), constituyen los elementos fundamentales sobre los cuales se ha edificado el referido sistema de garantía del patrimonio. Aun cuando este sistema extiende su cobertura sobre la entera realidad económica disciplinada por el ordenamiento jurídico, ni a todas las situaciones que caen bajo su órbita de influencia resultan aplicables los mismos instrumentos de intervención y protección que lo conforman, ni todas gozan de los mismos niveles de tutela jurídica. Así, si bien tanto en los casos de delimitación de derechos de propiedad por virtud de su función social, como de expropiación y de responsabilidad puede tener lugar la irrogación de perjuicios por razones de interés general, ello no puede llevar a que éstas situaciones sean confundidas o que se vea en ellas fórmulas intercambiables. Tanto la delimitación del contenido del derecho como la expropiación presuponen la existencia de un derecho que a pesar de hallarse abierto a la intervención estatal y de no resultar absoluto ni intangible debe ser siempre objeto de un tratamiento acorde con las exigencias de su garantía constitucional. Los regímenes de responsabilidad, en cambio, “se ocupan de identificar y distribuir entre los miembros de la comunidad el acaecimiento de riesgos sociales e individuales de diferente naturaleza, lo que se hace desde una perspectiva puramente económica y patrimonial”¹²⁰². Su aplicación a supuestos

¹²⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001, FJ 2 *in fine*. Aunque la Corte Constitucional alude a este principio en referencia exclusiva al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado (*Vid.* Corte Constitucional, sentencias C-832 de 2001, FJ 2 o C-038 de 2006, FJ 3), en el marco de la reflexión que aquí se propone es preciso ampliar su cobertura también a supuestos de intervenciones en la propiedad en los cuales la afectación patrimonial provocada, en tanto que legítima, no puede ser catalogada de antijurídica, no obstante lo cual puede generar consecuencias indemnizatorias para el Estado. Supone, pues, extender, en toda su dimensión, el referido principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos. Esto implica efectuar un replanteamiento de las bases, del funcionamiento y de la finalidad global de la referida garantía. Tradicionalmente estructurada en torno a las instituciones de la expropiación y la responsabilidad, el moderno Estado constitucional recoge los fundamentos de este esquema y les impone un nuevo foco: la garantía constitucional del derecho de propiedad. La prevalencia otorgada a los derechos fundamentales por el texto constitucional (artículo 5 CC) y la obligación constitucionalmente impuesta a las autoridades de velar por la efectividad de los derechos (artículo 2 párr. 2 CC) se traducen, en este ámbito, en la exigencia de articular un modelo de protección frente a las agresiones y los actos de interferencia estatales acorde con la preeminencia que se reconoce al disfrute efectivo de los derechos. La cobertura indemnizatoria propia del instituto de la responsabilidad debe quedar, así, relegada a un papel secundario y subsidiario, que complementa la protección que irradia la garantía constitucional de los derechos. En consecuencia, en términos generales y desde un plano eminentemente subjetivo, garantía jurídico-constitucional del derecho de propiedad vinculado a una función social (artículo 58 párr. 1 y 2 CC), garantía expropiatoria (artículo 58 párr. 4 CC) y garantía de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), definen las coordenadas de las intervenciones estatales en la esfera patrimonial de los individuos y condensan las formas de protección individual procedentes respecto de éstas. A cada una de ellas corresponde cumplir una misión específica, por lo cual no deben ser confundidas ni verse como fórmulas intercambiables; por el contrario, el adecuado funcionamiento del sistema presupone su efectiva diferenciación.

¹²⁰² Corte Constitucional, C-531 de 1993, FJ 18.

en los cuales se ve implicada de forma directa la propiedad constitucional resulta, así, mediatizada por las exigencias de su garantía. El instituto de la responsabilidad adquiere entonces, en estos eventos, la condición de remedio subsidiario (cobertura secundaria). El adecuado funcionamiento del sistema presupone, pues, la efectiva diferenciación del sentido y finalidad de cada uno de sus componentes¹²⁰³ y el esfuerzo por su ordenada y correcta articulación.

445. Así, y por razón de la garantía constitucional de la propiedad privada (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y el compromiso constitucional con la efectividad de esta clase de posiciones (artículo 2 párr. 2 CC), quien sufre la afectación de uno de sus derechos podrá invocar la protección que la Constitución le confiere, bien para que se invalide lo actuado y se restablezca la situación anterior, bien para que de ser ello improcedente –*subsidiariedad*– se le sitúe en una posición equivalente mediante el pago de la correspondiente indemnización. La prevalencia de la *cobertura primaria* lleva a que deban examinarse las circunstancias en que se produjo el atentado concreto de que ha sido objeto la posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial (propiedad constitucional) afectada. Si la intervención se traduce en la *alteración de las condiciones de ejercicio del derecho* es preciso corroborar si se trata de una incursión legítima o ilegítima. Mientras que esto último determina la activación de la vertiente defensiva del derecho y el subsecuente rechazo del acto de interferencia, el primer supuesto obliga a llevar el análisis a un segundo nivel. Es preciso establecer si se está frente a una intervención legítima que ocasiona una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas (lesión antijurídica) o no. El instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado entra, entonces, en juego. De otra parte, si la incursión efectuada conlleva ya no una mera afectación de las condiciones de ejercicio del derecho sino *una privación* del mismo es preciso evaluar la conformidad de dicha ablación con los requisitos constitucionalmente impuestos a esta clase de actuaciones. El régimen aplicable será, en este caso, el propio del instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC).

446. Aun cuando, como se ha señalado ya, la ausencia de derechos subjetivos consolidados no supone la total desprotección de la situación patrimonial del particular, es claro que se trata de supuestos en los cuales su tutela jurídica debe resultar cualitativamente discernible de aquellos en los cuales se está en presencia de un vínculo subjetivo concreto. Propiedad constitucional y confianza legítima condicionan de modo diferente al legislador¹²⁰⁴. La razón es elemental:

¹²⁰³ Una interesante sistematización de las diferencias existentes entre estas figuras en MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Passim*, pp. 127 y ss.

¹²⁰⁴ Estrechamente vinculado a los principios de buena fe y seguridad jurídica (*vid.* VIANA CLEVES, M. J. *El principio de... Ob. Cit.*, pp. 37 y ss.), el reconocimiento del principio de confianza legítima pone de presente la necesidad de proteger al particular “frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas” (*vid.* Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4). De ahí que se le haya caracterizado como “una garantía a favor de los asociados que le impide al Estado adoptar decisiones abruptas y sorpresivas que afecten situaciones jurídicas particulares, sin implantar medidas de transición o choque que minimicen los efectos negativos de esos cambios de regulación” (*cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2003, FJ

mientras que en un caso se está ante *derechos subjetivos legítimamente adquiridos*, en el otro se tiene enfrente meras *expectativas legítimas*. Entender lo contrario riñe con el mayor grado de protección que la Constitución ha querido brindar a las posiciones que caen bajo la órbita de cobertura de la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. La amplitud y flexibilidad del instituto de la responsabilidad no puede suponer la negación o la sustitución de la garantía constitucional de la propiedad¹²⁰⁵. Así, si bien es cierto que ante a la

4). El principio de confianza legítima, ha dicho la jurisprudencia constitucional, impone que “el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar” (cfr. Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, FJ 4). En este sentido, añade, “[n]o se trata (...) de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de *amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas*” (cursivas fuera de texto de la sentencia C-131 de 2004, FJ 4). Por esto, dada su condición de principio que tutela las expectativas legítimas, fundadas en razones objetivas, repentinamente alteradas, sin que se haya ofrecido el tiempo o mecanismos alternativos de adaptación a la nueva situación y con grave alteración de sus condiciones económicas como resultado, el principio de confianza legítima otorga al afectado el poder de exigir una protección jurídica efectiva y proporciona una cobertura patrimonial que impide predicar la irrelevancia jurídica de las expectativas legítimas. Su desconocimiento abre la vía de la reclamación ante los Tribunales para pedir el resarcimiento de los perjuicios experimentados que no se tiene el deber jurídico de soportar; pudiendo incluso comprometer la responsabilidad patrimonial del legislador. Sobre este último aspecto, *vid.* ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 109 y ss. En el mismo sentido, GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, pp. 187-188. Algunos ejemplos de la jurisprudencia administrativa española son analizados por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Responsabilidad del Estado legislador: Pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la ley 30/1992”, en *REDA*, No. 104, 1999, pp. 634 y ss. Una interesante relación de supuestos de responsabilidad por ejercicio de la potestad normativa, centrado en el ámbito del urbanismo, y en concreto, de las consecuencias patrimoniales del ejercicio de la potestad innovativa de la Administración para adaptar la ordenación urbanística a nuevas circunstancias, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel. “Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, No. 200, 2003, pp. 174 y ss. Los avances en materia de guarda y defensa de esta clase de situaciones de no-derecho subjetivo son la mejor evidencia de la necesidad de observar de forma crítica la aproximación meramente indemnizatoria a la tutela de las situaciones en las que sí concurren derechos subjetivos y de impulsar el debate sobre la necesidad de articular un sistema de protección en dos niveles, que distinta claramente entre la cobertura primaria (garantía del disfrute del derecho) y la cobertura secundaria (garantía indemnizatoria).

¹²⁰⁵ Aun cuando resulta indiscutible la enorme utilidad que presta el instituto de responsabilidad al interior del Estado constitucional de Derecho actual, su uso extendido no puede comportar ni su desnaturalización como *ultima ratio* del Estado de Derecho (W. JELLINEK), ni el abandono o el desconocimiento de las formas de cobertura primarias establecidas por la Constitución respecto de determinados bienes jurídicos. Así, también en el caso de la propiedad resulta predicable la idea básica del Estado constitucional de Derecho según la cual la ilegitimidad de una medida no puede ser saneada mediante la simple garantía de una compensación. *Vid.* MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Ob. Cit.*, p. 310. Si bien la protección que ofrece el instituto expropiatorio se resuelve, al final, en el pago de una indemnización, la garantía expropiatoria conlleva otros elementos que no pueden ser desdeñados; señaladamente, una *causa expropriandi* razonable y proporcionada y un procedimiento justo. En últimas, como se ha mencionado ya, la garantía constitucional de la propiedad no puede ser equiparada a una simple *prohibición de privación sin expropiación*.

configuración de un supuesto que amerita la protección de la confianza legítima se debate sobre si su defraudación debe dar lugar a una tutela meramente resarcitoria o a una protección anulatoria de los actos que atentan en su contra¹²⁰⁶, también lo es que el particular régimen establecido por la Constitución en materia de propiedad privada deja pocas dudas a este respecto.

447. La garantía constitucional del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC), la definición de un conjunto de reglas que deben ser atendidas para la legítima privación de una propiedad privada (expropiación o extinción del dominio según el caso), la obligación de las autoridades de asegurar la efectividad de los derechos de las personas (artículo 2 párr. 2 CC) y la fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CC) obligan a entender que el desconocimiento de las exigencias constitucionales en punto a la procedencia del instituto expropiatorio conlleva la invalidez de una eventual privación fundada en razones de interés general. El carácter *no absoluto y condicionado* de esta potestad impone esta conclusión. Más que una simple indemnización, la infracción de las exigencias fijadas por la Constitución en punto al desapoderamiento por el Estado de las posiciones jurídicas amparadas por la propiedad constitucional debe dar lugar a la invalidación de dicha actuación. En últimas, *no puede desconocerse que antes que en la proclamación de su carácter intangible o inviolable, la garantía constitucional de la propiedad se traduce, en la actualidad, en la definición de un conjunto de límites que enmarcan el ejercicio de las diversas prerrogativas reconocidas al poder público. Por ende, su desconocimiento no puede más que activar la protección que el ordenamiento proporciona a este derecho*¹²⁰⁷.

448. Conforme a lo dispuesto por el artículo 58 párr. 4 CC, la legitimidad de una privación depende de que se dé por causas de utilidad pública o interés social legalmente declaradas, a través de un procedimiento (judicial o administrativo) ajustado a las exigencias del debido proceso y previo pago de la correspondiente indemnización. *Fuera de estos requisitos toda privación por razones de interés general resulta inconstitucional.* Así, y al margen de lo chocante que pueda resultar la sola idea de **vender seguridad jurídica**, la cuestión nuclear de la problemática que plantea la ley 963 de 2005 y sus singulares contratos radica en la creación de **derechos subjetivos sobre la legalidad amparados constitucionalmente por la garantía del artículo 58 CC.** Visto desde una perspectiva jurídico-constitucional, debe afirmarse que mientras que en el caso de la configuración de un derecho

¹²⁰⁶ Vid. MEDINA ALCOZ, L. "Confianza legítima y... *Loc. Cit.*, pp. 320 y ss. También GARCIA LUENGO, J. *El principio de...* *Op. Cit.*, pp. 429 y ss.

¹²⁰⁷ BADURA, P. "Eigentum..." *Passim*, p. 342. No otra conclusión puede alcanzarse al analizar la regulación que del instituto expropiatorio contiene el artículo 58 párr. 4 CPC. Como se verá en detalle al abordar específicamente esta temática, con ser cierto que la expropiación envuelve un notable y definitivo poder estatal de disposición sobre la propiedad privada de cara a asegurar la prevalencia del interés general; no lo es menos que ella está sujeta, asimismo, y en contrapartida, a una serie de importantes condicionamientos jurídico-constitucionales de cuya observancia estricta depende su validez. Sobre los presupuestos que la Constitución ha previsto para la operatividad de este instituto, *vid.* el apartado B del Capítulo Quinto de esta investigación y sus distintos sub-apartados.

subjetivo toda reforma normativa comporta forzosamente la *privación por el legislador de un derecho* protegido por Constitución¹²⁰⁸, cuya legitimidad se encuentra, por lo tanto, sujeta al acatamiento de las condiciones previstas para la expropiación; otro es el resultado que se obtiene de mantener la relación del individuo con la legalidad en el plano jurídico-objetivo que le es habitual. En este caso, toda vez que el artículo 58 CC no ampara más que posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial consolidadas, y una situación jurídico-objetiva o abstracta no puede ser calificada de tal, no existirán más que *expectativas legítimas* sobre la estabilidad de dicho régimen. Por ende, se configura una situación amparada por la confianza legítima. En consecuencia, cualquier reforma al régimen legal aplicable supondrá *no una privación sino una cuestión de régimen de transición*¹²⁰⁹ y, eventualmente, si se produce alguna lesión antijurídica, la responsabilidad patrimonial del Estado. Procede entonces analizar la figura contractual en cuestión desde el foco específico de la propiedad constitucional.

b) Efectos de la celebración de un contrato de estabilidad jurídica a la luz del sistema de protección constitucional de la propiedad del artículo 58 CC.

449. Como cualquier otro contrato, el de estabilidad jurídica puede ser cumplido o incumplido. De tener lugar esta última situación, como ha sido indicado por el juez constitucional en la sentencia C-320 de 2006, el afectado puede acudir a las instancias judiciales competentes y pedir que se desaten las consecuencias indemnizatorias pertinentes. No obstante, como se ha señalado ya, asumir que esta es la salida a la problemática que origina una reforma legal en el caso concreto de los contratos de estabilidad jurídica equivale a abordar este conflicto desde una perspectiva meramente infralegal. A diferencia de lo que ocurre tradicionalmente en los supuestos de incumplimiento contractual, de ordinario ajenos a las determinaciones que adopta el legislador, ello resulta crucial en este

¹²⁰⁸ Como se desprende de la caracterización del objeto contractual efectuada por el artículo 1 de esta ley, el resultado de su celebración no es otro que el surgimiento de un derecho subjetivo a la aplicación de un régimen jurídico determinado para la inversión, que ha de mantenerse por el tiempo de vigencia del contrato. De ahí que a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos contractuales, en los cuales una eventual reforma a la legalidad aplicable puede comprometer la responsabilidad contractual (*ius variandi*, terminación unilateral, etc.) o extracontractual (*factum principis*, teoría de la imprevisión, etc.) de la Administración, en este caso, por constituir el objeto directo del contrato (*rectius* el objeto del derecho de propiedad constitucional engendrado), lo que esté en juego sea, *directamente*, la protección de un *derecho legítimamente adquirido y constitucionalmente amparado* por el artículo 58 CC. De este modo, si bien es cierto que desde una perspectiva estrictamente infra-constitucional la eventual reforma del ordenamiento puede conducir a una situación de incumplimiento contractual, también lo es que desde el prisma de la Constitución, dada la particular configuración del objeto de esta clase de derechos –la aplicación de un régimen jurídico concreto–, dicha determinación equivale a la *supresión* del mismo y, por lo tanto, a una *privación*. Por esta causa, en estos supuestos, más que dar lugar a un problema que caiga bajo el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), la reforma normativa conlleva *efectos expropiatorios* y debe regirse, por ende, por las reglas que disciplinan esta potestad estatal en la Constitución (artículo 58 párr. 4 CC).

¹²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2003, FJ 4.

supuesto. Dada la particular configuración del objeto contractual, visto desde una óptica estrictamente jurídico-constitucional, *más que una simple situación de inejecución de la prestación debida por parte de la Administración, en estos eventos la reforma de la legislación amparada por un contrato de estabilidad jurídica conlleva una privación del derecho*: el régimen jurídico pactado no puede ser aplicado –y, por ende, el contrato verse cumplido– porque dejó de existir por disposición legal; el objeto contractual fue suprimido por el legislador en ejercicio de sus competencias constitucionales. Tal determinación, *prima facie* legítima, debe ser examinada a la luz del régimen constitucional de la propiedad privada.

450. Que una reforma legal comporte la privación de posiciones jurídico-subjetivas amparadas por el artículo 58 CC conlleva su sometimiento a las exigencias de la garantía expropiatoria. En consecuencia, *so pena de su inconstitucionalidad, su validez está supeditada al cumplimiento de las condiciones previstas por el artículo 58 párr. 4 CC (causa expropriandi legalmente declarada, procedimiento con arreglo a las exigencias del debido proceso e indemnización previa)*. Que en otras hipótesis de reforma legal su incidencia sobre los contratos celebrados se traduzca (solamente) en desequilibrios económicos susceptibles de ser reparados por vía de la aplicación de los mecanismos ordinarios de restablecimiento previstos para el efecto¹²¹⁰ no puede llevar a que se desconozcan los aspectos particulares de la problemática originada por los denominados contratos de estabilidad jurídica. En tales supuestos se trata de vínculos contractuales cuyo objeto *no es* la aplicación de un determinado régimen legal. Por ende, la alteración de éste comporta una mera afectación de las condiciones de ejercicio del derecho nacido del contrato con incidencia sobre su estructura económica. Al no ser una cuestión de que conlleve el sacrificio de un derecho subjetivo, a pesar de las consecuencias que se puedan desplegar en el plano de la responsabilidad patrimonial de la Administración, las reformas legales así realizadas no conllevan *privación* alguna. Todo lo contrario ocurre en el caso de los contratos de estabilidad jurídica. De ahí que estos supuestos no puedan ser asimilados.

451. Esta circunstancia explica la dudosa compatibilidad de esta modalidad contractual con la solución meramente indemnizatoria dada por el juez constitucional a los supuestos de reforma del ordenamiento legal. Aun cuando se trata de la salida típica frente al incumplimiento de la actividad comercial corriente, las peculiaridades del objeto de estos acuerdos y del derecho originado por su celebración impiden someterlo al tratamiento común. Ello equivaldría a sustraer a este derecho de la protección que la Constitución garantiza en el

¹²¹⁰ Ciertamente, lo usual será que una reforma normativa cuyos efectos se proyectan sobre los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor suponga únicamente la responsabilidad patrimonial de la Administración frente a los contratistas afectados bajo los regímenes propios del *factum principis*, la teoría de la imprevisión o algunos supuestos de *ius variandi*. Lógicamente, no es el caso de los contratos de estabilidad jurídica cuando la reforma efectuada conlleva la modificación de reglas incorporadas a su objeto contractual. En esta hipótesis, como se ha señalado ya, ello supondrá la desaparición de su objeto contractual por disposición legal y, por ende, la sustracción coactiva de un derecho de propiedad constitucional.

artículo 58 párr. 1 frase 1 CC a toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial legítimamente adquirida. Por esta razón, y con el ánimo de procurar encontrar algún sentido a una legislación que en caso contrario no sería más que una mácula o un intento fallido de sofisticar las garantías patrimoniales tradicionales, resulta imperativo apartarse de la opción hermenéutica esbozada por la Corte Constitucional en su sentencia C-320 de 2006, según la cual la alteración de la situación normativa acordada en el contrato supondrá una situación en la cual “el Estado podría ver comprometida su responsabilidad”¹²¹¹. Se impone, entonces, reconocer que en tanto derecho subjetivo legítimamente adquirido, el “derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión”¹²¹² constituye una posición que cae bajo la órbita de cobertura de la garantía constitucional de la propiedad privada. En consecuencia, es preciso indagar acerca de cómo influye la tutela constitucionalmente deferida por esta garantía sobre la legítima potestad de reforma del ordenamiento que la Constitución reconoce a los poderes públicos. En tanto permite completar el engaste de esta figura dentro del contexto constitucional que le es propio (el ámbito de la propiedad constitucional), este análisis resulta indispensable tanto para apreciar la figura del contrato de estabilidad jurídica en plena magnitud¹²¹³, como para desvelar su verdadera influencia sobre un principio medular del ordenamiento constitucional colombiano como es el principio de Estado democrático de Derecho.

¹²¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.2. Ello sería el resultado, por ejemplo, de la alteración de las reglas aplicables en una ZEEE; en la cual, como se ha mencionado ya, la previsión de un régimen legal favorable no es subjetivamente atribuido como derecho a los inversionistas que se benefician de él a partir de la relación jurídica objetiva o abstracta en que se encuentran frente a dicha normativa. En este caso, se repite, un cambio inesperado de la reglamentación inicial podría comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por atentar contra la confianza legítima de los inversionistas en la estabilidad de dicho régimen. Pero esta situación no puede ser homologable a la que se configura en cabeza de aquél a quién contractualmente le han atribuido *un derecho subjetivo* –por ende, *constitucionalmente amparado*– a un régimen. **Aquí radica el *quid* de la contractualización de la legalidad.** En un caso se atribuye un derecho protegido por el artículo 58 CC, en el otro no. *Si bien una y otra situación gozan del amparo patrimonial que proporciona el Estado de Derecho, los grados de protección y, lo que es lo mismo, las restricciones que su configuración supone para el legislador, no son -no pueden ser- los mismos.*

¹²¹² Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹²¹³ La propia denominación de la figura –contrato de *estabilidad jurídica*– y su singular función económico-social y objeto hacen posible afirmar que con su introducción en el tráfico jurídico el legislador apuntaba a algo más que a la simple creación de un título de configuración de situaciones de *confianza legítima cualificada*, o al mero establecimiento de una “*presunción de antijuridicidad*” (vid. BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F. *Responsabilidad patrimonial del... Loc. Cit.*, p. 300) frente los eventuales daños sufridos como consecuencia de reformas legales futuras a las reglas de inversión. De ser así se estaría ante a una figura completamente inane, que nada aportaría al ordenamiento jurídico ni a los particulares; pues su efecto ya estaría garantizado por la cobertura general que, en el marco de la garantía patrimonial de los ciudadanos, proporciona el instituto de la responsabilidad por defraudación de la confianza legítima. De ser esta la situación, la concesión de los privilegios envueltos en la celebración de este tipo de contratos carecería por completo de justificación y resultaría inconstitucional por irrazonable y desproporcionada.

c) **Los límites a la potestad de reforma impuestos por los derechos engendrados por los contratos de estabilidad jurídica.**

452. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 párr. 2 de la ley 963 de 2005, el objeto de los contratos de estabilidad jurídica recae sobre el compromiso asumido por el Estado frente a sus cocontratantes de que “si durante su vigencia se modifica en forma adversa a éstos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”. El Estado adquiere así, en principio, una obligación de *no hacer*¹²¹⁴: a pesar de los eventuales cambios en la legislación, frente a quienes suscribieron este tipo de acuerdos la Administración *debería* abstenerse de hacer valer la normatividad en vigor para aplicar la que se encontraba vigente al momento de su celebración y fue específicamente determinada en el objeto contractual estipulado¹²¹⁵. Se obliga, así, a no aplicar la nueva ley respecto de casos especiales, amparados por el derecho que se desprende de la suscripción de un convenio de esta clase. Se trata, como es evidente, de una obligación *prima facie* contraria al principio de legalidad: en un Estado de Derecho la vinculación de la Administración a la ley no puede ser objeto de negociación en un contrato. Sin embargo, dependiendo de las condiciones concretas como sea perfilado el *ámbito de aplicación subjetiva de la nueva ley*, dicho obstáculo puede ser sorteado.

453. Ciertamente, que se esté, de una parte, ante una situación jurídica-subjetiva amparada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, y de otra, frente a un sistema legal modificable por definición¹²¹⁶, aboca a la Administración a dos posibles escenarios, de consecuencias sustancialmente disímiles desde la perspectiva del Estado de Derecho y de la efectividad del derecho engendrado por el contrato de estabilidad jurídica: el primero puede catalogarse como *de armonía constitucional*, en contraste con el segundo, *de conflicto constitucional*. El primero de ellos será el resultado de una situación en la cual, fruto de la firma de uno o varios acuerdos de estabilidad jurídica y en consideración a la garantía de los derechos adquiridos del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC que ampara las posiciones jurídico-

¹²¹⁴ BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F. *Responsabilidad patrimonial del...* Loc. Cit., p. 300.

¹²¹⁵ **Artículo 3.- Normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica.** En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión. // Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Comisiones de Regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República. // Parágrafo. Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

¹²¹⁶ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

subjetivas así nacidas, el legislador de reforma, consciente de las implicaciones de estos contratos, introduce como excepción al ámbito de aplicación subjetiva de la nueva ley la suscripción de uno de estos acuerdos¹²¹⁷. La situación de *armonía constitucional* resulta aquí de que en este caso el particular suscriptor de un contrato de estabilidad jurídica no se vería afectado en sus derechos, el Estado cumpliría tanto su compromiso contractualmente adquirido, como el mandato constitucional de protección de la propiedad, y, por último, la Administración, en su actuación contractual, no haría otra cosa que aplicar lo dispuesto en la ley vigente, es decir, la excepción al régimen general legalmente prevista.

Mas puede ocurrir también un escenario de *conflicto constitucional*. Ello sería el producto de la no previsión por el legislador de la mencionada excepción al nuevo régimen legal introducido. En esta hipótesis, dicha omisión tendría como resultado el enfrentamiento del derecho subjetivo del contratista-inversionista que goza del amparo del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC con el deber de aplicación de la ley vigente que impone a la Administración el Estado de Derecho (artículo 1 CC). Toda vez que la ley expedida tendría una cobertura general y su entrada en vigor vincularía la actuación de la Administración, ésta, a falta de una excepción consignada en la propia ley, no podría sustraerse de su forzoso acatamiento. Como recuerda SCHMIDT-ASSMANN, “[l]a aplicación de la norma jurídica a cada caso concreto es la forma elemental –y a la par fundamental- de hacer eficaz la vinculación de la Administración al Derecho”¹²¹⁸. Por esto, o bien aplica la legalidad e incumple el contrato y vulnera el derecho, o bien inaplica la primera para así cumplir con el segundo y respetar al tercero. Con todo, ni la obligación de dar cumplimiento a un contrato, ni la habilitación legal para suscribir este tipo de convenios, podrían amparar la inaplicación de la ley por parte de la Administración. El principio de Estado de Derecho y, más concretamente, el principio de jerarquía normativa excluiría lo primero; el principio democrático y, en especial, el correlativo carácter esencialmente modificable de la ley, resultaría incompatible con lo segundo¹²¹⁹. En este orden, la ausencia de la referida excepción supondrá que la nueva ley deberá ser aplicada por la Administración a todos aquellos que se encuentren bajo su órbita de cobertura subjetiva; la cual, en este caso, sería general. *Prima facie* la suscripción de un contrato no puede ser argumento para sustraer a la Administración de su deber fundamental de obrar siempre con apego a la ley y asegurar la efectividad de la voluntad del legislador¹²²⁰.

¹²¹⁷ En supuestos donde se debate la reforma de regímenes de exenciones tributarias, el juez constitucional ha expresado la no vulneración del principio de igualdad cuando quiera que la no derogación de ciertas exenciones responde a la necesidad de atender a las situaciones jurídicas consolidadas amparadas por la garantía de protección del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Así, por ejemplo, la sentencia C-604 de 2000.

¹²¹⁸ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Loc. Cit.*, p. 61.

¹²¹⁹ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹²²⁰ De hecho, este principio es el causante de los desequilibrios económicos de los contratos públicos derivados de las reformas al sistema legal que acaban por comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración bajo los regímenes propios del *factum principis*, la teoría de la imprevisión o algunos casos de *ius variandi*. Se trata, como ya ha sido señalado, de

454. En un Estado democrático de Derecho, entonces, frente al escenario de *conflicto constitucional*, la Administración estará abocada a *cumplir la ley, incumplir el contrato, desconocer el derecho subjetivo del particular y verse expuesta a las medidas que éste adopte en defensa de su posición*. Para la Corte Constitucional la eventual modificación del régimen jurídico de inversiones pactado en un contrato de estabilidad jurídica “trae como consecuencia que los inversionistas puedan acudir a las acciones judiciales que estimen convenientes”¹²²¹. Como se ha indicado líneas arriba, para el juez constitucional las exigencias que impone la tutela constitucional de los derechos patrimoniales se verían satisfechas con el pago de una indemnización encausada dentro del instituto de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Se trata, a mi juicio, de una posición discutible, por cuanto desconoce tanto las diferencias que median entre una situación amparada por la confianza legítima y otra que goza de la protección del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, como el hecho que jurídico-constitucionalmente se está frente a una situación de privación o despojo cuya validez depende enteramente de la observancia de las exigencias formales previstas por la Constitución en el artículo 58 párr. 4 CC.

455. En estas condiciones, en el escenario de *conflicto constitucional* atrás descrito, la omisión del legislador de reforma de contemplar una excepción a la aplicación del nuevo régimen legal con arreglo a las exigencias de la garantía constitucional de la propiedad debería traducirse, so pena de comprometer la validez de la ley, en la previsión de las condiciones para que proceda una *expropiación legítima* de las posiciones atribuidas por los contratos. Máxime cuando –por obvias razones– la ley 963 de 2005 no prevé una cláusula semejante a la contenida en el artículo 17 ECEC sobre la terminación unilateral de los contratos estatales, que asegure la prevalencia del interés general sin sacrificar los intereses del particular afectado¹²²². El desconocimiento de estos requerimientos activa la vertiente defensiva de la propiedad constitucional y habilita a su titular para hacer uso de

supuestos en los cuales el objeto contractual *no es* la aplicación de un determinado régimen legal. Por ende, *no existe derecho subjetivo alguno a dicha aplicación*. En consecuencia, a pesar de las consecuencias que pueda desplegar en el plano de la responsabilidad patrimonial de la Administración, las reformas legales así realizadas no conllevan el sacrificio de ningún derecho subjetivo. Al no haber *privación* estos supuestos no puedan ser asimilados.

¹²²¹ *Idem*.

¹²²² Además de que la situación originada por una reforma legal difícilmente resulta reconducible a alguno de los supuestos previstos por el artículo 17 ECEC –acaso a la que prevé en el numeral 1 la terminación unilateral del vínculo por exigencias del servicio público–, la ley 963 de 2005 no prevé remisión alguna a las normas del ECEC. En todo caso, por hipótesis, de ser ello posible, de presentarse una reforma legal el contrato de estabilidad jurídica podría ser unilateralmente terminado por la Administración y los mecanismos de compensación al contratista afectado contemplados por la legislación general podrían ser aplicados. Esto, en el marco de los procedimientos mínimos exigidos por el ECEC. El resultado: la observancia material de las exigencias constitucionales previstas en materia de expropiación. Naturalmente, dado el particular objeto de esta figura contractual y su singular función económico-social ello no fue tenido en cuenta por el legislador; en consecuencia, tal como está configurado su régimen legal, no resulta procedente.

las diferentes vías previstas por el ordenamiento para rechazar la interferencia ilegítima en su ámbito de protección y garantizar la efectividad de su derecho.

d) Valoración global de la cuestión.

456. De esta forma, si bien es cierto que *prima facie* la suscripción de este tipo de contratos no supone una limitación de la potestad normativa de los órganos estatales, también lo es que la atribución de un derecho subjetivo constitucionalmente amparado sobre un determinado régimen jurídico **no constituye un dato superfluo**. Su condición de propiedad constitucional impone claros límites a la decisión del legislador que no pueden ser desconocidos y acaba por trocar en condicional una potestad que, como la legislativa, es *prima facie* incondicional. Configura una situación parangonable a la que resulta de la suscripción de los convenios colectivos suscritos en materia laboral *expresamente previstos por la Constitución como expresión del derecho fundamental a la negociación colectiva* (artículo 55 párr. 1 CC).

Por ende, los derechos engendrados por los contratos de estabilidad jurídica deben ser objeto de consideración en caso que se produzca una reforma a los distintos regímenes legales protegidos. En tal evento, la consolidación de una posición jurídica-subjetiva sobre determinadas reglas de inversión enfrenta al legislador a dos opciones: o bien le obliga a observar la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC y a introducir la correspondiente excepción a los futuros regímenes legales modificatorios; o bien, ante la infeliz precariedad del régimen jurídico contenido en la ley 963 de 2005, le lleva apelar al régimen de las privaciones legítimas contempladas por la Constitución (*rectius* expropiación)¹²²³. De lo contrario se desconocerá el derecho, se vulnerará la Constitución y el derecho del contratista-inversionista podrá ser defendido ante los tribunales. La validez de una reforma legal aplicable con carácter general *-rectius* sin excepciones- que modifique normas amparadas por un contrato de estabilidad jurídica estará entonces, en caso de no prever el régimen de excepción correspondiente, sujeta a la legítima expropiación de las posiciones jurídico-subjetivas nacidas de los acuerdos celebrados.

457. En consecuencia, *haya excepción legal o no, el derecho deberá ser respetado*. La garantía constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC así lo impone. A su vez, la insólita estrechez del régimen previsto en la ley 963 de 2005 y la peculiaridad del objeto contractual definido restringen aviesa y soterradamente los márgenes de maniobra del Estado democrático de Derecho. Visto con atención, a la vez que

¹²²³ Esto implica el pago de la correspondiente indemnización, sumado a la previsión de una *causa expropriandi* –que no será otra que las razones que informan la reforma legal- y la regulación de un procedimiento especial para su aplicación por parte de la Administración, so pena de entender que se tratará de una expropiación judicial sujeta a las reglas generales del procedimiento que rigen de ordinario ante los jueces. Sobre los presupuestos constitucionales que condicionan el ejercicio de la potestad expropiatoria, *vid.* el apartado B del Capítulo Quinto de esta investigación y sus diferentes sub-apartados.

conlleva un serio recorte de la fuerza activa de la ley, pone en entredicho tanto el principio de prevalencia legal (la suscripción de un contrato hará “inmodificables” –en tanto que forzosamente aplicables- en determinados casos determinados regímenes), como el principio democrático, usualmente entendido, *de modo incondicional*, “en el sentido de que la voluntad posterior del pueblo prevalece sobre la anterior”¹²²⁴.

458. La modificación del ordenamiento sin contemplar excepciones ni reglas enderezadas a hacer efectiva la garantía expropiatoria y su hipotética aplicación general por parte de la Administración no podría, así, suponer un simple incumplimiento contractual que comprometa la responsabilidad patrimonial de esta última. Por encerrar la auténtica *privación de un derecho*, su consecuencia no será otra que *la activación de la faceta defensiva de la propiedad privada constitucional*. El afectado podrá así hacer uso de las acciones que el sistema legal pone a su disposición; pero más que para exigir el pago de una compensación, será (deberá ser), primero, para reclamar el amparo que constitucionalmente corresponde a su derecho. Es decir, para *rechazar una intervención no legítima* en su propiedad constitucional. Remitir la tutela del derecho nacido del contrato celebrado al instituto de la responsabilidad supondría, pues, un enfoque equivocado de esta temática. O bien equivaldría a sustraer, sin justificación alguna, a este derecho del régimen de protección del artículo 58 CC, o bien el abierto desconocimiento de este último. En ambos casos se estaría ante una vulneración de la Constitución y, por ende, frente a una interpretación no plausible de sus disposiciones.

459. Más que a una indemnización por infracción de un contrato, el afectado tiene derecho a que en aplicación de los mecanismos de cobertura primaria de su posición dispuestos por el ordenamiento, su derecho sea protegido conforme lo garantiza el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC frente a las intervenciones inconstitucionales del poder público. Por ende, dispondría tanto de la acción de inconstitucionalidad para atacar la validez de la ley (artículo 242.1 CC), como de las acciones de anulación legalmente previstas ante el contencioso-administrativo (artículos 84 y 85 CCAC) respecto de reglamentos o actos administrativos expedidos en contravía de su derecho, y de la acción de tutela (artículo 86 CC) por violación a su derecho fundamental a la igualdad, vulnerado –paradójicamente- por recibir el mismo trato que se confiere a los demás a pesar de las particularidades de su caso (artículo 13 CC)¹²²⁵. Incluso, de resultar procedente, el particular podría hacer uso de los recursos previstos en vía administrativa para pedir a la Administración la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4 CC).

¹²²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006, FJ 6.1.

¹²²⁵ Aunque pueda parecer extravagante, el trato que se le ha conferido tanto por el legislador como por el juez constitucional a los inversionistas sometidos al régimen de estabilidad jurídica previsto en la ley 963 de 2005 permitiría entender que en este caso se configuraría un supuesto de “discriminación por indiferenciación”. Respecto a esta figura *Cfr.* DÍEZ SASTRE, S. *El precedente administrativo... Passim*, pp. 367-368.

460. Frente a este panorama, mal puede desconocerse la importancia de reconocer que los derechos que surgen de los contratos de estabilidad jurídica gozan de la protección del artículo 58 CC o cuestionar la utilidad de efectuar un análisis de esta figura desde la perspectiva que aporta la garantía constitucional de la propiedad privada. Negar cualquiera de estos dos extremos conduce a embozar una situación abiertamente cuestionable desde la óptica del Estado democrático de Derecho. La ley 963 de 2005 no sólo crea un muy discutible régimen de privilegios que pone entredicho la vigencia del principio de igualdad en el orden constitucional colombiano. Al gravar al legislador de reforma con la obligación *prima facie* de incorporar una cláusula de excepción a favor de los portadores de derechos engendrados bajo esta modalidad contractual se anula la primacía general de la *lex posterior* sobre las normas *contractualmente "garantizadas"*. Además de representar una fisura notable al carácter esencialmente modificable de la ley, corolario elemental principio democrático, el contrato de estabilidad jurídica supone asimismo una clara afectación del principio de prevalencia de la ley como fundamento del Estado de Derecho: aquella no se impone ya con carácter general e incondicionado sobre todas las formas de actuación del Estado; *deberá ser exceptuada en casos particulares, a menos que se acuda al instituto expropiatorio*. Asimismo, y por causa de la protección constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC con que se reviste a un determinado régimen jurídico, *un contrato* hará que las normas que determinen las partes conserven su validez de manera especial y excepcional por el tiempo en que esté vigente el acuerdo suscrito. Una situación, sin duda, de difícil encaje en un sistema constitucional precedido por el principio de jerarquía normativa.

Modificabilidad de la ley, prevalencia legal y jerarquía normativa, subprincipios claves dentro del Estado democrático de Derecho estatuido por el artículo 1 CC, son así objeto de una seria –aunque hasta ahora inadvertida– puesta en cuestión por el sucinto régimen de la ley 963 de 2005. Aun cuando puedan parecer poco, doce escuetos artículos –y la inapreciable indulgencia del juez constitucional– han bastado al legislador colombiano para introducirse en las bases más profundas del orden constitucional e inocular en ellas un elemento por completo ajeno a nuestra tradición y a nuestro sistema jurídico. Antes que enfrentar los problemas de fondo responsables de la seria inestabilidad jurídica que aqueja a nuestro medio, el legislador y el Gobierno han optado por tomar el atajo de darlos por sentado y fabricar un traje a la medida de unos pocos: un contrato de estabilidad jurídica; todo con tal de atender el clamor de los tiempos: inversión privada *a cualquier precio y de cualquier modo*.

SEGUNDA PARTE:

LAS INTERVENCIONES ESTATALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN

Proclamar el principio de inviolabilidad de la propiedad, es entregar la propiedad a la mala inteligencia, a la obstinación, al criminal egoísmo del particular: ¡perezca todo, con tal que se salven mi casa, mi ganado, mis tierras!

R. VON IHERING¹²²⁶

¹²²⁶ IHERING, Rudolf von. *El fin del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 252.

Capítulo Cuarto:

La delimitación de la propiedad privada en virtud de la función social

“La amplitud de la propiedad así como la de la libertad, es una idea convencional cuya determinación depende de los hábitos y de la opinión común”.

O. MAYER¹²²⁷

1. A pesar de la protección que representa, la garantía constitucional del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC no hace de la propiedad un derecho absoluto. No se trata únicamente de que, en general, conforme a la jurisprudencia constitucional, se entienda que esta clase de derechos no tienen cabida dentro del orden jurídico impuesto por la Constitución¹²²⁸. La propia estructura normativa del artículo 58 CC ilustra, en particular, el carácter relativo de la protección que le es ofrecida a este derecho. Lo dispuesto tanto en la frase 2 del párr. 1, como en los párr. 2 y 4 de este precepto así permiten corroborarlo. El primero de estos enunciados - artículo 58 párr. 1 frase 2 CC- contempla la prevalencia del interés público o social sobre el interés particular cuando quiera que de la aplicación de una ley fundamentada en aquellos surja un conflicto con éste último¹²²⁹; el segundo - artículo 58 párr. 2 CC- proclama la función social y ecológica de la propiedad¹²³⁰; finalmente, el párr. 4 del artículo 58 CC autoriza la legítima privación de este derecho mediante el instituto expropiatorio¹²³¹. De esta forma, el propio texto constitucional resulta incompatible con cualquier hermenéutica que conlleve la intangibilidad del derecho. A pesar de su garantía, es posible tanto decretar su expropiación, como imponer las limitaciones, obligaciones o cargas especiales

¹²²⁷ MAYER, O. *Derecho administrativo...* Ob. Cit., p. 309.

¹²²⁸ Así, con numerosas referencias a otros pronunciamientos, la sentencia C-916 de 2002 de la Corte Constitucional, FJ 6.2.

¹²²⁹ El texto del artículo 58 párr. 1 frase 2 CC es el siguiente: “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

¹²³⁰ El texto del artículo 58 párr. 2 CC es el siguiente: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

¹²³¹ El texto del artículo 58 párr. 4 CC es el siguiente: “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos en que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”.

que exija el cumplimiento de la función social y de la función ecológica que es inherente a la propiedad¹²³².

2. Estas últimas encierran la base de *la potestad estatal de delimitación del derecho de propiedad*. Por esto, aun cuando, a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos constitucionales como el alemán (artículo 14 párr. 1 frase 2 GG) o el español (artículo 33.2 CE), el texto de la Constitución colombiana omite cualquier referencia explícita a la atribución de esta potestad a las autoridades -y, señaladamente, al legislador-, ella se encuentre ínsita en la proclamación que de la función social y ecológica del derecho se efectúa en el artículo 58 párr. 2 CC. Si bien en un sentido lato ésta es la expresión concreta en el ámbito propietario de los principios de solidaridad y prevalencia del interés general y trasunto de la profunda transformación experimentada por este derecho, en un sentido estricto se traduce en el reconocimiento implícito de esta potestad. El carácter material y normativo de la Constitución, lo mismo que la instauración de un Estado social de Derecho comprometido con la protección y realización de una multitud de derechos sociales e intereses colectivos, resaltan el vínculo del individuo con la sociedad y la importancia de esta potestad para la debida actuación del ambicioso programa constitucional. No toda intervención de interés general en la propiedad debe ser encausada a través de las reglas que rigen el instituto expropiatorio; no al menos bajo el actual marco constitucional. La delimitación de su contenido en virtud de la función social es también una forma de asegurar su realización¹²³³.

Además de representar la positivización en los textos constitucionales de la conexión de este derecho con el entorno social que le rodea y de su especial "debilidad" frente a las intervenciones del poder público¹²³⁴, la proclamación de la función social de la propiedad habilita la utilización de este derecho como instrumento al servicio de los fines del Estado social. La complejidad de los desafíos que éste debe arrostrar en la actualidad (sociales, económicos, ambientales, etc.), sumado a los múltiples cometidos que la Constitución le impone en materia de libertades y derechos sociales y colectivos, hacen del

¹²³² Así, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1. En el mismo sentido, *vid.* la sentencia C-789 de 2002, FJ 3.1.

¹²³³ Como afirma DE MARCOS FERNÁNDEZ, bien se trate de una delimitación del contenido del derecho, bien de una expropiación, el interés público deberá estar presente, ya sea en forma de función social, ya de utilidad pública o interés social como fundamento de la *causa expropriandi*. Así, aún cuando función social y expropiación constituyan institutos provistos de sustantividad normativa, conceptual, funcional y teleológica, ello no excluye que "materialmente ambos se refieran a un mismo concepto, el interés público". *Vid.* DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* p. 171. De aquí que en la actualidad no resulte procedente afirmar, como lo hiciera IHERING a finales del siglo XIX, que "[l]a expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario; sólo ella hace de la propiedad una institución prácticamente viable, que, sin ella, sería para la sociedad un azote". *Cfr.* IHERING, R. v. *El fin del... Passim*, p. 253.

¹²³⁴ En concreto, alude a la Administración MAYER, O. *Derecho administrativo... Loc. Cit.*, p. 297. En sentido análogo, pero con referencia al legislador JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht... Ob. Cit.*, p. 398.

recurso a la delimitación del contenido dominical un expediente cada vez más frecuente e intensivamente empleado por las autoridades¹²³⁵.

3. Por esto, a pesar de la visible normalización de la definición por el legislador de límites, condiciones, cargas y obligaciones para el ejercicio del derecho de propiedad de cara a la realización de intereses relevantes para la colectividad, la reflexión sobre cómo incide la función social en la forma como se concibe este derecho y su régimen debe encontrar siempre un contrapeso efectivo en la garantía constitucional del derecho. Con ser cierto que la idea de la vinculación social de la propiedad constituye un “factor delimitador” del contenido subjetivo del derecho¹²³⁶, no lo es menos que esta garantía representa a su vez el mismo papel respecto de aquella. Dado el carácter dual del derecho de propiedad constitucional, que es función social y utilidad privada al mismo tiempo, dependiendo de la clase de bien sobre el que recaiga el derecho, la configuración legal de su régimen debe guardar –con mayor o menor intensidad y detalle según el caso– las líneas fundamentales de la imagen diseñada por el constituyente. A efectos de comprender el delicado equilibrio que debe primar en la relación entre función social y garantía del derecho, a lo largo de este capítulo se analizará el significado de la función social y ecológica de la propiedad, su particular incidencia sobre ésta y algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la potestad delimitadora: su sentido, su alcance y sus implicaciones patrimoniales. Para finalizar, y con el ánimo de poner de relieve un aspecto fundamental de la garantía general del derecho y del correlativo carácter no incondicionado ni ilimitado de dicha potestad, se efectuará una revisión de los límites que debe atender el legislador en ejercicio de esta prerrogativa y se propondrá un test que formaliza e integra estas restricciones.

A. Significado de la función social de la propiedad y de su proclamación constitucional.

1. Aspectos preliminares de la función social del derecho.

4. La proclamación constitucional de la vinculación social de la propiedad por las constituciones de Querétaro en 1917 (artículo 27 CM) y Weimar en 1919 (artículo 153 WRV) oficializa la ruptura de la tradición liberal del derecho y marca formalmente el comienzo de una nueva época en el modo como éste es concebido, entendido y regulado¹²³⁷. La autorización constitucional al Estado para “imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público” (artículo 27 párr. 3 frase 1 CM), al igual que el explícito reconocimiento

¹²³⁵ Sobre este fenómeno, véase PONS CÀNOVA, F. *La incidencia de las... Ob. Cit.*, pp. 12 y ss.

¹²³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio y Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ Y TÓRREZ. “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, en *Comentarios a la Constitución Española* (Dir. Oscar Alzaga Villamil), T. III, Madrid, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 527.

¹²³⁷ Para un análisis de la incidencia de estas constituciones sobre la forma como el derecho de propiedad es concebido en el constitucionalismo moderno, véase *supra*, el apartado B del Capítulo Primero de este escrito.

de su apertura a fines socialmente relevantes (artículo 153 párr. 4 WRV¹²³⁸) y de la potestad estatal de delimitación de su contenido y límites (artículo 153 párr. 1 frase 2 WRV¹²³⁹) señalan el fin de la visión de la propiedad como un derecho cerrado, exclusivo, individualista, ilimitado -aunque eventualmente limitable-; en suma, como esfera de poder sometida a la soberana y omnímoda voluntad del *dominus*. La idea de la función social domina desde entonces el panorama de la propiedad privada y rivaliza en protagonismo, con mayor o menor intensidad según el ordenamiento constitucional de que se trate, con el interés personal del propietario. Esto no significa que la idea según la cual la propiedad debe servir igualmente al bien común haya surgido entonces. Aunque con un sentido y un alcance diferentes, de tiempo atrás se debate que junto al elemento subjetivo del derecho, la propiedad integra un importante componente social¹²⁴⁰.

5. Tampoco resulta exacto considerar –como es habitual en algunas exposiciones– que aquélla haya sido el fruto repentino o exclusivo de los planteamientos de un autor o de una doctrina jurídica en concreto. Del mismo modo que la conexión general entre individuo y sociedad no constituye una novedad de este momento histórico¹²⁴¹, la idea particular del vínculo social de la propiedad planeaba sobre este derecho desde mucho antes de su recepción oficial en los textos de las constituciones modernas.

¹²³⁸ De acuerdo con este enunciado: “La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común”.

¹²³⁹ Conforme a lo dispuesto por el párr. 1 del artículo 153 WRV: “La propiedad privada está garantizada por la Constitución. Su contenido y límites resultan de las leyes”.

¹²⁴⁰ La concepción romana de este derecho es una evidencia de ello. Como ha sido mayoritariamente destacado por la doctrina especializada actual, la conocida fórmula, según la cual la propiedad es la suma de los derechos de goce y disposición (*dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*), no es romana sino medieval. Una concepción individualista del derecho resulta poco acorde con la particular organización social de Roma, fuertemente preocupada tanto por la tutela del individuo, como de la sociedad. Así, como destaca HINESTROSA, “[e]l pueblo romano o, más concretamente, el propietario romano, mientras se conservaron los rasgos propios de la nacionalidad, no hubo menester de limitaciones legales, su espíritu cívico, su propia mentalidad hacían que se comportara en el ejercicio de su derecho y en la misma necesidad de ejercerlo, *bona fides*, con lealtad, autolimitándose en beneficio público, de sus vecinos, de la ciudad, etc. Y es apenas cuando aparecen el decaimiento de las costumbres ancestrales y la contaminación con otras culturas menos exigentes y menos respetuosas de la individualidad y la comunidad, cuando resulta útil y aun necesaria la presencia de textos legales y fórmulas pretorianas para recordar y hacer efectivo lo que antes era espontáneo y natural”. *Vid.* HINESTROSA, F. *Apuntes de... Ob. Cit.*, p. 23. El sutil pero eficaz equilibrio entre facultades individuales y límites relacionados con el interés social con que el Derecho romano articuló los “derechos privados” es gráficamente puesto de manifiesto por IHERING en casos como el de la patria potestad y la propiedad privada. *Vid.* IHERING, R. v. *El fin del... Op. Cit.*, pp. 247 y ss.

¹²⁴¹ Así, por ejemplo, para Cicerón representa un mandato de la naturaleza, que constituye a su vez un presupuesto social, “que la utilidad de cada uno en particular, y la universal es una misma, y que si alguno quiere usurparla, se deshará la sociedad humana”. CICERÓN. *Los oficios* (Trad. Manuel de Valvuenas), 2ª Edición, Tomo I, Madrid, Imprenta Real, 1788, p. 243 -Libro III, Cap. VI-. Texto consultado en: <http://books.google.es>

1.1. Algunos antecedentes remotos de la proclamación constitucional de la función social del derecho de propiedad.

6. Ciertamente, la tesis según la cual con anterioridad a este momento cualquier conexión de la propiedad con el bien común o restricción de los poderes pretendidamente ilimitados del propietario se tenía por incompatible con el espíritu de la institución resulta infundada. Ella corresponde, *acaso*, al periodo de auge del liberalismo individualista posterior a la caída del *ancien régime*. Ya en el Derecho romano existían limitaciones al poder de disposición del propietario sobre sus bienes impuestas con base en consideraciones sociales, sin que ello afectara la institución del dominio. Desde una perspectiva general, la máxima *summum jus, summa injuria* atestigua ya la inconveniencia de una concepción absoluta de los derechos. Ello resulta igualmente apreciable en un plano concreto. Así, de una parte, por ejemplo, al propietario le estaba vedado disponer que después de su muerte sus bienes fueran enterrados con él o destruidos -como debería poder suceder en un medio presidido por una concepción individualista de la propiedad¹²⁴². De otra, con independencia de que formara parte de un predio particular, se consideraba cosa pública a la orilla de los ríos, esto es, a aquella porción de terreno que “contiene al río cuando está más crecido”¹²⁴³-. También se delimitaba la propiedad con la regulación de cuestiones cotidianas de la vida urbana como el cuidado de los muros y paredes que dan a las vías públicas¹²⁴⁴, o de las servidumbres entre predios vecinos (luces, desagüe, vigas, etc.)¹²⁴⁵; lo mismo que de asuntos tales como la explotación por terceros de las minas en predios particulares con el fin de asegurar el adecuado aprovechamiento de esta riqueza¹²⁴⁶.

7. Aun cuando partidario de la propiedad particular de las cosas, en cuanto a su uso y disfrute TOMAS DE AQUINO defendió una posición de aprovechamiento común de los bienes, de modo que pudieran favorecerse de ellos aquellos que los necesitaran¹²⁴⁷. Una postura semejante era compartida por los teólogos juristas de la escolástica española. Dada la naturaleza corrompida del hombre y el lazo teológico que une al poder de apropiación de las cosas con la gracia de Dios -que delegó en los hombres este poder-, también ellos atribuían un carácter moral al derecho de propiedad. Por esto, a pesar de afirmar la necesidad y la conveniencia de su reconocimiento, pregonaban igualmente el uso común de los bienes¹²⁴⁸.

¹²⁴² L. 14, § 5 de relig. (11, 7). Como explica IHERING, esta cláusula resultaría inadmitida “no porque el testamento no tuviese por objeto instituir herederos y asignar legados, porque el testador puede dictar otras muchas disposiciones, sino por la única razón de que una disposición semejante viola el destino social de la propiedad”. *Vid. IHERING, R. v. El fin del... Loc. Cit.*, p. 251.

¹²⁴³ Digesto 43, 12, 3.

¹²⁴⁴ Digesto 43, 10, 1, 1.

¹²⁴⁵ Digesto 8, 2.

¹²⁴⁶ Codex 11, 6, 3.

¹²⁴⁷ TOMÁS DE AQUINO. *Suma de teología*, Tomo III, Madrid, BAC, 1990, II-II (a), Q. 66, art. 2, p. 544.

¹²⁴⁸ Así, por ejemplo, DE SOTO, Domingo. *De la Justicia y del Derecho*, Tomo II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 197 (Libro IV, Q. III, art. I). Al respecto, véase el estudio efectuado por GALLEGU ANABITARTE, A. “Sobre la propiedad... *Ob. Cit.*, pp. 526 y ss.

8. El ascenso del *ius naturalismo* racionalista, que ve al derecho de propiedad como un derecho natural del individuo exigido por la libertad individual, supuso el abandono de la concepción moral de este derecho. La disociación racionalista de los fundamentos teológicos y éticos de la propiedad permite acentuar su carácter cada vez más absoluto¹²⁴⁹. La filosofía liberal individualista, con LOCKE y KANT a la cabeza, ahonda el nexo de la propiedad con la libertad y aporta una nueva fuente de legitimación de este derecho. Al verlo no ya solamente como una forma de velar por la satisfacción de las necesidades del hombre, sino también como una manera de asegurar el disfrute del producto del propio esfuerzo, el liberalismo individualista proporciona una nueva clave para asegurar la legitimidad ética del mismo: el trabajo¹²⁵⁰.

9. Cristalizada en el artículo 17 de la declaración de 1789, la visión liberal de la propiedad hará de ella un derecho natural, inviolable y sagrado, llamado a servir de fundamento del orden social a fundar tras la caída del *ancien régime*. Aunque el artículo 1 del Título Octavo del Código General Prusiano (ALR por su sigla en alemán) de 1794 incorporó una noción liberal de este derecho¹²⁵¹, será en el siglo XIX, tras su incorporación en el artículo 544 del Código Civil francés en 1804, cuando ésta alcance su momento estelar. Erigido en “carta fundamental del individualismo jurídico”¹²⁵², a este precepto corresponde una influencia notoria en la conformación del orden jurídico de la propiedad a lo largo de este siglo. Al influjo ejercido sobre codificaciones posteriormente expedidas en otros Estados – visible, entre otros, en los artículos 354 y 362 del Código Civil austriaco, 348 del Código Civil español y 669 del Código Civil colombiano- se suma el valor “constitucional” que se atribuía a estos cuerpos legales¹²⁵³. Ubicados en el vértice del ordenamiento, ellos debían, con su filosofía, su sistemática, sus principios y

¹²⁴⁹ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, p. 23.

¹²⁵⁰ *Idem*, pp. 28 y ss. Para LOCKE todas las cosas que se hallan en el mundo y sus frutos “pertenecen a la humanidad comunitariamente” (Cfr. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre... Op. Cit.*, p. 56). Nadie tiene, entonces, un dominio privado sobre estos bienes tal y como se encuentran en la naturaleza. Por esto, dice, “tiene que haber necesariamente algún medio de apropiárselos antes de que puedan ser utilizados de algún modo o resulten beneficiosos para algún hombre en particular”. (*Idem*) El trabajo es este medio: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada 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 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 sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás” (*Idem*, pp. 56-57) –cursivas fuera de texto-.

¹²⁵¹ De acuerdo con esta disposición: “Propietario es aquél que está facultado para disponer sobre la sustancia de una cosa o de un derecho con exclusión de otros, en virtud de su propio poder, por el mismo o a través de un tercero”.

¹²⁵² RODOTÀ, S. *El terrible... Ob. Cit.*, p. 72.

¹²⁵³ *Idem*, p. 81.

sus aspiraciones, acotar y asegurar la esfera de libertad de los individuos en su vida privada. En tanto que portador de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico en general, el Código “no toleraba (...) ser leído, interpretado o integrado según criterios externos a él”¹²⁵⁴. Su lógica se imponía, pues, sobre las demás leyes¹²⁵⁵. Por ende, la imagen de una propiedad inviolable y sagrada, unitaria, absoluta, cerrada, ilimitada pero limitable de manera puntual y excepcional por las leyes, constituía una referencia obligada para el conjunto del ordenamiento jurídico.

1.2. Algunos antecedentes cercanos de la proclamación constitucional de la función social del derecho de propiedad.

10. Los múltiples problemas sociales y económicos derivados de los postulados del liberalismo individualista obligaron a replantear las bases sobre las que se asentaba el Estado liberal de Derecho. Naturalmente la idea de propiedad acuñada no estaba exenta de las críticas derivadas del incumplimiento de las promesas de bienestar de “la mano invisible”. Así, para finales del siglo XIX la crítica al pandectismo y a la acabada impronta individualista plasmada en los proyectos de códigos civiles alemán y suizo sumó destacadas voces en contra del marcado individualismo apreciable en sus disposiciones. Esta tendencia se extendió igualmente a Francia, Italia y España, donde la reivindicación de la vocación social del Derecho en general y del derecho de propiedad en concreto encontró notables defensores.

a) La crítica al pandectismo.

11. Para GIERKE, era preciso cuestionarse sobre la procedencia de la idea de una “potestad pura” (*reine Befugnis*), tal como se planteaba en las Pandectas la idea de derecho¹²⁵⁶. Buscaba llamar la atención sobre la necesidad de dejar de ver los derechos como figuras unidireccionales (*einseitig*), poseedoras un contenido cargado exclusivamente de facultades. A su juicio, la irreductible y permanente interrelación de voluntades presente en las sociedades modernas se muestra inconciliable con esta posición. De ahí que el Derecho de los bienes debiera dejar de ser visto como la simple interacción de la voluntad de un sujeto con un objeto carente de ella (*willenlose Objekt*)¹²⁵⁷. Las potestades que el Derecho Privado confiaba a los individuos constituían así “medios culturales” (*Kulturmittel*) que debían servir a la sociedad¹²⁵⁸. En su parecer, “[a]llí donde un hombre se halle enfrente de otro, para nuestra concepción actual el dominio sin obligaciones (*pflichtenlose Herrschaft*) se encuentra excluido”¹²⁵⁹. La razón: no puede haber

¹²⁵⁴ CARONI, P. *Lecciones catalanas sobre... Passim*, p. 25.

¹²⁵⁵ *Idem*. En sentido análogo, véase RODOTÀ, S. *El terrible... Ob. Cit.*, pp. 128 y ss.

¹²⁵⁶ GIERKE, O. v. *Die soziale Aufgabe... Loc. Cit.*, p. 17.

¹²⁵⁷ *Ibidem*.

¹²⁵⁸ *Idem*, p. 19

¹²⁵⁹ *Idem*, p. 17.

derecho sin obligación (“*kein Recht ohne Pflicht*”)¹²⁶⁰. Por esto, no dudaba en proclamar el ocaso de la concepción absoluta de la propiedad¹²⁶¹. En casos de necesidad, dice, el ordenamiento jurídico no debe vacilar “no sólo en prohibir el abuso de la propiedad, sino también en imponer como obligatorio el uso del derecho en la medida que lo exija el interés social”¹²⁶². Más que una mera hipótesis, este tipo de intervenciones del Estado en la propiedad eran, ya entonces, dice, una realidad. De ahí que califique de “pura ficción” a una concepción absoluta del señorío exclusivo del propietario sobre la cosa¹²⁶³.

12. Las numerosas incursiones estatales en el ámbito de la propiedad (en materia agrícola, forestal, minera, hidrológica, de calles, de incendios y sanitaria, entre otras) son señaladas por MENGER¹²⁶⁴. En su concepto, a pesar de la plena validez y eficacia restrictiva del ámbito dominical de estas limitaciones, se trata de intervenciones procedentes del Derecho Administrativo, injustificadamente ignoradas por la doctrina civilista en consideración a la tradicional división entre Derecho Público y Derecho Privado¹²⁶⁵. Esta circunstancia, dice, ha propiciado la conservación de ideas viejas, que no reflejan la realidad positiva del derecho de propiedad. Por esto, en su crítica a la redacción del §848 del proyecto de Código Civil alemán (a la postre adoptado en el §903 BGB) propuso una redacción conforme a la cual “el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de la misma, *dentro de los límites de la ley*, excluyendo a terceros, salvo cuando derechos de terceros justifiquen ciertas restricciones”¹²⁶⁶ (cursivas del texto).

13. En una línea semejante se mueven los planteamientos de IHERING. Parangona el orden social con el contrato de sociedad y resalta la importancia de la cooperación de todos para un fin común¹²⁶⁷. En su concepto, “[t]oda nuestra civilización, toda la historia de la humanidad reposa sobre la aplicación de la

¹²⁶⁰ *Ibidem*.

¹²⁶¹ Tras constatar que a pesar de su fortaleza y plenitud en el ordenamiento alemán, al derecho de propiedad le habían sido impuestas numerosas obligaciones que representaban algo más que “anomalías” o intromisiones del Derecho de policía en el Derecho Privado, de manera expresiva el autor exclama: “La propiedad sin obligaciones no tiene ningún porvenir!” [*Das pflichtenlose Eigentum (sic) hat kein Zukunft!*]. Vid. *Ibidem*, p. 18.

¹²⁶² *Idem*, p. 19.

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 20.

¹²⁶⁴ MENGER, A. *El Derecho Civil y los ... Op. Cit.*, pp. 265 y ss.

¹²⁶⁵ *Idem*, p. 265.

¹²⁶⁶ MENGER, A. *El Derecho Civil y los ... Op. Cit.*, p. 269. De esta manera, afirma el autor, “y de acuerdo con la moderna condición jurídica, se estatuiría desde luego, mediante la definición del concepto de la propiedad, que el propietario puede disponer libremente de la cosa, sólo dentro de los límites restrictivos, cada vez más restrictivos, de la ley, al modo como un funcionario administrativo, que puede cumplir su función según lo entienda, pero dentro de los límites legales”. *Cfr. Idem*.

¹²⁶⁷ Afirma así que “[n]uestra existencia entera, todas nuestras relaciones, constituyen de hecho una sociedad, es decir, una cooperación a los fines comunes, en la cual, obrando para otro, cada uno obra también para sí mismo, y donde la acción para sí mismo implica también la acción para otro”. Vid. IHERING, R. v. *El fin del... Ob. Cit.*, p. 47.

existencia individual a los fines de la comunidad”¹²⁶⁸. Define la sociedad como “la organización de la vida *por y para otro*”¹²⁶⁹ y entiende, por lo tanto, que “[v]ida humana, vida social, son una sola y misma cosa”¹²⁷⁰. Por esta razón, rechaza la idea que la propiedad exista sólo para atender el interés individual de su titular¹²⁷¹ y conlleve el reconocimiento de poderes ilimitados¹²⁷². A su juicio, la menor intensidad de la regulación estatal en este ámbito en comparación con otros campos como el de la familia se debe a que de ordinario el interés personal del propietario le llevará a dar buen uso a sus pertenencias. Pero, enfatiza, “si grandes extensiones se hallan sin cultivo, si crecen malas hierbas allí donde podría germinar el grano, si comarcas enteras están abandonadas al solo placer de la caza, sin que el arado trace en ellas un surco, ¿deberá la sociedad permanecer impasible?”¹²⁷³. La legislación urbanística y de minas, aclara, brindan un buen ejemplo de la implicación estatal en la preservación de intereses relevantes para la colectividad¹²⁷⁴.

b) La crítica al sistema individualista.

14. Convencido de la interdependencia social de las instituciones jurídicas y frente a los cambios económicos y sociales experimentados a finales del siglo XIX y comienzos del XX, DUGUIT postula igualmente la transformación del derecho de propiedad. La fórmula de la función social se encuentra explícita y rotundamente enunciada en sus planteamientos¹²⁷⁵. En las sociedades modernas, dice, la propiedad privada “se socializa”¹²⁷⁶. Esto no quiere decir, aclara, que se convierta en colectiva; significa dos cosas: “primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de la riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada vez más numerosos”¹²⁷⁷. Retoma el postulado de COMTE, según el cual “nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber”¹²⁷⁸ y afirma que “[t]odo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función social

¹²⁶⁸ *Idem*, p. 42.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹²⁷⁰ *Idem*.

¹²⁷¹ *Idem*, p. 249.

¹²⁷² En su parecer, “No es (...) exacto, decir que la propiedad (...) supone el poder absoluto de disponer de las cosas. Nunca la sociedad ha tolerado una propiedad tan ilimitada: su concepto no puede contener nada que esté en oposición con el de la sociedad. Esta comprensión absoluta de la propiedad, es el último eco de la viciosa teoría del derecho natural, que aislaba al individuo de todos los elementos sociales en medio de los cuales se mueve”. *Cfr. Idem*, pp. 251-252.

¹²⁷³ *Ibidem*, pp. 249-250.

¹²⁷⁴ *Idem*, p. 250.

¹²⁷⁵ De hecho, en su conocido concepto, “la propiedad no es un derecho; es una función social”. *Cfr. DUGUIT, L. Las transformaciones generales... Passim*, p. 37.

¹²⁷⁶ *Ibidem*, p. 168.

¹²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 168-169.

¹²⁷⁸ COMTE, Auguste. *Système de politique positive*, Vol. 1, 1892, p. 156. Citado por DUGUIT, L. *Las transformaciones generales... Loc. Cit.*, p. 179.

en razón directa del lugar que en ella ocupa¹²⁷⁹. En el caso del propietario esto se traduce en que “por lo mismo que posee la riqueza puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida en que la cumple¹²⁸⁰. En consecuencia, con miras a asegurar el empleo de las riquezas de conformidad a su destino, el incumplimiento de esta tarea por parte del *dominus* habilita a las autoridades a exigir su acatamiento¹²⁸¹. “La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza¹²⁸². Pese a la nitidez con que aparece reflejada la idea de la vinculación social del derecho en los planteamientos de este autor, su negativa tajante a admitir la existencia de derechos subjetivos¹²⁸³ impide formular una plena identificación entre su doctrina y el significado de la función social de la propiedad en la Constitución¹²⁸⁴.

15. También abogaron por un empleo productivo de la riqueza individual, la reelaboración del concepto individualista del derecho de propiedad y la reflexión sobre la tutela que a él brindaba incondicionalmente el ordenamiento jurídico liberal –sin consideración al empleo que de su derecho hacía el propietario– autores como CIMBALI¹²⁸⁵ en Italia, DE AZCÁRATE¹²⁸⁶, COSTA¹²⁸⁷ y GINER DE LOS RIOS¹²⁸⁸ en España o JOSSERAND¹²⁸⁹ en Francia.

¹²⁷⁹ *Ibidem*, p. 178.

¹²⁸⁰ *Idem*. En sentido análogo, *vid.* la p. 37.

¹²⁸¹ *Idem*, p. 37.

¹²⁸² *Ibidem*, p. 178. En sentido análogo, *cfr.* la p. 37.

¹²⁸³ *Idem*, p. 36. Es en su Tratado de Derecho constitucional donde el autor desarrolla con mayor amplitud su tesis sobre la inexistencia de derechos subjetivos. *Vid.* DUGUIT, Léon. *Traité de... Loc. Cit.*, pp. 217 y ss.

¹²⁸⁴ Como ha sido destacado por la Corte Constitucional con ocasión de la interpretación de la frase 1 del párr. 2 del artículo 58 CC (“La propiedad es una función social que implica obligaciones”), “tal radicalismo estaba lejos de la intención del constituyente, que en ningún momento pensó en acabar con el sistema de derechos subjetivos”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 4, nota a pie de página No. 9. En sentido análogo, véase la sentencia C-595 de 1999, FJ B-2.

¹²⁸⁵ CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del Diritto Civile*, 4ª Edición, Torino, Tipografico – Editrice Torinese, 1907, pp. 184 y ss.

¹²⁸⁶ DE AZCÁRATE, Gumersindo. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, T. I y II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879-1880. Como lo expresa el autor en el Prólogo de la obra –y confirma en sus conclusiones–, el objeto de este trabajo no era otro que demostrar a la luz del examen histórico del desenvolvimiento del derecho de propiedad en el tiempo que el “*noli me tangere*” invocado por quienes pretendían ver en la propiedad un “nuevo Dios, un dogma indiscutible” e inmutable resultaba completamente infundado. Más que una entidad metafísica, aquella “no es más que una institución social, que como todas muda, cambia, progresa y se desenvuelve”. *Vid. Idem*, p. XVII.

¹²⁸⁷ COSTA, Joaquín. “Colectivismo agrario”, en *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos*, 3ª Edición, Madrid, Alianza, 1973, pp. 49 y ss. Ya en 1898, año en que fue publicada su obra *Colectivismo agrario*, Costa se empeñó en demostrar la existencia de una escuela económica española históricamente opuesta a la idea de la propiedad privada sin límites o como una institución perteneciente exclusivamente al Derecho Privado. En su lugar, expone, se ha reclamado “alguna intervención, mayor o menor, de parte del Estado para el efecto de regular u

16. Este último destacó la virtualidad de la doctrina del abuso de los derechos para reprimir y prevenir los desmanes de una concepción absoluta de la propiedad. El Derecho contemporáneo, dice, presupone en cada derecho un espíritu, una función que le está encomendada, y condena cualquier acto que vaya en su contra¹²⁹⁰. Así, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, que sancionaba únicamente al acto que se surtía con intención nociva, el Derecho moderno sustituye el criterio intencional por el funcional¹²⁹¹. De este modo, “quien quiera que intente apartarlo [al derecho] de su misión social, comete una falta, delictuosa o casi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad”¹²⁹². En tanto que derecho “de fundamento egoísta” –por oposición a los derechos “altruistas”, como la patria potestad¹²⁹³-, en el ejercicio del derecho de propiedad resulta legítima la búsqueda de un interés personal, mas no la *desviación del derecho*¹²⁹⁴. Por esto, afirma, no se ha tutelado el derecho de quienes han realizado un ejercicio indebido del dominio aéreo de su propiedad, de su subsuelo o del derecho reconocido al propietario de un inmueble para solicitar de su inquilino la restitución del bien para su propio uso¹²⁹⁵. Aun cuando en estos casos el autor no valora la intención de afectar al vecino o al tercero, si tiene en cuenta la ausencia de un interés legítimo del titular del derecho en cada uno de estos actos¹²⁹⁶. Con ello, si bien se recortan significativamente los poderes y el ámbito de libertad del propietario, se introduce un matiz notable a la vinculación social del bien.

Toda vez que esta teoría apunta al “control del abuso”¹²⁹⁷ del derecho, se centra en restringir negativamente la actuación del propietario mediante la interdicción de actos contrarios a dicho destino con el fin de impedir actuaciones antisociales. No obstante, de una parte, a pesar de predicarse la existencia de una función relevante para la colectividad, el carácter “egoísta” del derecho de propiedad acaba por hacer del interés personal legítimo del *dominus* la medida de la

ordenar la producción y distribución de la riqueza con entera independencia de la acción y de la voluntad de los individuos”. Cfr. *Idem*, pp. 128-129. Aboga así por la reivindicación del concepto de propiedad que se desprende de esta escuela. Un concepto que representa y supone su renovación, “un sentido más orgánico que el usual hoy en la concepción de la sociedad, y por tanto, de la relación del todo social con cada uno de sus miembros; un principio de organización jurídica o política del orden económico; y una protesta autorizada contra ese inhumano *laissez-faire* gubernamental, pasado ya de moda en casi todas partes menos en España”. *Vid. Idem*, p. 135.

¹²⁸⁸ GINER DE LOS RIOS, Francisco. *Resumen de filosofía del Derecho*, T. II, Madrid, Espasa – Calpe, 1926, pp. 69 y ss.

¹²⁸⁹ JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit civil positif français*, T. I, 2ª Edición, Paris, Sirey, 1932, pp. 761 y ss.

¹²⁹⁰ JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1999, p. 5.

¹²⁹¹ *Ibidem*.

¹²⁹² *Idem*.

¹²⁹³ *Ibidem*, p. 6.

¹²⁹⁴ *Idem*, pp. 6-7.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 7 y ss.

¹²⁹⁶ *Idem*.

¹²⁹⁷ *Idem*, p. 7.

legitimidad de su conducta¹²⁹⁸ -la idea de función social del derecho presupone, en contraste, justamente lo contrario-; de otra, se traduce sólo en la imposición al propietario del deber de abstenerse de realizar actos que causen un perjuicio a la colectividad, sin conllevar el deber positivo de actuación en un sentido social concreto. Así, a pesar de haber puesto de relieve la existencia de una “misión social” de los derechos y de excluir una libertad absoluta en el ejercicio de las facultades dominicales, el sentido de la función social de la propiedad constitucionalmente proclamada *va más allá* de los planteamientos propios de la teoría del abuso del derecho.

2. La idea de la función social de la propiedad en la Constitución.

17. La ausencia de una definición constitucional de lo que significa la función social de la propiedad, lo mismo que de un único y concluyente antecedente capaz de dar respuesta a las muchas preguntas que suscita el enunciado del artículo 58 párr. 2 frase 1 CC obligan a efectuar su reconstrucción a partir de los datos que proporciona el propio texto constitucional. Con todo, no es ésta una labor sencilla. Pocos conceptos jurídicos poseen la importancia teórica y práctica, a la vez que la opacidad conceptual, de la función social del derecho de propiedad. Calificado de “vago y difuso”¹²⁹⁹ -o, incluso, de “insidioso infundio”¹³⁰⁰- por unos, y de “espíritu interno”¹³⁰¹, “centro de gravedad”¹³⁰² o “columna vertebral de la garantía constitucional”¹³⁰³ del derecho por otros, su consideración detallada resulta inevitable para el adecuado estudio y comprensión de la materia que aquí se examina. No en vano ha sido caracterizada como “una radical innovación en el modo de disciplinar la propiedad, en el modo de analizarla, en el modo de coordinar el interés particular con el de otros sujetos”¹³⁰⁴. No se trata únicamente de una opción doctrinal, derivada del hecho que cualquier otro proceder difícilmente permitiría apreciar con perspectiva las transformaciones experimentadas por la propiedad privada en los últimos tiempos. Constituye *una exigencia metodológica inexcusable*

¹²⁹⁸ Para JOSSEMAND “[t]odo se reduce, pues, a discernir de una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte, el *móvil* a que su titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente, es decir, impunemente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. El *móvil* se convierte así en el centro mismo del problema”. *Cfr. Idem*, pp. 5-6.

¹²⁹⁹ DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de...* Op. Cit., p. 124.

¹³⁰⁰ *Idem*, p. 187.

¹³⁰¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* Loc. Cit., p. 48.

¹³⁰² CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* Ob. Cit., p. 66.

¹³⁰³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de licencia urbanística”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009, p. 8. Texto consultado en la dirección electrónica: http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=deradmin2&NavigationTarget=navurl://b5616225777654bd3f6429ecd20271a2

¹³⁰⁴ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* Op. Cit., p. 348.

derivada de su expresa consagración constitucional. En tanto que componente estructural del régimen del derecho de propiedad en la Constitución, su estudio no puede efectuarse al margen de lo que aquella representa para este último.

18. *Prima facie* la indeterminación conceptual de la función social de la propiedad resulta doblemente paradójica: por un lado, pese a la imprecisión de sus contornos, ha supuesto la superación y el replanteamiento de una noción de perfiles tan claros y tan arraigada en el pensamiento jurídico de occidente como la de propiedad liberal¹³⁰⁵; por otro, aun cuando dogmáticamente resulte incierto cuál es el límite de su injerencia sobre el derecho, su uso por parte de las autoridades de Estados de Derecho constitucionalmente estatuidos resulta cada vez más habitual y penetrante¹³⁰⁶. No obstante, más que en un lastre¹³⁰⁷, la abstracción y ambigüedad de esta fórmula se han erigido en sus notas características y claves fundamentales de su extendida acogida. Los amplios márgenes de interpretación que ofrece, explican el consenso general que existe en torno a ella¹³⁰⁸.

Ahora bien, como puede deducirse de una lectura atenta de la literatura especializada, esta vaguedad conceptual ha favorecido tanto su propagación, como su crítica. Así, por una parte, ha promovido su uso por las autoridades – toda vez que “la Administración aparece intensa y frecuentemente investida de amplias facultades garantizadoras e incluso definidoras de la vocación social de la propiedad privada”¹³⁰⁹- y contribuido a su proliferación en distintos ordenamientos –al punto de llegar a ser catalogada como “una característica típica del sistema jurídico capitalista”¹³¹⁰-. Pero también ha representado un flanco abierto a todo tipo de censuras y reservas. Le ha valido el señalamiento de ser “fuente de tantas deformaciones y trivializaciones” del concepto de propiedad¹³¹¹; así como el cargo de envolver “un concepto taumatúrgico,

¹³⁰⁵ Estas bases son destacadas, entre otros, por RÍOS ALVAREZ, Lautaro. “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, T. 3, Madrid, Editorial Complutense, 1992, pp. 1531 y ss.

¹³⁰⁶ En este sentido, ESCRIBANO COLLADO, P. “Función social y... *Ob. Cit.*, p. 449.

¹³⁰⁷ No debe olvidarse que, en últimas, el moderno constitucionalismo económico se caracteriza, justamente, por la adopción de cláusulas abiertas y abstractas para la regulación de la economía. Introducidas como fórmulas de compromiso entre las distintas fuerzas políticas que han acordado los textos constitucionales, están llamadas a permitir un manejo flexible de la política económica en el marco de unas garantías mínimas de observancia obligada para los gobiernos de turno, al margen del que pueda ser su signo ideológico. *Cfr.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho administrativo económico... Op. Cit.*, pp. 71 y ss.

¹³⁰⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 44, nota a pie de página No. 3. Como explica este autor, la posibilidad de otorgarle contenidos muy diversos es la causa por la que tanto socialistas utópicos, como marxistas revolucionarios, la doctrina social católica, el institucionalismo jurídico o las teorías fascistas y corporativas italianas y alemanas se muestran de acuerdo con la teoría de la función social de la propiedad. *Cfr. Idem.*

¹³⁰⁹ ESCRIBANO COLLADO, P. “Función social y... *Passim*, p. 449.

¹³¹⁰ RODOTÀ, S. *El terrible... Loc. Cit.*, pp. 222-223.

¹³¹¹ DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de... Op. Cit.*, pp. 154-155.

utilizable en todo caso”¹³¹². Igualmente ha dado lugar a que otros le recriminen servir para el encubrimiento del carácter clasista de la propiedad privada, oculto tras la promesa de transformación envuelta en ella: más que la anunciada ruptura del sistema, ha representado tan sólo un cambio de perspectiva¹³¹³. En una línea semejante se ubican quienes, disminuyendo su impacto sobre la institución de la propiedad, ven en los intentos por socializarla meras formas de protegerla y de asegurar su supervivencia¹³¹⁴. Los más extremos, por último, han visto en ella una “fórmula vaga, llena problemas y también de peligros” tanto en lo jurídico, como en lo político y social¹³¹⁵.

19. De cualquier forma, es un hecho que su positivación por el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC como rasgo definitorio de la propiedad constitucional obliga a explorar posibles significados de esta cláusula. La ausencia en el texto de la Constitución de una definición expresa impone su reconstrucción a partir de los diferentes datos que conforman el régimen constitucional del derecho de propiedad, *en especial desde la garantía del derecho, su nexa con el principio de Estado social y su condición de aspecto medular de la potestad de delimitación del derecho*. No obstante, y a causa justamente de la indeterminación de esta cláusula, esclarecer su significado y sentido supone, más que una formulación explícita y análisis frontal de conceptos concretos, la aproximación progresiva a su idea general y a la influencia que ejerce sobre la noción y el régimen de ejercicio del derecho de propiedad. Este análisis inductivo permitirá arribar a conclusiones relevantes respecto de este extremo del régimen constitucional de la propiedad. Con todo, antes de emprender este ejercicio resulta procedente intentar esclarecer el sentido y alcance que a la función social del derecho quiso dar el órgano constituyente.

¹³¹² ESCRIBANO COLLADO, P. “Función social y... *Ob. Cit.*, p. 449.

¹³¹³ RODOTÀ, S. *El terrible...* *Op. Cit.*, p. 269.

¹³¹⁴ RIPERT, Georges. “Evolución y progreso del derecho”, en *La crisis del Derecho* (Trad. de Marcelo Cheret), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953, pp. 19-20. En sentido análogo, LEISNER, W. “Eigentum... *Passim*, p. 1035.

¹³¹⁵ CASTAN TOBEÑAS, José. *La propiedad y sus problemas actuales*, 2ª Edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1963, p. 66. Para este autor se trata de una idea que todavía “no ha adquirido precisión ni en la nomenclatura jurídica (así se habla un poco confusamente de la socialización, estatificación, nacionalización, solidarismo, intervencionismo, dirigismo, etcétera) ni en el cuadro de las instituciones y las soluciones prácticas. Todavía no hay acuerdo ni fijeza en la apreciación de cuestiones tan fundamentales como estas que señala HEDEMANN: *¿Por quién se ha de realizar la socialización? ¿Para quién se ha de socializar? Y sobre todo, ¿dónde está el límite*, es decir, la frontera real de la que no debe pasarse, toda vez que no es posible una socialización plena del ser humano, ni siquiera una socialización total de la economía?” (cursivas del texto). *Vid. Idem*. A lo anterior se suman los múltiples “riesgos y peligros” (*idem*) envueltos en el mayor intervencionismo estatal que promueve y que puede hacer “que se pierda u olvide el sentido natural y humano de la propiedad; que llegue a concebirse al hombre no como ser racional, dotado de autonomía individual, sino como miembro de la sociedad y más concretamente del Estado; que el individuo y la familia queden enteramente absorbidos por la organización estatal; que, en definitiva, mediante limitaciones o tributos excesivos, se vaya perdiendo el contenido económico del derecho de propiedad, y se llegue a un régimen prácticamente colectivista, con el que perezcan la libertad y los valores personales humanos” (*idem*).

2.1. El significado de la función social de la propiedad en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente.

20. En línea con la tradición constitucional colombiana, el debate sobre la propiedad surtido al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estuvo presidido, en lo fundamental, por la idea de función social del derecho. Así se puede deducir del análisis de los diferentes textos propuestos, en los cuales, casi indistintamente, se reproducía la fórmula introducida al ordenamiento colombiano por la reforma constitucional de 1936: “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”¹³¹⁶. Aprobado definitivamente, este enunciado pasaría a constituir la frase 1 del párr. 2 del artículo 58 CC.

21. A pesar de su fuerte carga política y semiótica, semántica y jurídicamente se trata de una proposición de difícil interpretación. Su manifiesta indeterminación suscita multitud de incógnitas y hace que no resulte sencillo precisar su significado. ¿Quiere ello decir que para el constituyente la propiedad ha perdido la condición de derecho subjetivo? ¿Dónde queda entonces la garantía del mismo proclamada en la frase 1 párr. 1 del propio artículo 58? ¿Por qué prever entonces el instituto expropiatorio? ¿Qué significado tiene, entonces, la fórmula “función social”? ¿Qué tipo de obligaciones nacen de la propiedad? ¿A quién (el propietario, el Estado, la comunidad...) vinculan estas obligaciones? ¿Hasta dónde pueden llegar estas obligaciones? ¿Quién las determina? ¿Qué sucede en caso de incumplimiento? ¿Quién define las consecuencias de este incumplimiento? Ninguna de estas preguntas encuentra respuesta satisfactoria en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente. El carácter esencialmente político de sus razonamientos hace que el constituyente asuma una *concepción total de la función social* –que le lleva incluso a plantearla como base de la expropiación¹³¹⁷- y le impide apreciar las sutilezas jurídicas envueltas en esta materia.

¹³¹⁶ Véanse los proyectos de texto publicados en la *Gaceta Constitucional*, No. 46, p. 27 (Ponencia “Propiedad”, presentada a la Comisión Quinta por los constituyentes Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Tulio Cuevas, Iván Marulanda, Guillermo Perry y Jaime Benitez); No. 51, p. 21 (Ponencia “Proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades”, presentada a la Comisión Primera por los constituyentes Aída Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas y María Mercedes Carranza) y Nos. 82 y 83, pp. 7-8 y p. 4 respectivamente (publicación de artículos aprobados en las comisiones conjuntas Primera y Quinta). También el informe-ponencia para primer debate en plenaria presentado por los constituyentes Iván Marulanda y Jaime Arias. Cfr. *Gaceta Constitucional*, No. 82, pp. 5 y ss.

¹³¹⁷ Afirmar, como se hace en la ponencia para primer debate en plenaria, que la función social, “legítima” o “da como resultados, entre otros, la expropiación” (Vid. *Gaceta Constitucional*, No. 82, p. 6), resulta poco preciso técnica e históricamente. Desde un punto de vista técnico-jurídico, supone una comprensión holista o hipertrofiada de la función social, que le lleva a cubrir un tanto anómalamente el amplísimo espectro de las intervenciones que por interés general deben efectuarse sobre el derecho de propiedad. El resultado de esta postura es la confusión de distintas figuras que convergen en el ámbito de este derecho. Por esta razón, como se evidencia en la referida ponencia, se justifican con la función social cuestiones que, en estricto sentido, tienen más relación con el principio de Estado social que con la función social del derecho. Es el caso de la posibilidad allí contemplada de tasar la indemnización expropiatoria teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado, o de la conveniencia de ampliar los medios de pago de

De acuerdo con la ponencia presentada para primer debate en la plenaria por los Delegados Iván Marulanda Gómez y Jaime Arias López¹³¹⁸, desde una perspectiva negativa, “la propiedad no tiene nada que ver con la función social si es monopolística, si es improductiva, si aumenta la riqueza para unos y empobrece a otros”¹³¹⁹. Tampoco “se reduce a que los llamados dueños del capital, como propietarios que son, ofrecen trabajo, como lo explicaría Augusto Comte, al colocar esa obligación social como contraposición, a la seguridad del derecho de propiedad, que da el Estado, amparándolo con sus autoridades, ante los demás. ¡No! No es eso, al menos únicamente. Tampoco se reduce al carácter social de la producción, que es otra cosa. Ya se sabe que la mercancía productiva va al intercambio social”¹³²⁰. Según se explica, “[l]a función social, en relación con la propiedad, encierra la solidaridad, legitima la expropiación, cuando el interés

dicha indemnización. So pena de hacer de la función social una entelequia jurídicamente inaprensible es preciso acotar su significado y su ámbito de cobertura. Sólo entonces se podrán perfilar sus límites y se conjurará el riesgo de hacer de ella un peligroso pozo sin fondo o una penosa fuente de decepciones. De ahí que tampoco resulte procedente identificarla con el fin social que de manera general ha atribuido la Constitución al Derecho al fundar un orden fincado, entre otros, en principios como la solidaridad y la prevalencia del interés general (artículo 1 CC). Ello haría innecesario hablar, en particular, de la función social del derecho, reducida así, como apunta RODOTÀ, a “una fórmula sonora pero jurídicamente vacía” (*Vid. RODOTÀ, S. El terrible... Ob. Cit., p. 217*). No todo lo que rezuma interés general debe identificarse con la idea de función social de la propiedad; mucho menos en un Estado social de Derecho, donde el contenido subjetivo de los derechos se atempera y la intervención pública sobre la esfera privada se potencia en aras de la materialización de los fines sociales que le son encomendados. La perspectiva histórica permite ilustrar esta situación. Como se comentó líneas arriba, la idea de la función social de la propiedad fue acuñada, en su formulación más estricta, a finales del siglo XIX; y su consolidación tuvo lugar a comienzos del siglo XX. La llave propiedad/expropiación no constituye, en cambio, ninguna novedad del constitucionalismo moderno. Ya en las Partidas (Partida segunda, Título I, ley II) se regulaba la posibilidad de que el emperador tomara bienes de propiedad particular siempre que así lo previese una ley, en un caso, o que lo demandara una causa de interés común y se indemnizara al afectado “á bien vista de homes buenos”, en otro supuesto. Más conocido aún es el antecedente del constitucionalismo liberal. Aunque la idea de función social del derecho les resultaba por completo ajena –al menos en el sentido que se le daría dentro del constitucionalismo social–, desde las primeras declaraciones de derechos la propiedad estaba sujeta a expropiación. Ello se aprecia tanto en el artículo 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, como en la V Enmienda de la Constitución de los EEUU (1791), que introdujo el derecho de propiedad dentro de la carta constitucional de 1787. Ni siquiera en los momentos de mayor esplendor del pensamiento liberal se concibió, entonces, un derecho de propiedad absolutamente intangible y por completo refractario a las necesidades del bien común. Incluso a pesar de su pretendido carácter de derecho «inviolable y sagrado» (artículo 17 DDHC), la previsión de la posibilidad de expropiación acompañada de al menos la exigencia de indemnización ha sido el correlato permanente de la proclamación formal del derecho de propiedad. La constante e ineludible interrelación entre intereses públicos y privados que tiene como escenario a la propiedad privada exige que así sea. Lo contingente en esta relación no será entonces la prevalencia del interés general, que se impondrá invariablemente al interés particular por medio de la expropiación; lo serán la extensión de la cobertura otorgada al contenido subjetivo del derecho y las exigencias previstas para su puesta en marcha, esto es, la particular configuración que del instituto expropiatorio efectúe cada ordenamiento.

¹³¹⁸ *Gaceta Constitucional*, No. 82, pp. 5-8.

¹³¹⁹ *Idem*, p. 5.

¹³²⁰ *Ibidem*, p. 6.

social lo exige, aún sin indemnización, permite la participación de todos en los frutos recogidos, no discrimina derecho, de acuerdo a las riquezas”¹³²¹. Toda vez que se concibe la expropiación como “práctica de una cierta función social”¹³²², se ve en ella la justificación para que la indemnización expropiatoria sea tasada teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado, o para que se amplíen los medios de pago de dicha indemnización con la posibilidad de compensación con deudas tributarias hacia el futuro¹³²³.

22. Aunque permite derivar algunos elementos relevantes para desentrañar el significado de la cláusula de función social de la propiedad -como por ejemplo la no supresión de la propiedad como derecho y la fuerte vinculación social de su garantía-, la generalidad de sus planteamientos y el tinte marcadamente político y escasamente jurídico de sus razonamientos impiden encontrar en los antecedentes del artículo 58 CC una respuesta certera a los interrogantes que surgen de esta disposición. Más que esclarecer sus contornos jurídicos, la concepción holista de la función social que se expone en la referida ponencia los enturbia notablemente. Alimenta una *concepción mitificadora* de esta figura: todo se puede en nombre de la función social, desde expropiar hasta pagar la indemnización expropiatoria con títulos de deuda pública compensables a futuro con el pago de impuestos. No obstante, nada se dice sobre el que desde su implantación en las constituciones de Querétaro de 1917 y de Weimar en 1919 constituye el nervio de la discusión en torno a la función social de la propiedad allí donde esta cláusula acompaña a la garantía del derecho: *el alcance de la potestad legislativa de delimitar su contenido*. Por el contrario, el “empeño retórico” del constituyente en este punto¹³²⁴ contribuye poco al propósito de esclarecer su sentido y alcance en términos estrictamente jurídicos. Como se comprenderá, si bien una aproximación semejante puede articular un determinado discurso político, su falta de rigor técnico no se compadece con las exigencias mínimas de una dogmática que, antes que por ejercitar la retórica, se preocupe por la coherencia y la funcionalidad del sistema que postula y la operatividad de los principios que le sirven de base. Es preciso, entonces, centrarse en los materiales que ofrecen la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

2.2. La idea de la función social de la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

23. En armonía con su línea de interpretación predominante en materia de Constitución económica, la Corte Constitucional ha enlazado la interpretación del artículo 58 a la cláusula de Estado social, matizado el carácter de derecho subjetivo de la propiedad y acentuado la función social como componente

¹³²¹ *Idem.*

¹³²² *Ibidem.*

¹³²³ *Idem.*

¹³²⁴ HINESTROSA, F. “El derecho de... *Loc. Cit.*, p. 156.

estructural de la misma¹³²⁵. Aunque en ocasiones ha participado de la *concepción total* de la idea de función social apuntada en la Asamblea Nacional Constituyente¹³²⁶, por regla general esta cláusula ha sido empleada por el juez constitucional para resaltar la orientación social de la propiedad y justificar muchas de las decisiones adoptadas por el legislador respecto del régimen de este derecho.

En armonía con este planteamiento, la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del término “arbitrariamente” del artículo 669 CCC¹³²⁷, referido a los atributos del derecho real de propiedad. Se consideró entonces que dicho adverbio imprimía a la definición legal del derecho un sentido que “no puede simbolizar de modo veraz lo que es hoy el dominio en Colombia, por mandato del Estatuto soberano”¹³²⁸. También este ha sido el fundamento para la declaración de inconstitucionalidad de la restricción prevista en el artículo 905 del CCC, según la cual sólo se podía constituir una servidumbre de tránsito cuando el predio dominante se encontrara desprovisto de *toda* forma de comunicación con las vías principales¹³²⁹. Además de entender que comportaba una restricción desproporcionada del derecho del titular del predio dominante y una intervención inocua para el contenido esencial del propietario del predio sirviente¹³³⁰, la Corte consideró que ella resultaba contraria a la realización de la

¹³²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 5.

¹³²⁶ De hecho, en sus primeras sentencias, era frecuente que la Corte Constitucional citara los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente a propósito del debate sobre la función social de la propiedad. *Cfr.* la sentencia C-006 de 1993, FJ 11. Aún cuando esto ya no es así, la referida *concepción total* irrumpe ocasionalmente en la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la sentencia C-870 de 2003, FJ 5, la Corte Constitucional califica de manifestaciones de la función social tanto los procesos de expropiación judicial y los títulos de deuda pública de inversión obligatoria, como la afectación que puede sufrir la propiedad de los particulares cuando quiera que, conforme a lo previsto por el artículo 365 párr. 2 frase 3 CC, por razones de soberanía o de interés social el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, previa indemnización a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. Así también la ocupación y expropiación de la propiedad en caso de guerra (art. 59 CC), como los varios tributos que recaen o pueden recaer sobre la titularidad, enajenación y explotación de la propiedad (arts. 338 y 317 CC). Al no diferenciar entre intervenciones que suponen *una privación*, de aquellas que comportan *una delimitación* del derecho o una exacción impuesta en ejercicio de la potestad tributaria, la Corte cae, a mi juicio, en una concepción hipertrofiada de la idea de función social. La inconveniencia de esta postura es clara, pues, como se ha advertido ya, semejante dilatación de los confines de esta figura hace muy poco por contribuir al esclarecimiento de un concepto de suyo nebuloso y de fronteras especialmente difusas.

¹³²⁷ **Artículo 669.-** El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente*, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

¹³²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ C-

¹³²⁹ **Artículo 905.-** Si un predio se halla destituido de *toda* comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio.

¹³³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FFJJ 19-20.

función social como componente estructural del derecho de propiedad y al correlativo interés colectivo en la adecuada explotación económica de un recurso tan importante como el suelo¹³³¹. Un razonamiento semejante permitió que en la sentencia C-491 de 2002 se declarara la constitucionalidad de una norma del Código de Policía que autoriza a los alcaldes exigir a los particulares la construcción de una obra cuando los muros de un antejardín o la fachada de una casa se encuentren en *mal estado de conservación o de presentación*. Entre otros argumentos empleados por el juez constitucional, se consideró que “en aras de garantizar que la propiedad cumpla la función social encomendada por la Carta, el legislador no sólo está autorizado para restringir el derecho de propiedad: aquél también puede imponerle cargas o gravámenes necesarios para su adecuado ejercicio, como es, precisamente, el caso de la norma que se analiza”¹³³².

La relevancia de la función social del derecho y de las potestades de regulación de su contenido que de ella se desprenden a favor del legislador es asimismo destacada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2006. En este pronunciamiento se juzgó conforme a la Constitución un conjunto de medidas que obligaban a las instituciones bancarias a cargo de la recaudación de los depósitos judiciales¹³³³ a girar a la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el producto trimestral de estos dineros. De acuerdo con lo señalado en esta ocasión, “aunque la Constitución garantiza la propiedad privada, como se señaló en estas consideraciones, no garantiza el máximo beneficio de ella, por no ser un derecho absoluto y ser, por el contrario, una función social que implica obligaciones y limitaciones, las cuales puede imponer el Estado en desarrollo de la dirección general de la economía y de su potestad de intervención por mandato de la ley, conforme a lo previsto en los Arts. 58 y 334 superiores. Por ello, *el legislador puede destinar los frutos de la propiedad privada al cumplimiento de fines legítimos, como lo es la prestación del servicio*”

¹³³¹ De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en esta ocasión, “[c]uando un bien no puede explotarse adecuadamente, no por voluntad del propietario o de los titulares de derechos reales sobre él, sino por inconvenientes naturales del predio, como la falta de comunicación con la vía pública, el Estado debe intervenir no como una facultad discrecional de la autoridad competente, sino en forma impositiva para exigir la eficacia de la función social de la propiedad. En tal virtud, la exigencia legal relativa a que la servidumbre de tránsito sólo puede imponerse cuando el predio dominante se encuentra totalmente incomunicado con la vía pública, sin que pueda considerarse la idoneidad, grado de dificultad o costo de la vía existente, desconoce la función social de la propiedad no sólo desde el punto de vista subjetivo del titular del predio sirviente que no puede ejercer plenamente su derecho, sino del interés social o colectivo que implica la adecuada y correcta explotación de la tierra”. *Vid. Idem* FJ 18.

¹³³² Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2002, FJ 4.

¹³³³ Los depósitos judiciales son sumas de dinero pertenecientes a sujetos procesales puestas a disposición de una autoridad judicial por razones del proceso. Por ende, constituyen propiedad privada. Ejemplo de ello son las sumas depositadas para hacer postura en un remate o para completar el precio de éste, los fondos que figuran en establecimientos bancarios y similares que han sido materia de embargo, o las cantidades depositadas por el arrendatario en el proceso de restitución de un inmueble arrendado.

de administración de justicia"¹³³⁴ (cursivas fuera de texto). La función social de la propiedad, en fin, ha incidido decisivamente en la valoración positiva de la constitucionalidad de medidas legales como las cesiones urbanísticas gratuitas¹³³⁵, el establecimiento de una inversión forzosa a favor del Estado que busque promover fines de interés general y no genere ninguna rentabilidad para los inversionistas privados destinatarios de la medida¹³³⁶, o la extinción del derecho derivado de un título de explotación minera anterior a la expedición del Código de Minas por su no inscripción en el registro creado por éste dentro del año siguiente a su entrada en vigencia¹³³⁷.

24. Como puede observarse en estos ejemplos, la cláusula de función social de la propiedad dista mucho de ser una simple referencia retórica. De su consideración por la jurisprudencia constitucional como "elemento estructural" del derecho de propiedad¹³³⁸ se han derivado notables consecuencias para la conformación de su régimen jurídico-constitucional. No obstante, la pluralidad de formas que puede adoptar impide reducir su sentido a una fórmula unitaria. "La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen"¹³³⁹. Con todo, a pesar de sus múltiples manifestaciones, su incidencia sobre el derecho puede ser reconducida a unas líneas generales.

Además de suponer una importante transformación de su arquitectura, derivada de entender que éste se integra de dos módulos complementarios, inescindibles pero diferenciables –uno social y otro privado-¹³⁴⁰, la proclamación de la función social de la propiedad ha repercutido asimismo tanto en su fundamento, como en la forma como el derecho es regulado. Así, por un lado, ha supuesto la exclusión de una concepción individualista de la propiedad, moderando el alcance de los poderes tradicionalmente reconocidos al propietario. Por otro, ha puesto de relieve el indiscutible nexo de este derecho con la sociedad y condicionado a él el reconocimiento de su virtualidad jurídico-subjetiva. Así, ha ligado a la efectiva actuación de su vinculación social la tutela jurídica que proporciona el ordenamiento a los derechos subjetivos. Por último, ha comportado un realce de la potestad de intervención estatal en este campo, erigida en deber constitucional que pesa sobre las autoridades como condición para la efectiva realización de la función social del derecho y la materialización del orden social justo que aspira fundar la Constitución. La incidencia de esta cláusula sobre estos tres ámbitos de

¹³³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2006, FJ 9. Se consideró entonces que no existía expropiación en la decisión legal de destinar a este fin público *los réditos* trimestrales de estas sumas.

¹³³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1993, FJ d).

¹³³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FFJJ 5 y 8.

¹³³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FFJJ 22-23.

¹³³⁸ *Idem*, FJ 11.

¹³³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-589 de 1995, FJ Tercero.

¹³⁴⁰ *Vid. supra* el apartado E-1 del Capítulo Primero de este trabajo.

la propiedad es apreciable en la jurisprudencia del juez constitucional. A continuación se efectuará una reconstrucción de las ideas fundamentales expuestas por la el juez constitucional en punto a cada uno de ellos.

a) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre la concepción del derecho.

a´) La influencia material sobre la concepción del derecho.

25. La primera y más rotunda consecuencia de la proclamación constitucional de la función social de la propiedad es, sin duda, la exclusión de la visión individualista del derecho. La idea de *la transformación material del concepto de propiedad* operada tras la introducción de esta cláusula por la reforma constitucional de 1936 como elemento particular del régimen de la propiedad privada en la Constitución es desde entonces una constante¹³⁴¹. La sentencia C-595 de 1999 -en la cual se declara la inconstitucionalidad del adverbio “arbitrariamente” incluido en la definición del derecho de dominio del artículo 669 CCC con referencia a los atributos de goce y disposición que asisten al propietario- es la más gráfica representación de esta postura; caracterizada, a grandes rasgos, por la negación del carácter absoluto del derecho y el reconocimiento de su apertura a las restricciones o modulaciones fijadas por el legislador en consideración a su vinculación social¹³⁴².

a´´) La influencia formal sobre la concepción del derecho.

26. Ahora bien, la incidencia de la función social sobre la forma como la propiedad es concebida trasciende la esfera de lo meramente conceptual. Influye igualmente en la *arquitectura o fisonomía del derecho*. Calificada como “elemento estructural” de éste¹³⁴³, el juez constitucional considera que la función social forma “parte integrante del contenido del aludido derecho a la propiedad”. Distingue así, al interior de su estructura, entre dos módulos complementarios, sustancialmente ligados, pero diferenciables: “[u]n módulo corresponde a la función social y coincide con el momento comunitario y solidario de la propiedad (...) El otro puede denominarse, al amparo de la idéntica licencia verbal, módulo privado, y se orienta a la satisfacción del interés individual y contiene, por tanto,

¹³⁴¹ Vid. las sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, proferidas en vigencia de la Constitución anterior, de 10 de marzo de 1938; de 24 de marzo de 1943; de 6 de noviembre de 1967; de 12 de noviembre de 1980; de 18 de abril de 1985; de 11 de agosto de 1988; de 17 de agosto de 1989; de 9 de noviembre de 1989. Esta misma línea es apreciable en las pronunciamientos de la Corte Constitucional. Vid. las sentencias C-006 de 1993 (FFJJ 11-15), C-223 de 1994 (SNFJ), C-595 de 1995 (FJ h), C-126 de 1998 (FJ 36), C-595 de 1999 (FJ B 2), C-204 de 2001 (FFJJ 16-18), C-491 de 2002 (FFJJ 3 y 4); C-1172 de 2004 (FJ 4); C-189 de 2006 (FFJJ 4 y 5).

¹³⁴² Para una crítica a esta postura, que a pesar de representar un avance se abstiene de llevar hasta las últimas consecuencias la autonomía conceptual de la propiedad constitucional, véase *supra* el apartado D-1 del Capítulo Primero de este trabajo.

¹³⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 11.

además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia”¹³⁴⁴. Por causa de esta circunstancia, el reconocimiento de la función social de la propiedad se traduce entonces en el *carácter dual* de este derecho: *al tiempo que es utilidad privada, es también función social*. De este modo, si bien es cierto que la Constitución excluye una concepción absoluta del derecho de propiedad, también lo es que resulta incompatible con una concepción absoluto o duguitiana de la función social. A pesar de lo dispuesto por el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC respecto a que “[l]a propiedad *es* una función social”, ello no puede significar la anulación de su carácter jurídico-subjetivo¹³⁴⁵. Como ha aclarado la Corte Constitucional, esta fórmula apunta a que la propiedad “al tiempo que tiene el significado de un derecho subjetivo, asume también el carácter de un deber social”¹³⁴⁶.

a’’) La influencia funcional sobre la concepción del derecho.

27. Consecuencia de lo anterior, y como última manifestación de la incidencia de la función social sobre la forma como se concibe la propiedad constitucional, es el cambio en la *fisiología del derecho*. En tanto que parte integrante de su contenido, yuxtapuestas a las facultades dominicales se encuentran ahora las cargas y las obligaciones que fija la ley en consideración a la función social que le es inherente¹³⁴⁷. Gracias a su marcado nexo con el principio de solidaridad, la idea de la función social implica que “el propietario tiene el deber social de contribuir mediante su explotación racional al bienestar de la comunidad y a la defensa del medio ambiente”¹³⁴⁸. Como resultado, la propiedad deja de ser vista como un ámbito de *agere licere* del propietario, para pasar a representar *asimismo una fuente de obligaciones* de este último frente a la sociedad¹³⁴⁹. De este modo, para el caso de la propiedad raíz, “la función social se traduce en la necesidad de que el propietario de un bien lo aproveche económicamente, utilizando sistemas racionales de explotación y tecnologías que se adecuen a sus calidades naturales y que permitan la utilización de los recursos naturales, buscando al mismo

¹³⁴⁴ *Idem*, FJ 15.

¹³⁴⁵ Como sido expresado por la propia Corte Constitucional, “[l]os términos utilizados por el Constituyente de 1936, que se repiten además en el artículo 58 de la Constitución de 1991 no son muy afortunados pues dan a entender que el derecho de propiedad pierde su carácter de derecho subjetivo y se transforma en función social de acuerdo con la famosa distinción que hacía DUGUIT (...) No obstante tal radicalismo estaba lejos de la intención del constituyente, que en ningún momento pensó en acabar con el sistema de derechos subjetivos”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 4, nota a pie de página No. 9.

¹³⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹³⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 11. En sentido análogo, véase la sentencia C-595 de 1995, FJ h).

¹³⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹³⁴⁹ Según ha explicado la jurisprudencia constitucional, que la propiedad sea una función social que implica obligaciones significa, respecto de los particulares, que “todo aquel que se encuentre en relación jurídica con los bienes debe propender porque éstos realicen fines de interés general”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.2.2.

tiempo su preservación y la protección ambiental”¹³⁵⁰. El no cumplimiento (inexplotación) o el defectuoso cumplimiento de esta obligación (aprovechamiento irracional) supondrán el desconocimiento de la función social de la propiedad y autorizarán la aplicación de los mecanismos correctivos previstos para el efecto por el ordenamiento jurídico. La obligación de ceder al espacio público a título gratuito una franja del terreno que se piensa edificar como condición para el otorgamiento de una licencia de construcción ilustra igualmente este cambio en la dinámica del derecho de propiedad¹³⁵¹.

En suma, como se aprecia en estos ejemplos, su condición de derecho de defensa es objeto de una notable modulación¹³⁵². En tanto que conlleva su apertura a la realización de fines de interés general, la función social del derecho incrementa los niveles de tolerancia frente a las intervenciones estatales inspiradas en razones de bien común. Así, *lo que antes era facultativo* del propietario, bajo una concepción funcionalizada de la propiedad, *puede devenir en obligación* (v. gr. la explotación del predio); o *lo que anteriormente era absoluto, acaba siendo relativizado* (v. gr. las notas de exclusividad del derecho o el *ius fruendi*). De esta forma, incursiones que bajo una concepción liberal de la propiedad serían rechazadas por comportar intromisiones injustificadas en el ámbito de protección del derecho, pasan a ser legítimas. El caso de las inversiones forzosas impuestas a los establecimientos financieros¹³⁵³ o de la destinación a la financiación del servicio de administración de justicia de los réditos trimestrales de los depósitos judiciales son manifestaciones gráficas de esta situación¹³⁵⁴.

b) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre el fundamento del derecho.

b') El condicionamiento del reconocimiento del derecho.

28. Además de suponer el alejamiento de las tendencias individualistas y la opción por una visión que concibe a la propiedad como un derecho que es a la vez fuente de facultades y de importantes obligaciones sociales para su titular, la proclamación constitucional de la función social del derecho incide igualmente sobre el *fundamento mismo de su atribución*. Su incorporación dentro del contenido estructural del derecho conlleva dotarle de una *fuentes adicional de legitimidad* jurídica, política, económica y social. Gracias a ello, la propiedad deja de ser sólo una exigencia de la libertad y la dignidad humanas. Ésta no es ya solamente reconocida a su titular en tanto que portador de un todo de libertades y derechos con obvias proyecciones en la esfera jurídico-patrimonial; es *también* atribuida

¹³⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

¹³⁵¹ *Vid.* al respecto la sentencia de la Corte Constitucional C-295 de 1993, FJ d).

¹³⁵² Sobre el carácter de defensa del derecho de propiedad, véase *supra* el apartado A-1 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹³⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FFJJ 5 y 8.

¹³⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2006, FJ 9.

con base en su condición de miembro de una comunidad, ante la cual debe responder por el compromiso que recibe: ejercitar su derecho siempre de conformidad con la función social que le es inherente¹³⁵⁵. La propiedad, sostiene la Corte Constitucional, “es una función social que implica obligaciones, lo cual significa que ella no será reconocida sino en la medida en que sirva a los fines comunes”¹³⁵⁶. En consecuencia, *la atribución y el reconocimiento de este derecho deja de ser incondicionado y pasa a estar supeditada al efectivo cumplimiento de la función social que le es inmanente.*

b´) La represión del ejercicio ilegítimo del derecho.

29. No se trata ya sólo de que aquella haya dejado de ser un derecho cuyo ejercicio podía darse sin consideración a las consecuencias que se derivan de él. La fuerte vinculación al componente social presente en el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC implica que este derecho “*únicamente se reconoce y protege* en la medida en que revierta a favor de la sociedad y en beneficio del interés colectivo, que prevalece”¹³⁵⁷ (cursivas fuera del texto). La conexión de la función social con el principio de solidaridad no sólo legitima ya la restricción de los poderes del *dominus* y la imposición de obligaciones sociales; habilita la adopción de medidas tendientes a *reprimir el ejercicio ilegítimo del derecho*¹³⁵⁸. Por esto, “cuando el propietario es inferior a su compromiso social y usufructúa el bien en su solo provecho, sin parar mientes en el daño económico o ambiental que pueda deducirse de su comportamiento, viola el deber constitucional y, según el caso, puede hacerse acreedor a la aplicación de sanciones de distinto orden y alcance (administrativas y penales), y hasta la pérdida misma de la propiedad”¹³⁵⁹.

Las sanciones previstas en materia urbanística son un ejemplo de lo primero¹³⁶⁰; la figura de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social¹³⁶¹, de lo segundo. Esta última figura proporciona un formidable ejemplo para apreciar con nitidez la operatividad de esta fórmula¹³⁶². Como fuera advertido

¹³⁵⁵ Como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “[e]n el Estado social de derecho, los derechos se atribuyen a la persona como miembro de la comunidad y como tal vinculada por los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (C.P art 1)”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹³⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

¹³⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1997, FJ 2 A. En sentido análogo, la C-491 de 2002, FJ 3.

¹³⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2002, FJ 3.

¹³⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹³⁶⁰ Vid. los artículos 103-109 de la ley 388 de 1997.

¹³⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15; C-066 de 1993, SNFJ; C-216 de 1993, FJ C 2; C-389 de 1994, FJ 3; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31; C-474 de 2005, FJ 6

¹³⁶² Como recuerda la jurisprudencia constitucional, aun cuando afines por envolver una privación de la propiedad, expropiación y extinción del dominio representan instituciones claramente diferenciables. No solamente el carácter indemnizable de la primera y no compensable de la segunda contribuyen a que esto sea así; las diferencias presentes en cuanto a su función, finalidad, fundamento y presupuestos de procedencia corroboran la singularidad de

por la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Constitución anterior –en un planteamiento recogido por la Corte Constitucional-, “la institución jurídica de la extinción del dominio (...) se fundamenta en que, como al propietario se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la función social que le es naturalmente inherente, su abandono, o lo que es lo mismo, según lo puede disponer en forma general la ley, la falta de actos posesorios indicadores de una explotación económica en la forma y durante el lapso que ella establece, constituye omisión en el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza constitucional del derecho de propiedad y conduce a la imposibilidad de seguir garantizándolo jurídicamente”¹³⁶³.

30. Así, que en el Estado social de Derecho el reconocimiento de derechos individuales tenga un nexo importante con el principio de solidaridad y sea efectuado en el marco del principio de prevalencia del interés general produce consecuencias notables sobre la tutela que se concede al derecho de propiedad. En este caso, como ha sostenido la Corte Constitucional, ello implica incluso que su reconocimiento “se da bajo la amenaza en caso de carencia de cooperación del titular de dar por extinguido el derecho, al decaer el presupuesto social de la atribución”¹³⁶⁴.

31. En ausencia de previsión legal que establezca la procedencia de la extinción del dominio por el no cumplimiento de la función social, las consecuencias adversas que se generan para el propietario pueden asumir formas menos radicales pero no menos incisivas. La *denegación de la protección judicial* de una situación pretendidamente amparada por el derecho a causa de su incumplimiento de la función social es un ejemplo de ello. En este caso, los efectos negativos que en el plano jurisdiccional puede ocasionar el referido incumplimiento podrán derivarse no sólo de la desestimación del amparo elevado por un propietario que se considere afectado en su derecho por la actuación de alguna autoridad pública¹³⁶⁵. Ello podrá ser también producto de la *estimación de la solicitud de protección interpuesta por un tercero* que se sienta lesionado en sus derechos como consecuencia del desconocimiento del deber social que impone la función social o ecológica a un propietario¹³⁶⁶.

32. Sobre la figura de la extinción del dominio se volverá en detalle en el Capítulo Sexto de este trabajo. Interesa ahora destacar como, a partir de la definición constitucional de la función social como componente estructural del derecho de propiedad, el reconocimiento y atribución de éste pasan a estar condicionados y justificados, en buena parte, por aquella. Más que una pura connotación teórica, ello habilita al legislador a prever los mecanismos de coacción necesarios para

cada una de estas figuras. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1993, FJ C-2. Al respecto, *vid.* las consideraciones iniciales del Capítulo Sexto de esta investigación.

¹³⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 9 de Noviembre de 1989. Citada por la Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

¹³⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹³⁶⁵ *Vid.* la sentencia de la Corte Constitucional No. T-411 de 1992.

¹³⁶⁶ *Cfr.* las sentencias de la Corte Constitucional T-251 de 1993, T-219 de 1994, T-379 de 1995.

asegurar que los titulares del derecho actúan de conformidad con la nueva fundamentación del derecho y a los jueces a adoptar las cautelas necesarias para procurar su efectividad en tanto que norma provista con rango constitucional.

c) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre las intervenciones del Estado en el ámbito del derecho.

c') La potestad de delimitación del contenido del derecho.

33. Por último, la consagración constitucional de la función social de la propiedad repercute asimismo sobre la potestad estatal de intervenir en el ámbito protegido por el derecho. Toda vez que su contenido incluye tanto las facultades dominicales, como los deberes y obligaciones establecidos por la ley en virtud de la función social que le es inherente, ésta “no se debe entender como un mero límite externo para su ejercicio, sino como parte sustancial del mismo”¹³⁶⁷. Esto no solamente conlleva la posibilidad de efectuar intervenciones expropiatorias o de extinguir el dominio por razones relacionadas con el desconocimiento del fin social del derecho, como ha sido señalado en el apartado anterior. La incorporación de este elemento como componente básico de la estructura de la propiedad constitucional supone además la previsión de unas más amplias e intensas facultades legales de configuración del contenido del derecho. *Ya no sólo corresponde al legislador establecer los límites de este último; debe conformarlo.*

34. Se trata entonces de una potestad subordinada y teleológicamente orientada por la función social, y limitada por la realización del modelo dual de propiedad definido por la Constitución. Así, por una parte, se tiene que “[l]a propiedad, en tanto que función social, puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad, como, por ejemplo, por razones de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad, etc.”¹³⁶⁸. Por otra, esta delimitación no puede suponer el desconocimiento ni la anulación del derecho. “La regulación legal debe, pues, dejar un ámbito, así sea reducido y condicionado, que permita la satisfacción del interés privado y la adopción de concretas posibilidades de acción por parte de su titular”¹³⁶⁹. Finalmente, esta intervención podrá ofrecer formas y tener implicaciones diferentes. En últimas, “los alcances de la función social de la propiedad han de ser definidos por el legislador de acuerdo a la naturaleza de los bienes, su clase, la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan y la posición económica de las personas que la poseen”¹³⁷⁰.

¹³⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-589 de 1995, FJ Tercero. En este mismo sentido, véase la sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹³⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1993, FJ d).

¹³⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹³⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 5. En el mismo sentido, la sentencia C-589 de 1995, FJ Tercero.

c´) La obligación de armonizar los intereses del propietario con los de la comunidad.

35. Visto desde el ángulo del legislador, la función social de la propiedad se traduce, entonces, en una fuente tanto de potestades como de obligaciones. De un lado, lo habilita para configurar el contenido del derecho y definir en concreto las facultades, condiciones, cargas y obligaciones que lo integran¹³⁷¹. De otro, en orden a hacer efectiva la función social y el componente subjetivo del derecho, le impone *el deber de armonizar los intereses personales del propietario con las necesidades de la colectividad*¹³⁷². De hecho, la realización de la función social de la propiedad es calificada por la jurisprudencia constitucional como “[u]n cometido específico del Estado social de Derecho”¹³⁷³. Esto no significa, como ya ha sido aclarado, que la propiedad deje de ser un derecho o que la responsabilidad por la materialización de dicho cometido pueda ser cumplida de cualquier modo. Además del respeto al contenido esencial, “la delimitación de la función social de la propiedad privada corresponde al legislador dentro de marcos razonables y proporcionados”¹³⁷⁴. Conforme al modelo propietario constitucionalmente establecido, la ley “puede limitar en mayor o en menor medida el espectro de protección del derecho de dominio, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, su clase y la utilización de los mismos, para hacer prevalecer intereses generales o por motivos de utilidad pública o para exigir el deber de solidaridad, pero sin que ello signifique autorización para dejar sin efectos la garantía constitucional mínima e irreductible del derecho”¹³⁷⁵.

c´´) La legitimidad de establecer obligaciones positivas o negativas a los propietarios.

36. En cumplimiento de la potestad de delimitación del contenido del derecho, el legislador puede tanto *definir límites (negativos)* al ejercicio de las facultades

¹³⁷¹ Para la Corte Constitucional, “la configuración legal de la propiedad, entonces, puede apuntar indistintamente a la supresión de ciertas facultades, a su ejercicio condicionado o, en ciertos casos, al obligado ejercicio de algunas obligaciones”. *Vid.* las sentencias C-006 de 1993, FJ 14; T-427 de 1998, FJ C-3 y C-491 de 2002, FJ 4. Esta postura recoge los planteamientos de RODOTÀ (*Vid. El terrible... Ob. Cit.*, p. 238) y deja ver cómo la Corte parte de una concepción *stricto sensu* de la propiedad. Para una concepción *lato sensu* de este derecho como la que se defiende en este trabajo, dada la amplitud de su objeto y la generalidad de su contenido, más que aludir a la “supresión de ciertas facultades” –como se aprecia en RODOTÀ y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional–, habría que hacer referencia a la atribución de determinadas facultades dominicales. Sobre la extensión del objeto de la propiedad constitucional, véase *supra* el apartado A del Capítulo Tercero de este trabajo.

¹³⁷² Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.2.2. En sentido análogo, véase la sentencia T-427 de 1998, FJ C-3.

¹³⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1994, FJ 2.2.

¹³⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

¹³⁷⁵ *Idem.*

dominicales típicas, como *imponer cargas y obligaciones (positivas)* a los propietarios¹³⁷⁶. El poder de conformación del contenido del derecho es amplio. Determinaciones legales como las que prohíben conductas como la división material de fundos rurales de menos de tres hectáreas¹³⁷⁷ o la enajenación de predios de propiedad privada incorporados a la red de parques naturales¹³⁷⁸, lo mismo que las restricciones a la negociabilidad de las propiedades que resultan de la adjudicación de baldíos¹³⁷⁹ o el carácter intransferible de las habilitaciones y permisos para la prestación del servicio público de transporte¹³⁸⁰ son expresiones de los primeros. Las cesiones urbanísticas gratuitas¹³⁸¹, la obligación de mantenimiento de muros y fachadas para asegurar su buen estado de conservación y de presentación¹³⁸² y la obligación de inscripción de los títulos de explotación en el registro minero¹³⁸³ son ejemplos de las segundas. Aunque de forma un tanto velada, la institución de la prescripción adquisitiva envuelve asimismo una delimitación positiva de la propiedad, en tanto que condiciona la preservación del derecho a su aprovechamiento efectivo¹³⁸⁴.

c''') El mayor margen de configuración atribuido al legislador.

37. La elasticidad y textura abierta del contenido dominical constitucionalmente asegurado, que antes que un haz específico de facultades envuelve un *interés particular en obtener una utilidad privada y el correlativo poder de aprovechamiento o explotación sobre el bien*, ensancha y potencia las posibilidades de configuración del legislador que resultan de la función social del derecho. La decisión legal de destinar los réditos trimestrales de los depósitos judiciales al financiamiento del servicio de administración de justicia, en consideración a que “aunque la Constitución garantiza la propiedad privada (...) no garantiza el máximo beneficio de ella, por no ser un derecho absoluto y ser, por el contrario, una función social que implica obligaciones y limitaciones”¹³⁸⁵, permite corroborar esta afirmación. Lo mismo ocurre con la habilitación otorgada a la Policía Nacional para que destine en forma transitoria o autorice a otra entidad el uso de bienes incautados hasta que sean reclamados por sus propietarios, o para que transcurridos seis meses desde su incautación sin que éstos hayan sido

¹³⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2002, FJ 4.

¹³⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-223 de 1994.

¹³⁷⁸ Esta restricción fue estimada ajustada a la Constitución, a mi juicio de forma bastante cuestionable, en la sentencia de la Corte Constitucional C-189 de 2006. Algunas consideraciones críticas sobre esta decisión son expuestas *supra* en el apartado C-3.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹³⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-536 de 1997.

¹³⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1078 de 2002.

¹³⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1993. *Vid.* también la sentencia C-495 de 1998, FJ 3.3.11.

¹³⁸² Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2002.

¹³⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993.

¹³⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-383 de 2000, FJ 6.

¹³⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2006, FJ 9.

reclamados pueda disponer su venta en martillo público. El dinero producto de la venta debe ser ingresado en un fondo, del cual deberá entregarse el valor correspondiente al precio al propietario en caso de presentarse, y cuyos rendimientos deberán ser destinados a cubrir los gastos que demande la administración de los bienes y a atender los requerimientos de la institución para la lucha contra la delincuencia¹³⁸⁶. De esta forma, al tiempo que se protege el interés económico del propietario se asegura la función social de la propiedad al impedir la inutilidad o el deterioro de la cosa, lo mismo que eliminar su riesgo de extravío o sustracción y la pérdida de su valor a causa de su natural obsolescencia¹³⁸⁷.

2.3. Algunas expresiones jurídico-positivas de la función social de la propiedad.

38. Aunque ya se han señalado algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia, un análisis somero del Derecho positivo también resulta ilustrativo de la pluralidad de formas que puede adoptar la función social de la propiedad en consideración a la clase de bien sobre el cual recae el derecho. Además de permitir la constatación de su carácter elástico y relativo, este análisis brinda la posibilidad de estrechar un poco más la aproximación al sentido de la cláusula de función social y hace visibles las muchas posibilidades de conformación que ofrece el régimen constitucional del derecho de propiedad. La vasta amplitud de la cobertura material del artículo 58 CC impide un análisis exhaustivo y obliga a proceder en este punto con criterio selectivo y un tanto subjetivo. Los ámbitos examinados (Derecho urbanístico, medio ambiente, servicios públicos y derechos de autor) han sido escogidos por estimar que en ellos se aprecia sin dificultad tanto la configuración del contenido del derecho, como la concurrencia de intereses privados e intereses generales sobre el objeto del mismo.

a) En el Derecho urbanístico.

39. En consideración al destacado papel que cumple en su interior la idea de función social, el primer sector a examinar es el del urbanismo¹³⁸⁸. Ya desde la propia norma constitucional que encomienda a los concejos municipales “[r]eglamentar los usos del suelo” (artículo 313.7 CC) es apreciable su presencia en este campo: dada la trascendencia social y económica de la utilización de este recurso, al igual que de la ordenación del fenómeno urbano, el ejercicio del derecho de propiedad urbana no es libre; éste debe surtirse con arreglo a las determinaciones de la autoridad local. Toda vez que supone la definición de

¹³⁸⁶ *Vid.* la sentencia C-677 de 1998 de la Corte Constitucional.

¹³⁸⁷ *Idem*, FJ Quinto A y B.

¹³⁸⁸ De acuerdo con el artículo 2 de la ley 388 de 1997, junto con la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios, la función social de la propiedad constituye un principio fundamental de este ordenamiento.

contenidos no homologables en términos de las facultades y deberes dominicales que se reconocen e imponen, la clasificación del suelo en urbano, rural y de expansión urbana (artículos 8.1 y 30-35 de la ley 388 de 1997) es una primera muestra de ello. La distinta función social que le corresponde a cada una de estas clases de suelo se traduce en regímenes jurídicos igualmente disímiles. En consecuencia, el haz de facultades y obligaciones que integra el contenido del derecho dependerá, en concreto, del tipo de suelo sobre el cual recaiga la propiedad. Mientras que en el suelo urbano el acento estará puesto en las obligaciones positivas como el deber de edificar y las cesiones urbanísticas, en el suelo rural el peso preponderante recaerá sobre obligaciones negativas como la envuelta en la restricción al *ius aedificandi*.

La posibilidad de definir unidades de actuación urbanística, que deben ser urbanizadas o construidas como unidad de planeamiento e implican la gestión asociada o la cooperación de los propietarios –so pena de su expropiación– (artículos 39-47 *idem*) es otra manifestación de la delimitación del derecho de propiedad por virtud de su función social. Con miras a asegurar un crecimiento urbano ordenado se introducen aquí limitaciones importantes al poder de decisión del propietario.

Un último ejemplo –la lista podría ser más extensa¹³⁸⁹– procede del astringente régimen de desarrollo y construcción prioritaria previsto en el Capítulo VI de la ley 388 de 1997. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52.1 de este estatuto, los terrenos localizados en suelo de expansión declarados como de desarrollo prioritario que no se urbanicen dentro de los tres años siguientes a su declaratoria deben ser sometidos a procedimiento de enajenación forzosa en pública subasta por incumplimiento de la función social de la propiedad. En el caso de los terrenos urbanizables no urbanizados localizados en suelo urbano el plazo de de dos años a partir de su declaratoria (artículo 52.2. *idem*), y de uno en el de los terrenos o inmuebles urbanizados sin construir localizados en suelo urbano (artículo 52.3 *ibidem*). La función social del derecho supone entonces que la declaración de desarrollo prioritario impone a los propietarios afectados la obligación de construir dentro del término legalmente establecido: lo que en principio constituye una facultad, deviene así en una obligación cuyo incumplimiento conlleva consecuencias notables para la titularidad del derecho.

b) En el Derecho del medio ambiente.

40. Un segundo sector de referencia lo constituye el Derecho ambiental. La función ecológica de la propiedad, especificación de la dimensión ambiental del derecho sobre la que se volverá más adelante, desempeña aquí un papel central. Dada la amplitud de su objeto –el medio ambiente– y las numerosas

¹³⁸⁹ Sobre éstas y otras intervenciones delimitadoras de la propiedad privada contenidas en la legislación urbanística en Colombia, véase CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. *Notariado-registro y el nuevo régimen de la propiedad inmueble*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 4 y ss.

responsabilidades asignadas por la Constitución al Estado en este frente (artículos 79 y 80 CC), la revisión de esta legislación permite identificar intervenciones de diversa índole sobre distintos tipos de propiedad¹³⁹⁰. Sus determinaciones afectan tanto a la propiedad inmueble *-propiedad común-*, como a posiciones jurídico-subjetivas surgidas de actos administrativos o de contratos *-propiedad especial-*.

Representa así, por ejemplo, una limitación a la propiedad inmueble la decisión contenida en el parágrafo del artículo 37 de la ley 99 de 1993, de acuerdo con la cual a partir de la vigencia de dicha ley y hasta la aprobación por parte de las autoridades respectivas de un plan de ordenamiento de uso del suelo y de un plan de desarrollo para la isla de Providencia, se prohíbe el otorgamiento de licencias y permisos de construcción de nuevas instalaciones comerciales, hoteleras e industriales en el término municipal y se suspenden las que se encuentran en trámite. Las posibilidades de uso de la propiedad raíz se ven, en consecuencia, visiblemente recortadas por esta disposición. También recae sobre la propiedad inmueble la habilitación prevista en el artículo 107 de esta misma ley para la imposición de las servidumbres que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, conforme a los procedimientos que establece la ley¹³⁹¹. La función social y ecológica se traduce en este caso, entonces, en la autorización para que la Administración grave la propiedad privada con cargas exigidas para la conservación del medio natural¹³⁹².

Aunque no representa ninguna afectación severa al derecho ni ninguna novedad -pues resulta obvia en el contexto de una propiedad no absoluta y busca,

¹³⁹⁰ Sobre los tipos de propiedad, véase *supra* el apartado D del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹³⁹¹ Una previsión semejante establece el artículo 67 del Código de Recursos Naturales de Colombia (CRNC) respecto de la propiedad raíz. De acuerdo con esta disposición: “[d]e oficio o a petición de cualquier particular interesado, se impondrá limitación de dominio o servidumbre sobre inmueble de propiedad privada, cuando lo impongan la utilidad pública o el interés social por razón del uso colectivo o individual de un recurso, previa declaratoria de dicho interés o utilidad efectuada con arreglo a las leyes. // Tanto la limitación o la servidumbre voluntariamente aceptadas como las que se imponen mediante resolución o sentencia ejecutoriadas, se inscribirán en la correspondiente oficina de instrumentos públicos, sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre sistema de registro. // Se podrá solicitar el concurso de las autoridades de policía para hacer efectiva la limitación del dominio o la servidumbre”.

¹³⁹² Aunque de manera tradicional se considere a las servidumbres como limitaciones a la propiedad (*Vid.* artículos 793.3 y 879 CCC), en tanto que no impiden que el derecho siga en manos de su titular, la perspectiva constitucional permite apreciar que, en ocasiones, más que delimitaciones, estas intervenciones pueden envolver verdaderas privaciones expropiatorias (aunque parciales). De ahí que no resulte procedente asociarles siempre y de forma exclusiva con intervenciones delimitadoras de la propiedad. Como puede entenderse, no es lo mismo una servidumbre de tránsito que la simple obligación de tolerar el acceso a un predio para fiscalizar o controlar la conservación de un determinado recurso: mientras que la primera envuelve el *despojo* de una franja de terreno, la segunda no representa más que una carga para el derecho, que en absoluto se ve afectado en su integridad. De ahí que la calificación final de cada servidumbre dependa, entonces, del alcance de la intervención realizada. Ello determinará su régimen y, por ende, sus consecuencias.

fundamentalmente, colmar las exigencias formales de cobertura legal de las intervenciones estatales en el ámbito del derecho-, también comporta una delimitación de la propiedad inmueble la obligación impuesta a los propietarios, poseedores, tenedores, ocupantes a cualquier título y administradores de inmuebles rurales de permitir el tránsito y la permanencia dentro de las fincas de los funcionarios y todas las demás personas que colaboren en la prevención o extinción de un incendio forestal (artículo 243 CRNC). El artículo 9 de la ley 200 de 1936 contiene asimismo una prohibición con reserva de autorización respecto de la tala de bosques que preserven o defiendan las vertientes de aguas, sean éstas de uso público o de propiedad particular. Más radical –y constitucionalmente dudosa en parte, en tanto anula la facultad de disposición sobre los predios- resulta la restricción prevista en el artículo 13 de la ley 2 de 1959. Con el fin de asegurar la conservación de la flora y la fauna nacionales, esta disposición prohíbe la adjudicación de baldíos, *la venta de tierra*, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona en los territorios designados como parques nacionales naturales.

Representan igualmente incursiones en la propiedad constitucional amparadas en la función social y ecológica del derecho las intervenciones previstas sobre las posiciones jurídico-subjetivas surgidas de permisos, autorizaciones o concesiones otorgadas sobre recursos naturales renovables (*propiedad especial*). Así, según lo dispuesto por el artículo 68 CRNC “[e]l concesionario o el titular de permiso de uso de recursos naturales renovables de dominio público, estará obligado a soportar, sin indemnización, las limitaciones, servidumbres y demás restricciones sobre los bienes que aproveche impuestas por motivos de utilidad pública o interés social mediante ley o convención”. Esta cláusula general coincide con las reglas aplicables en materia de revocación, suspensión o modificación de las posiciones jurídico-subjetivas emanadas de actos administrativos favorables o contratos públicos que conceden el aprovechamiento particular de estos recursos. Es el caso, por ejemplo, de la causal de caducidad de la concesión prevista por el literal f) del artículo 62 de este estatuto. Aunque en estricto sentido constituye una revocación –dado el interés público que sirve de base a la decisión y que se busca atender en el caso concreto, en contraste con el carácter de reproche por el incumplimiento de algún modo o condición impuesta al acto que configura el derecho tradicionalmente atribuido al instituto de la caducidad¹³⁹³, presente en las demás causales establecidas-, según lo previsto en esta disposición, podrá decretarse la caducidad del respectivo contrato por causa de “[l]a disminución progresiva o el agotamiento del recurso”. En esta misma línea se encuentra el *ius variandi* reconocido a la Administración respecto de las concesiones de agua por los artículos 91 y 92 CRNC. De acuerdo con la primera de estas disposiciones, “[e]n caso de escasez, de sequía u otros semejantes, previamente determinados, y mientras subsistan, se podrán variar la cantidad de agua que puede

¹³⁹³ Vid. al respecto GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 361.

suministrarse y el orden establecido para hacerlo". Conforme a lo previsto por el párr. 2 del artículo 92 *idem* "por razones especiales de conveniencia pública, como la necesidad de un cambio en el orden de prelación de cada uso, o el acaecimiento de hechos que alteren las condiciones ambientales, podrán modificarse por el concedente las condiciones de la concesión, mediante resolución administrativa motivada y sujeta a los recursos contencioso administrativos previstos por la ley". En estos tres supuestos, la función social del derecho supone una significativa *relajación de la estabilidad* que tradicionalmente se reconoce a las posiciones jurídico-subjetivas emanadas de actos administrativos –en el caso de los contratos, como se examinó en su momento, ello resulta habitual¹³⁹⁴-.

c) En el Derecho de los servicios públicos.

41. El ámbito de los servicios públicos ofrece también algunos ejemplos de delimitación de la propiedad privada por virtud de la función social que merecen ser destacados¹³⁹⁵. La expresa manifestación constitucional de que "[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" (artículo 365 párr. 1 frase 1 CC) y que, por tal razón, es su deber "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional" (artículo 365 párr. 1 frase 2 CC), sirve de contrapunto a la posibilidad de liberalización del sector –efectivamente llevada a cabo por el legislador- prevista por el párr. 2 del artículo 365. La gestión privada de esta actividad y la consolidación de derechos de propiedad sobre bienes de tanta relevancia desde la perspectiva del interés general como las instalaciones o redes indispensables para la prestación del servicio originan una situación que demanda una especial atención del legislador y de las autoridades de regulación. De ahí la importancia de las delimitaciones del derecho de propiedad –tanto de las empresas como de terceros- que se producen en este sector.

¹³⁹⁴ *Vid.* al respecto, *supra*, las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado A-3.2-d) del Capítulo Tercero de este trabajo.

¹³⁹⁵ Aun cuando el artículo 11 de la ley 142 de 1994 (Régimen de los servicios públicos domiciliarios) lleva por título "[f]unción social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos", considero que esta disposición constituye otro ejemplo más de una concepción holista de la idea de la función social de este derecho. En un sentido técnico-jurídico, ésta no puede ser confundida con los fines sociales de la propiedad. La revisión del contenido de este precepto permite apreciar esta situación. Más que verdaderas delimitaciones de la propiedad privada por razón de su función social (definición de los contornos del derecho ordenados al aseguramiento de su ejercicio socialmente útil), en ella se señalan, en su mayoría, objetivos, directrices o líneas de acción que buscan subrayar la importante misión social de las empresas de servicios públicos domiciliarios (*v. gr.* asegurar la prestación eficiente y continua del servicio, no abusar de su eventual posición dominante frente a los usuarios o terceros, no incurrir en prácticas monopolísticas o contrarias a la libre competencia, facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades, brindar información completa a los usuarios, etc.), sin que se adopten verdaderas decisiones que configuren el régimen del derecho de propiedad de este tipo de empresas.

El primero de los ejemplos a considerar, un caso típico, recae sobre la propiedad inmueble y afecta el derecho de terceros. Consiste en la habilitación a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios¹³⁹⁶ -con independencia de su carácter público o privado-, prevista por el artículo 57 de la ley 142 de 1994, para imponer servidumbres, efectuar ocupaciones temporales y remover obstáculos cuando así lo requiera la prestación del servicio correspondiente. Se les autoriza, así, a “pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio”. A pesar de ser la obligación de soportar este tipo de cargas una manifestación concreta de la función social del derecho¹³⁹⁷, según lo previsto en esta disposición, el propietario del predio afectado tendrá derecho a ser compensado por concepto de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

El artículo 28, de otra parte, contiene dos ejemplos distintos de delimitación del derecho de propiedad de las empresas. En su párr. 1 esta disposición las autoriza para construir, operar y modificar las redes que sean necesarias para la prestación del servicio; es decir, reconoce que las redes pueden ser propiedad privada. Como se puede apreciar en los párrafos 2 y 3 de este precepto, dado el manifiesto interés general envuelto en esta particular forma de propiedad, la delimitación de su función social resulta cardinal. En el párr. 2, por un lado, se define la obligación que asiste a las empresas propietarias de las redes de efectuar su mantenimiento y reparación y de asumir los costes que ello representa. En el párr. 3, por otra parte, se habilita a las comisiones de regulación para exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. En ambos casos la función social de la propiedad se traduce en la imposición de obligaciones: en la primera, con el fin de asegurar una adecuada prestación del servicio; en la segunda, para permitir el acceso de terceros a las redes y garantizar así la concurrencia de diferentes operadores y la competencia deseada para el mejor funcionamiento del mercado que se pretende instaurar en este ámbito¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ De acuerdo con la enunciación del artículo 14.21 de la ley 142 de 1994, son servicios públicos domiciliarios “los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo”.

¹³⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-831 de 2007, FJ 14.

¹³⁹⁸ De esta forma, más que “un nuevo concepto de propiedad «afecta» al uso público, que viene a recoger la vieja doctrina de las *«essential facilities»* o instalaciones esenciales de uso común”, según plantea ARIÑO ORTIZ (Cfr. *Principios de... Loc. Cit.*, p. 168), no hay en esta normativa nada diferente a la delimitación del derecho por virtud de la función social que le es inherente. Ella refleja, en últimas, una operación connatural al esquema de propiedad privada constitucionalmente instaurado.

d) En el Derecho de los derechos de autor.

42. Un último sector por considerar es el de los derechos de autor. Según el artículo 60 CC, “[e]l Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. La consagración de una norma específica a esta forma concreta de propiedad privada permite apreciar, *ab initio* y a partir de este solo dato formal, la presencia de algunas circunstancias particulares que justifican su desgaje de la garantía general contenida en el artículo 58 CC. La tensión que resulta del enfrentamiento del interés personal del creador en obtener una protección adecuada de su creación y de sus intereses patrimoniales en ella, con el interés general envuelto tanto en la difusión y acceso a la ciencia, el arte y, en general, el conocimiento y la cultura, como en el no desincentivo del espíritu creador que alienta a los individuos, se traduce en la conformación de una *propiedad de perfiles singulares*. Para el caso de los derechos de autor, el legislador ha distinguido entre los derechos patrimoniales y los derechos morales, a cada uno de los cuales corresponde un régimen jurídico diferente. Mientras que el reconocimiento de los primeros busca conceder al creador o a sus causahabientes los beneficios económicos que resultan del aprovechamiento o explotación de su obra, los segundos se enfocan en la protección del lazo espiritual o moral que une al autor con el producto de su ingenio. Por esto, mientras que aquellos se traducen en la atribución de un conjunto de ventajas patrimoniales, éstos representan un haz de prerrogativas concedidas al autor para que decida sobre la divulgación y el manejo que se da a su creación. En consecuencia, mientras que los primeros pertenecen al ámbito patrimonial y son transferibles, prescriptibles y renunciables; los segundos se adscriben a la órbita de lo extrapatrimonial y son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables. Esta sola diferenciación general permite apreciar la importancia de la configuración de los derechos patrimoniales como ámbitos abiertos a una mayor intervención estatal en defensa de los intereses que puede poseer la colectividad en la difusión de una determinada obra o creación.

Una aproximación más cercana a la regulación de los derechos de autor permite corroborar esta impresión. Así, aunque el carácter temporal de la protección conferida a los derechos patrimoniales no sea ninguna novedad¹³⁹⁹ (abarca la vida del autor y ochenta años más a partir de su muerte -artículo 21 de la ley 23 de 1982-), encaja y desarrolla perfectamente la idea de la función social de la propiedad. Expirado este lapso, la obra pasa al *dominio público* y puede ser objeto

¹³⁹⁹ Ya la Constitución de 1886 fijaba de forma expresa el tiempo por el cual se amparaban esta clase de derecho. Según lo dispuesto por el artículo 35: “[s]erá protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley”. En un sentido análogo, con anterioridad las constituciones de 1858 y 1863 también hacían alusión en sus artículos 56.6 y 15.9 respectivamente al carácter temporal de la protección conferida a los derechos de los inventores. Aunque sin especificar su periodo de duración, estos dos preceptos hacían referencia, en los mismos términos, a la “propiedad [que] hayan garantizado temporalmente las leyes a los autores de inventos útiles”.

de una difusión y aprovechamiento gratuito y legítimo por parte de la colectividad.

La incidencia de la función social dentro de la conformación del régimen de los derechos de autor no se limita al carácter temporal de los derechos patrimoniales. Ella se manifiesta igualmente en restricciones impuestas a estos derechos en vigencia de su protección. Es el caso, por ejemplo, de la habilitación conferida a las bibliotecas públicas para reproducir, en circunstancias particulares, determinadas obras para el uso exclusivo de sus lectores (artículo 38 *idem*). Con ella se busca favorecer tanto la protección de determinadas obras, como la prestación de un adecuado servicio a la comunidad que garantice su acceso al conocimiento.

También representa una delimitación a los derechos patrimoniales del autor la autorización para que obras protegidas o fragmentos de ellas sean reproducidas y empleadas “dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado” (artículo 42 *ibidem*). La importancia creciente que en ámbitos de gran relevancia social como el medio ambiente o el Derecho de la técnica o del consumo cobran para el proceso de toma de decisiones públicas objetos protegidos por los derechos de autor como las *normas técnicas* permite apreciar la importancia de esta delimitación¹⁴⁰⁰. En un contexto donde la información y el conocimiento especializado es cada vez más relevante, ello resulta decisivo¹⁴⁰¹.

2.4. Aproximación a la idea de la función social de la propiedad en la Constitución.

43. El acercamiento anteriormente efectuado a la idea de la función social de la propiedad en la jurisprudencia y en el Derecho positivo pone de manifiesto numerosos aspectos del régimen constitucional de la propiedad: el carácter no absoluto del derecho, el atemperamiento de su poder de exclusión, su apertura a la implicación activa en cometidos de interés general, el carácter condicionado de la atribución y el reconocimiento del derecho, el notable poder de configuración de su contenido conferido al legislador y los mayores márgenes de intervención que se reconocen al Estado sobre este ámbito. Hace posible, además, constatar que más que la abrogación de la propiedad individual en cuanto derecho subjetivo, la proclamación de la función social en el texto constitucional supone la alteración tanto de la estructura canónica del derecho, como de su fundamento y función, así como de la visión tradicional de la regulación de su ejercicio: puesto que a toda propiedad es inherente una función social, este derecho deja de cumplir únicamente una función privada, el legislador podrá siempre intervenir

¹⁴⁰⁰ *Vid.* al respecto las consideraciones efectuadas en SANTAELLA QUINTERO, Héctor. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 138 y ss.

¹⁴⁰¹ *Cfr. Idem*, pp. 92 y ss.

en ella, señalar su destino y configurar su régimen, de cara a garantizar la operatividad concreta de aquello que la Constitución declara en términos generales. Adicionalmente podrá reprimir su incumplimiento con las sanciones que estime procedente establecer. *La función social, además de replantear el concepto del derecho, enmarca y constriñe su ámbito de protección subjetivo, al tiempo que orienta y limita las intervenciones estatales en dicho ámbito. Así, condiciona e informa el reconocimiento, el contenido y el régimen de ejercicio de la propiedad privada.* **Junto con la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC y la garantía expropiatoria (artículo 58 párr. 4 CC), este dato debe constituir la regla de interpretación fundamental que presida cualquier operación jurídica relacionada con la propiedad constitucional¹⁴⁰².**

44. De acuerdo con el anterior planteamiento, puede afirmarse que (en un sentido estricto) *la función social de la propiedad constituye una cláusula general prevista por la Constitución como componente estructural del derecho con el fin de asegurar que su ejercicio por parte del propietario se ajusta a las exigencias del Estado social de Derecho.* Puesto que no puede conllevar una privación del derecho, presupone su permanencia en cabeza del propietario (*lato sensu*) y la exigencia a éste de un ejercicio socialmente útil de su derecho. La especificación de su sentido respecto de cada forma dominical permite la instrumentalización de la propiedad a la realización de los principios y derechos de corte social sobre los cuales aquél encuentra su sustento. **No es, entonces, un concepto unívoco,** pues *se traducirá en tantos deberes, condiciones, cargas o facultades cuantas sea necesario imponer o conceder a efectos de garantizar la realización del principio o derecho relacionado con el interés general que pretenda ser satisfecho¹⁴⁰³.* En tanto que directriz constitucional impuesta al legislador su cumplimiento puede darse en diferente grado y por diferentes medios. Se trata, así, de una noción de alcance relativo, dotada de un fuerte sentido teleológico y de la suficiente elasticidad para residenciar en el interior del

¹⁴⁰² Al recaer en los poderes públicos la definición en cada caso del sentido último del destino o aprovechamiento que se reconoce al propietario, implícitamente estatuye la Constitución un modelo de cooperación entre los particulares y el Estado en la realización del interés general. La singular conformación del modelo de propiedad constitucionalmente establecido encierra, así, un voto de confianza y una apuesta por la capacidad transformadora de las estructuras sociales y económicas del *uso funcionalizado* de este *derecho*. Más que suprimir o prescindir de la condición de derecho subjetivo de la propiedad, la función social apunta a modularla, acentuando su vinculación social y abriendo importantes posibilidades de configuración del contenido y régimen global del derecho. La función social de la propiedad se integra así con la garantía constitucional del derecho: al tiempo que reviste al legislador de un notable poder de conformación de su contenido, orienta y limita su actuación, de modo análogo a lo que sucede con la del propietario. La garantía expropiatoria, como se verá más adelante, traza un límite fundamental a la función social y a la potestad de delimitación del derecho que lleva aparejada: a pesar de su considerable margen de apreciación y de las numerosas posibilidades de actuación de que dispone en ejercicio de esta prerrogativa, en ningún caso podrá comportar una privación del derecho. *Vid. infra*, en este Capítulo, el apartado E-1 y sus distintos sub-apartados.

¹⁴⁰³ Así, por ejemplo, mientras que la realización del interés general envuelto en el debido aprovechamiento del suelo urbano impondrá, fundamentalmente, el deber positivo de urbanizar y edificar, en el caso de la protección del patrimonio histórico-cultural ello se traducirá tanto en la imposición de obligaciones de no hacer (abstenerse de conductas que puedan afectarlo o perjudicarlo), como de hacer (el deber positivo de conservarlo).

derecho los diferentes contenidos jurídico-constitucionales asociados al interés general que concurren en el ámbito de la propiedad. Con todo, a pesar de carecer de una substancia concreta fija, su capacidad para asumir como propios las diferentes expresiones que el interés general puede adoptar en la Constitución para residenciarlas en el seno del derecho hace de la función social la **seña de identidad de la propiedad constitucional en el Estado social de Derecho**.

45. Supone así tanto una notoria transformación de su concepto y su régimen general, como el reconocimiento de importantes potestades de intervención y encomiendas de actuación para el Estado –en primer lugar para el legislador– de cara a asegurar su realización como elemento básico del orden justo que la Constitución aspira fundar y pieza axial de un derecho constitucionalmente garantizado¹⁴⁰⁴. Por esto, a día de hoy **hablar de propiedad constitucional es mucho más que aludir simplemente a un derecho no absoluto o a un derecho no ilimitado o limitable; es hablar de un derecho al que es inherente una función social, con las implicaciones que esto acarrea**¹⁴⁰⁵. Toda vez que permite residenciar en el ámbito interno del derecho, como parte integrante del mismo, intereses superiores y ajenos al propietario (ordenación de la ciudad, protección ambiental, defensa de la seguridad y la salubridad públicas, atención efectiva de los servicios públicos, desarrollo económico sostenible, acceso al conocimiento, etc.), la función social de la propiedad estrecha congénitamente su ámbito de protección y presupone la actuación de los poderes públicos sobre esta órbita.

Por estas razones resulta determinante para la realización del Estado social de Derecho: su carácter relativo y elástico le permite, por un lado, cumplir el papel

¹⁴⁰⁴ En últimas, no puede olvidarse que según el artículo 2 párr. 2 CC “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (cursivas fuera de texto).

¹⁴⁰⁵ Por esta razón no resulta admisible la postura defendida por un sector de la doctrina civilista que busca aminorar el impacto de la función social dentro de la concepción general del derecho de propiedad en la Constitución por considerar que la posibilidad de limitar el derecho siempre formó parte del régimen de éste en la codificación. Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las... Loc. Cit.*, p. 39. También DE LOS MOZOS, J. L. *El derecho de... Passim*, p. 98. En contra de esta postura, CARRILLO DONAIRE, J. *Las servidumbres... Loc. Cit.*, p. 52. También ESCRIBANO COLLADO, P. “Función social y ... *Op. Cit.*”, p. 451. Las decisiones del juez constitucional antes citadas, en las cuales se ha declarado la inconstitucionalidad de diferentes medidas por no ser conformes con la visión que del derecho de propiedad forja la función social en tanto que componente estructural del mismo, son la evidencia práctica de lo infundada que resulta aquella posición. *Vid.*, p. ej. la sentencia de la Corte Constitucional C-544 de 2007. La expresa proclamación de la función social de la propiedad supone la adopción de una *decisión constitucional fundamental* que irradia la totalidad del ordenamiento. Por esto, no sólo se traduce en la posibilidad otorgada al legislador de establecer límites, positivos o negativos, al derecho; comporta la definición constitucional de una *imagen maestra* del derecho de propiedad que no puede ser desconocida e imparte, además, directrices que deben ser acatadas tanto por el legislador en cumplimiento de la tarea de concretización de la función social que le es encomendada, como por los demás poderes públicos en ejercicio de sus respectivas competencias. Por esto, a la vez que impulsa la actuación de las autoridades, la función social de la propiedad la orienta y limita a la vez.

de un instrumento de *coordinación normativa* y, por otro, su condición de garantía de la permanencia del derecho en manos del propietario posibilita su rol de mecanismo de *coordinación subjetiva*. En virtud de la primera, la función social hace posible la definición del contenido del derecho a la luz del interés general y, más concretamente, del repertorio de principios e intereses públicos y colectivos recogidos por la Carta como objetivos a realizar por aquél. Con este fin, la función social actúa como un compartimento al interior de la estructura de la propiedad en cuyo seno son alojados los distintos cometidos de interés general que deben ser cristalizados mediante una adecuada delimitación del contenido del derecho. El papel de *coordinación subjetiva* entra así en escena. En atención a los intereses superiores involucrados y a que la delimitación del derecho presupone su conservación en cabeza del propietario, la función social hace posible la implicación de este último en la satisfacción de aquellos vía ejercicio de una actividad dominical socialmente útil. En uno y otro aspecto la intermediación del legislador resulta crucial, en tanto que permite precisar el sentido concreto de estas implicaciones genéricas de la función social del derecho.

46. Como es lógico, si bien es cierto que esta cláusula habilita al Estado para incidir con mayor libertad sobre el ámbito protegido por el derecho, también lo es que posee un alcance limitado y que *no puede suponer nunca el desconocimiento de su garantía constitucional ni de los límites inherentes a cualquier intervención estatal en la esfera de los derechos fundamentales*. El estudio de los límites constitucionalmente impuestos al legislador en materia de delimitación del contenido de la propiedad será abordado líneas abajo, en el apartado F de este Capítulo. De momento interesa destacar que aun cuando la función social haga de este derecho un instrumento de realización de los intereses sociales y colectivos recogidos y encomendados por la Constitución al Estado social (coordinación normativa) y que sienta las bases para hacer de los particulares propietarios colaboradores de la Administración en la consecución de sus cometidos de interés general (coordinación subjetiva), no puede significar la anatemización de los intereses personales del titular del derecho, ni su homologación a la condición de un funcionario público o un mero concesionario del Estado. La garantía constitucional del derecho resulta incompatible con esta clase de planteamientos.

B. La función social de la propiedad privada en el constitucionalismo colombiano del siglo XX.

1. La reforma constitucional de 1936 y la introducción de la idea de función social de la propiedad.

47. La idea de la función social de la propiedad no es nueva en el ordenamiento constitucional colombiano. De hecho, el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC conservó la redacción original de la disposición que introdujo esta cláusula en la reforma constitucional de 1936. De acuerdo con el párr. 2 del artículo 10 del acto

legislativo No. 1 de 1936, “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”. Introducida por el pensamiento liberal del momento¹⁴⁰⁶ y fuertemente inspirada por las concepciones solidaristas entonces en boga, esta reforma pretendió mitigar el carácter pretendidamente absoluto de la propiedad y poner el orden constitucional colombiano a tono con las tendencias del constitucionalismo social plasmadas en las Constituciones de Weimar de 1919 y de la República Española de 1931.

48. La definición de la propiedad no como derecho, sino como función social que debe cumplir el propietario, a la manera de DUGUIT¹⁴⁰⁷, abrió el conocido debate sobre si la propiedad *es* o *tiene* función social y desató la polémica sobre la corrección jurídica y semántica de la fórmula adoptada. Sus detractores discutían, por un lado, sobre la supuesta incompatibilidad de la idea de derecho con las nociones de función y de obligación; al tiempo que reprochaban el carácter pretendidamente redundante del añadido a la definición básica del derecho según el cual éste “implica obligaciones”¹⁴⁰⁸. Para los más entusiastas seguidores de las corrientes solidaristas, en cambio, ello no era más que el reflejo natural de las transformaciones padecidas por el Estado y el Derecho de una época en la cual los derechos subjetivos “parecen condenados a desaparecer”¹⁴⁰⁹. Otros, más moderados, reconocían que esta disposición encerraba “una contradicción doctrinaria, en el orden teórico. [Pues] No es lo mismo la propiedad-derecho que la propiedad-función, en ese plano. Pero, en el fondo, no existe una antítesis tan radical como lo han hecho aparecer algunos tratadistas (...) puesto que ambas doctrinas [la individualista y la solidarista] reconocen la legitimidad de la propiedad privada como acumulación del producto del trabajo realizado”¹⁴¹⁰.

49. Esta reforma, que marcó el fin del pensamiento individualista y formalmente abrió la puerta a un Estado intervencionista, que asume una posición activa de

¹⁴⁰⁶ Toda vez que el partido conservador se abstuvo de participar en las elecciones de 1934, la reforma constitucional de 1936 fue aprobada por un Congreso integrado por los representantes de las distintas tendencias presentes al interior del partido liberal. *Vid.* BOTERO, Sandra. “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia”, en *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*, No. 33, 2006, pp. 89-90. Texto consultado en la página web: www.revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/download/8216/8860

¹⁴⁰⁷ DUGUIT, L. *Las transformaciones generales... Ob. Cit.*, pp. 37 y 178.

¹⁴⁰⁸ Sobre esta discusión, propiciada en buena parte por “falso purismo, ora jurídico, ora semántico, farisaico en buena medida”, *Cfr.* HINESTROSA, F. “El derecho de... *Loc. Cit.*”, p. 156.

¹⁴⁰⁹ PAREJA, Carlos H. *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, 1937, p. 19. Para este autor, fiel seguidor de la doctrina de DUGUIT, “los derechos civiles clásicos han dejado de ser medios de acción puestos al servicio del individuo para su beneficio personal, y se han convertido en instrumentos de servicio público (...) No existen hoy, propiamente hablando, derechos civiles, tal como se habían entendido desde Roma hasta antes de la revolución rusa, es decir, como las facultades de usar, gozar y abusar de la riqueza, sino derechos sociales condicionados por el interés de la comunidad. El hombre no es sujeto, sino vehículo de los derechos”. *Vid. Idem*, pp. 19-20

¹⁴¹⁰ SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1966, p. 377. En sentido análogo, VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*, 4ª Edición, Bogotá, Universidad de los Andes, 1975, p. 185.

garante del progreso y el bienestar de los ciudadanos¹⁴¹¹, tuvo entre sus objetivos encarar la problemática social derivada del conflicto agrario que vivía el país en ese momento. Se buscaba hacer frente a los latifundios improductivos, poner el acento en la importancia del trabajo como presupuesto y elemento fundamental del reconocimiento del derecho de propiedad¹⁴¹² y sentar las bases para llevar a cabo una mejor redistribución de la riqueza sin renunciar al sistema de propiedad privada de los bienes. Con este fin, era preciso tanto despojar a este derecho de la connotación egoísta que le había acompañado, como dotar al Estado de instrumentos adecuados para sortear la difícil situación que debía arrostrar. La cláusula de la función social de la propiedad sirvió tanto para lo primero como para lo segundo. De un lado, hizo de ella no sólo un privilegio no susceptible de ser empleado al margen de cualquier consideración del bien común, sino una posición personal que conlleva responsabilidades frente a la colectividad. De otro, al suponer un fundamento diferente al reconocimiento y atribución del derecho, éste quedó condicionado: “[s]e es propietario y se actúa como tal en «función social»; la propiedad se posee como miembro de una comunidad, como parte integrante de ella”¹⁴¹³.

Por esta razón, su ejercicio en contravía del interés social se tiene por ilegítimo, injurídico e inicuo; y puede, por esta circunstancia, comprometer la conservación de la titularidad del derecho¹⁴¹⁴. El incumplimiento de las obligaciones sociales derivadas de la condición de propietario podía suponer, entonces, la pérdida del derecho¹⁴¹⁵. Las medidas adoptadas en este sentido por la ley 200 de 1936 (“Régimen de tierras”), que apuntaron a hacer obligatorio el aprovechamiento económico de la tierra y sancionaron su incumplimiento con la extinción del dominio, estaban enderezadas en esta dirección y buscaban hacer vinculantes las obligaciones que desde la Constitución imponía la función social al propietario fundiario¹⁴¹⁶.

¹⁴¹¹ BOTERO, S. “La reforma constitucional de... *Ob. Cit.*, pp. 90 y ss.

¹⁴¹² *Idem*, pp. 92-93.

¹⁴¹³ *Idem*.

¹⁴¹⁴ *Ibidem*.

¹⁴¹⁵ *Idem*, pp. 378-379.

¹⁴¹⁶ El artículo 1 de esta ley estableció una presunción de propiedad de “los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica”. El artículo 2, a su vez, fijó una presunción de baldío respecto de los predios rústicos no poseídos en los términos del artículo 1. El artículo 6, por su parte, previó la extinción del dominio (privación sin indemnización) a favor del Estado en los casos de incumplimiento del deber de explotación de los predios en los siguientes términos: “Establécese a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1 de esta ley, durante diez años continuos. // Cuando la posesión se hubiere ejercido sobre una parte del predio solamente, la extinción del dominio no comprenderá sino las porciones incultas que no se reputen poseídas conforme a esta ley. // La extinción del derecho de dominio no tendrá efecto en relación con los siguientes predios: 1. Los que tengan una cabida total inferior a trescientas (300) hectáreas que constituyan la única propiedad rural del respectivo propietario, y 2. Los pertenecientes a las personas absolutamente incapaces o a los

50. Adicionalmente, en un plano más concreto y con la idea de favorecer las aspiraciones redistributivas que le servían de base, la reforma modificó las reglas aplicables en materia de expropiación (artículo 10 párr. 3 del acto legislativo No. 1 de 1936). Ésta ya no sólo procedía por “graves motivos de utilidad pública legalmente definidos”, por mandato judicial y previo pago del “valor de la propiedad” (artículo 32 de la Constitución de 1886). Además de suprimir el calificativo de “graves” que se predicaba de los motivos de utilidad pública invocados como *causa expropriandi*, la nueva regulación contempló la procedencia de esta figura también por razones “de interés social” definidas por el legislador; y aun cuando conservó la exigencia de intervención judicial y de indemnización previa, esta última no era cualificada en su monto (no se aludía ya a su condición de “plena” ni al “valor de la propiedad”)¹⁴¹⁷. Finalmente, siguiendo el ejemplo trazado por la Constitución de Weimar (artículo 153 párr. 2 frase 2) y la Constitución de la República Española (artículo 44 párr. 2), se previó en el párr. 4 del artículo 10 la posibilidad que el legislador, por razones de equidad y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara del Parlamento, determinara los casos en los cuales la expropiación podía practicarse sin indemnización¹⁴¹⁸.

2. El alcance de la función social bajo el ordenamiento constitucional anterior a la Constitución de 1991.

51. Tal como lo expresó en su momento la Corte Suprema de Justicia, con la introducción de la cláusula de la función social la reforma constitucional de 1936 “relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario”¹⁴¹⁹. En consecuencia, “[l]a propiedad no es ya un derecho intangible y sagrado, sino un derecho continuamente cambiante que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse”¹⁴²⁰. Esto supone entender que “[e]l Legislador puede, por lo tanto, introducir a la propiedad individual todas las restricciones que sean conformes con las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse”¹⁴²¹. Más que una ruptura tajante con la tradición liberal del constitucionalismo colombiano, pues no se abolió la institución de la propiedad, de lo que se trataba era, entonces, de poner de manifiesto la ilegitimidad del

menores adultos, cuando la adquisición haya sido hecha a título de herencia o legado, y mientras dure la incapacidad”.

¹⁴¹⁷ De acuerdo con lo previsto por el párr. 3 del artículo 10 del acto legislativo No. 1 de 1936: “[p]or motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa”.

¹⁴¹⁸ El texto del párr. 4 del artículo 10 del acto legislativo No. 1 de 1936 es el siguiente: “[c]on todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

¹⁴¹⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de marzo de 1938.

¹⁴²⁰ *Idem*.

¹⁴²¹ *Ibidem*.

ejercicio arbitrario, incontrolado y egoísta de este derecho¹⁴²², lo mismo que su sujeción permanente a las necesidades de interés general; de atenuar, si se quiere, el fuerte lazo que ataba a este derecho con la libertad individual¹⁴²³.

52. Ahora, si bien es cierto que la reforma constitucional de 1936 introdujo la función social en el ámbito de la propiedad privada e hizo de ella un elemento fundamental de su régimen general, su incidencia se circunscribe al plano concreto de este derecho: excluye una concepción individualista de la propiedad, aligera su nexo con la libertad, articula y subraya su vocación de servicio al interés de la colectividad. El limitado peso que dentro del orden constitucional anterior a la Carta de 1991 se dio a los intereses sociales y colectivos determinó un papel más modesto de la función social del derecho dentro del conjunto del ordenamiento. El tipo de Constitución en la que fue insertada explica esta situación. En cuanto expresión del pensamiento liberal decimonónico, el texto constitucional de 1886 era una *Constitución de tipo formal*, que respondía a las exigencias del modelo de *Constitución como orden marco*¹⁴²⁴. Se trataba, pues, de un estatuto preocupado por garantizar la libertad individual y establecer los límites a la actuación de los poderes públicos necesarios para asegurar la realización de dicho fin. Por esto, su regulación se centraba fundamentalmente en la definición de la forma de gobierno, la estructura general de las instituciones estatales y los límites básicos del poder público frente a los ciudadanos, consignados en una carta de derechos de corte eminentemente liberal¹⁴²⁵. Aunque el artículo 31 de dicha Constitución aludía de manera genérica a los “derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles”, sin mencionar concretamente a la propiedad¹⁴²⁶, se ha entendido que ésta se encontraba implícita dentro de aquella disposición. Ésta envolvía, en todo caso, una remisión al concepto de propiedad legalmente definido; el cual fue precisado el año siguiente por el artículo 669 del Código Civil. De acuerdo con esta definición, “[e]l dominio (que se llama

¹⁴²² HINESTROSA, F. “El derecho de... *Passim*, p. 156.

¹⁴²³ De ahí que, como se aprecia en la jurisprudencia constitucional posterior, si bien se enfatiza que la garantía constitucional del derecho está supeditada al aprovechamiento productivo de la tierra (*Vid.* Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de diciembre de 1964) o que “su ejercicio debe apuntar no sólo a la utilidad del propietario, sino también a la utilidad general” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de agosto de 1988), estas consideraciones “no han llevado sin embargo al extremo contrario de tener que admitir (...) la desaparición del derecho de propiedad” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de abril de 1985).

¹⁴²⁴ *Vid.* algunas consideraciones sobre los tipos de Constitución y su incidencia sobre la noción del derecho de propiedad en el apartado C del Capítulo Primero de este trabajo.

¹⁴²⁵ En armonía con la ideología que le servía de base, el Título III de la Constitución de 1886, “De los derechos civiles y garantías sociales”, consagraba derechos individuales como la inviolabilidad del domicilio, diversas garantías procesales, la garantía de los derechos adquiridos con justo título, la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de escoger oficio u ocupación, la libertad de reunión y la libertad de asociación.

¹⁴²⁶ **Artículo 31.-** Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. // Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". Con tal definición el concepto liberal tradicional de propiedad se instalaba formalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. Entre otros objetivos, la reforma constitucional de 1936 quiso modificar esta situación.

53. Como ha señalado la Corte Constitucional, esta reforma "comportó un cambio notable en el sistema político colombiano, en la concepción de las funciones que al Estado incumben, en la injerencia posible y legítima de éste en el campo económico, en el compromiso con una distribución más racional de la riqueza y en la acción dirigida a mitigar la situación de los grupos sociales más pobres, y material y formalmente más desamparados"¹⁴²⁷. Con todo, más que un cambio en el *tipo de Constitución*, representó un giro en el *tipo de Estado*: supuso el abandono del Estado liberal y abrió la puerta a una intervención pública más activa en el ámbito de la economía¹⁴²⁸, pero no tuvo el calado suficiente para hacer de la Carta de 1886 una *Constitución material o programática*¹⁴²⁹. Así, a pesar de haber comportado la alteración de la relación tradicional entre Estado y sociedad –en consideración a las responsabilidades que le fueron encomendadas, aquél debió dejar de ver en ésta algo que le era dado y al margen de lo cual debía permanecer, para pasar a verla como susceptible de ordenación y configuración–, el carácter no estructural de esta reforma impidió que dicha transformación tuviera lugar. A pesar de su impulso modernizador, *la reforma de 1936 no supuso un verdadero replanteamiento del entero orden constitucional*. Aunque se previó una mayor intervención estatal, su base axiológica siguió siendo, a grandes trazos, la misma¹⁴³⁰.

54. Al estar desprovista del nutrido y heterogéneo conjunto de derechos y principios que sirven de sustrato al Estado social y sobre los cuales se estructura una Constitución material, la función social de la propiedad cumplió un papel

¹⁴²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ 2.

¹⁴²⁸ El referido cambio en el tipo de Estado puede derivarse, fundamentalmente, de un núcleo duro de cinco preceptos: los artículos 9, 10, 11, 16 y 17. En lo fundamental, en ellos se resaltó el compromiso que asiste a las autoridades tanto con la protección de los derechos de los ciudadanos, como con el aseguramiento del cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 9); la función social de la propiedad (artículo 10); el poder de intervención del Estado en la economía para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza (artículo 11); la encomienda al Estado de la asistencia pública en casos de necesidad (artículo 16); y la proclamación del trabajo como obligación social que goza de la especial protección del Estado (artículo 17).

¹⁴²⁹ Sobre las particularidades de este tipo de Constitución, véase *supra* el apartado C-1 del Capítulo Primero de esta investigación.

¹⁴³⁰ Esto lo confirma la opinión de algunos comentaristas de la historia constitucional colombiana. Así, por ejemplo, para SÁCHICA, a pesar de las numerosas reformas experimentadas por su texto, la Constitución de 1886 "ha mantenido bien su identidad normativa y doctrinaria, su validez política, y su vigencia formal, dentro de un frecuente y en apariencia intenso reformismo que, a la postre, ha sido más táctica de refuerzo que estrategia de cambio". SÁCHICA, Luis Carlos. *La Constitución colombiana, cien años haciéndose*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 87. Obra consultada en la página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=717>

más tímido o restringido¹⁴³¹. Excluye la concepción individualista del derecho y habilita un incremento significativo –cuantitativo y cualitativo– de las intervenciones estatales dentro de su órbita de protección, pero *carece de apoyo sistemático*: la ausencia de la referida constelación de principios y derechos presente en una Constitución material *priva a la función social de referentes constitucionales directos y remite enteramente su definición al legislador*. Esta situación será sustancialmente modificada bajo el marco constitucional actual.

3. La función social de la propiedad en el marco del Estado social de Derecho instaurado por la Constitución de 1991.

55. La proclamación del Estado social de Derecho como principio rector del ordenamiento constitucional colombiano por el artículo 1 CC y la previsión de una rica constelación de derechos y principios de signo social en torno de aquél introduce un factor diferencial en punto a la lectura que dentro del sistema se lleva a cabo tanto de la cláusula de la función social de la propiedad como del derecho mismo. Ello no sólo constituye una reiteración de la exclusión del esquema individualista antes imperante o de su vinculación social. Representa, además –y más concretamente–, la instrumentalización de la propiedad constitucional a la realización de los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución en el marco del Estado social. La interacción entre la función social y el resto de la parte dogmática de la Carta opera este cambio. El módulo social del derecho actúa como un receptáculo abierto a los diferentes contenidos jurídico-constitucionales de interés general que, procedentes de la referida constelación de principios y derechos del Estado social, precisen de la propiedad privada para su debida realización (protección ambiental o del patrimonio histórico-cultural, promoción del derecho a la vivienda digna o de la competencia en materia de servicios públicos, defensa del consumidor, fomento del derecho de acceder al conocimiento, etc.). *La propia Constitución orienta entonces el sentido que ha de cobrar la función social de la propiedad; éste ya no es remitido enteramente al legislador. Por exigencia de la propia dinámica del texto constitucional, la propiedad emerge así como instrumento de realización del Estado social de Derecho y de su ambicioso programa social y económico.*

La idea de Estado social se erige así en un factor ordenador y dinamizador del sistema constitucional de la propiedad privada, que al tiempo que dota de contenido y señala finalidades, obra como catalizador de las potencialidades envueltas en el reconocimiento de la función social del derecho¹⁴³². A pesar de la notable amplitud de la libertad de apreciación del legislador en lo concerniente a la concretización de la función social inherente a cada clase de propiedad, la presencia del referido conjunto de disposiciones proporciona criterios jurídico-

¹⁴³¹ Un comentario sobre el limitado impacto de la reforma de 1936 sobre el régimen de la propiedad puede verse en SÁCHICA, L. C. *La Constitución colombiana... Loc. Cit.*, pp. 121 y ss.

¹⁴³² *Vid.* las consideraciones efectuadas al respecto *supra* en el apartado F-1.3 del Capítulo Primero de este escrito.

constitucionales valiosos y contribuye a estrechar tales márgenes. Supone la adopción de decisiones constitucionales fundamentales que no pueden ser desatendidas por los poderes públicos en cumplimiento de sus funciones. De ahí que aun cuando la cláusula de la función social del derecho haya sido introducida en 1936, el carácter formal de la Carta constitucional de 1886 en la que fue insertada se haya traducido en unos resultados más tímidos. El mayor impulso dado por la legislación y la jurisprudencia constitucional a la función social a partir de 1991 es una evidencia de ello.

56. Podría así concluirse que para que esta cláusula despliegue todos sus efectos y haga de la propiedad privada un auténtico instrumento de transformación de las estructuras sociales y económicas, *más que la puntual reforma de su enunciado constitucional, es preciso dotarla de un engranaje normativo adecuado*. La propiedad-función social no puede significar lo mismo en ordenamiento provisto de una Constitución formal, que en uno sujeto a una Constitución material. Sólo en esta última la función social encarnará algo más que la mera condición de no ilimitado del derecho de propiedad y tendrá un sentido anclado en el propio texto de la Constitución, traducido en la encomienda al poder legislativo de hacer operativa la función de coordinación normativa que está llamada a realizar.

C. La desagregación de la función ecológica de la propiedad privada de la cláusula general de la función social y su sustantivación en el texto constitucional de 1991.

1. La función ecológica de la propiedad como reconocimiento de la dimensión ambiental del derecho.

1.1. La preocupación ambiental del constituyente de 1991.

57. El párr. 2 del artículo 58 CC no solamente define la propiedad como una función social que implica obligaciones. Establece, adicionalmente, que “[c]omo tal, le es inherente *una función ecológica*” (artículo 58 párr. 2 frase 2 CC). En concordancia con la preocupación por la protección y conservación del medio ambiente presente a lo largo de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991¹⁴³³, la llamada *dimensión ambiental de la propiedad* fue expresamente recogida en esta fórmula. Ello responde, en general, al propósito de “sentar las bases jurídicas para que sea posible un desarrollo basado en un nuevo pacto con la naturaleza”¹⁴³⁴; y en particular, al deseo de poner de manifiesto que “[l]os derechos y deberes del hombre no se pueden seguir considerando con independencia de la obligación que tienen las generaciones

¹⁴³³ Cfr. *Gaceta Constitucional*, No. 58, pp. 7 y ss (Informe-ponencia para primer debate en plenaria “Medio ambiente y recursos naturales”, presentada por los constituyentes Guillermo Perry, Iván Marulanda, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero para primer debate en plenaria).

¹⁴³⁴ *Idem*, p. 8.

presentes de conservar para las generaciones futuras el patrimonio natural, como base del desarrollo”¹⁴³⁵. Esta decisión integra formalmente a este derecho dentro del conjunto de disposiciones que conforman la denominada Constitución ecológica¹⁴³⁶ y representa, desde una perspectiva jurídico-subjetiva, una especificación frente a los propietarios de la genérica obligación constitucional impuesta a toda las persona de proteger y conservar las riquezas naturales de la Nación (artículos 8 y 95.8 CC).

58. Si bien en las constituciones de México de 1917 y Weimar de 1919 es posible identificar claros antecedentes de lo que cristalizaría posteriormente en el movimiento ambientalista¹⁴³⁷, será sólo a partir de la década de los setenta del siglo XX cuando éste cobre verdadero peso al interior de las constituciones¹⁴³⁸. Esta tendencia no fue ajena a la Constitución colombiana de 1991. La idea del constituyente según la cual “[l]a dimensión ambiental debe permear el contenido de la nueva Constitución”¹⁴³⁹ se ve reflejada no sólo en la consagración específica del Capítulo 3 del Título II CC a “los derechos colectivos y del ambiente” (*vid.*

¹⁴³⁵ *Ibidem*.

¹⁴³⁶ No otra conclusión puede alcanzarse si se tiene en cuenta que para la Corte Constitucional, la Constitución ecológica se encuentra conformada “por todas aquellas disposiciones que regulan la relación entre la sociedad con la naturaleza, y cuyo propósito esencial, es la protección del medio ambiente”. *Vid.* Sentencia C-495 de 1996.

¹⁴³⁷ Ciertamente, por un lado, el artículo 27 CM no sólo declara las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio de la Nación como propiedad pública (artículo 27 párr. 1 frase 1 CM); alude además al interés “de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles (*sic*) de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación” como criterio a considerar por el Estado al delimitar el contenido del derecho de propiedad (artículo 27 párr. 3 frase 1 *in fine* CM). De igual forma hace también referencia a la obligación que asiste al Estado de dictar las medidas que estime procedentes “para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad” (artículo 27 párr. 3 frase 2 *in fine*) y considera de utilidad pública a efectos expropiatorios la realización de este fin (artículo 27 párr. 3 frase 4). Por su parte, en el texto de Weimar no sólo el artículo 150 párr. 1 WRV declara la obligación estatal de proteger y conservar la naturaleza; el artículo 155 WRV encomienda asimismo al Estado fiscalizar la distribución y el uso del suelo para prevenir los excesos y abusos de los propietarios (artículo 155 párr. 1 frase 1 WRV), al tiempo que declara que “[t]odos los recursos naturales y usos económicos de las fuerzas de la naturaleza se encuentran bajo el control del Estado” (artículo 155 párr. 4 frase 1 WRV).

¹⁴³⁸ Hitos fundamentales para la consolidación del movimiento ambientalista previo a la constitucionalización del medio ambiente son la expedición en los EEUU del *National Environmental Policy Act* en 1969, la declaración de 1970 como año de la protección de la naturaleza por la Organización de Naciones Unidas, la creación en Francia del Ministerio de la *Protection de la Nature et de l'environnement* por el Decreto 94 de 1971 y, especialmente, la celebración de la Conferencia Mundial del Medio Humano convocada por la ONU en Estocolmo en 1972. Producto de esta cumbre es la conocida *Declaración de principios para la preservación y mejora del medio humano*, donde se sientan las bases fundamentales para el desarrollo del Derecho Ambiental actual. Este es el contexto el cual tiene lugar la progresiva incorporación a los textos constitucionales del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y del deber de conservarlo como cláusulas habituales en el constitucionalismo de occidente. Ejemplo de ello, para citar tan sólo algunos casos relevantes de nuestro entorno, son las Constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Chile (1980), Brasil (1988), Argentina (1994) y Venezuela (1999).

¹⁴³⁹ *Gaceta Constitucional*, No. 58... *Loc. Cit.*, p. 7.

especialmente los artículos 79-82 CC) o en la proclamación del deber de protección y conservación ambiental como una obligación general de todas las personas (artículos 8 y 95.8 *idem*); se aprecia igualmente en la previsión de numerosas disposiciones relacionadas con la guarda de este bien jurídico (*Vid.* los artículos 49, 79, 80, 81, 82, 267, 277.4, 300.2, 311, 313.7, 313.9, 330.1, 330.4, 331, 332, 333, 334 y 339 CC), entre las que destaca la formalización de la función ecológica de la propiedad.

59. Con ello el constituyente no sólo quiso poner de manifiesto la necesidad de conciliar propiedad privada y medio ambiente como extremos habitualmente en conflicto. La tala de los bosques, el consumo excesivo de suelo, la destrucción del paisaje, la amenaza a las zonas históricas o bienes de interés cultural o la contaminación de las aguas o de la atmósfera son testimonio del enfrentamiento tradicional entre ellos¹⁴⁴⁰. En armonía con la visión que se adopta del patrimonio ambiental y del lugar capital que se atribuye en el texto constitucional a su protección y conservación, su objetivo fue también insertar la propiedad dentro de la concepción global del medio ambiente como bien perteneciente a la colectividad; resaltar la mayor responsabilidad social que conlleva la titularidad de un derecho cuyo objeto representa un especial valor ecológico. De lo que se trata, entonces, es de reiterar la visión de la propiedad como función social, de *singularizar y relieves la problemática ambiental* -producto de la sustantividad otorgada a la función ecológica frente a la genérica función social que se predica del derecho- y de remarcar la importancia de enmarcar la propiedad privada dentro de la concepción del medio ambiente como patrimonio colectivo incorporada al texto constitucional¹⁴⁴¹.

1.2. La sustantivación de la función ecológica de la propiedad.

60. Aunque la protección ambiental envuelve un interés general tan evidente que podría ser englobado dentro de la cláusula general de la función social¹⁴⁴², la expresa proclamación constitucional de la función ecológica de la propiedad se explica por el protagonismo que la Constitución quiso otorgar a la cuestión ambiental. Más que subrayar que no toda limitación a la propiedad proviene de

¹⁴⁴⁰ EHLERS, D. "Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Loc. Cit.*, p. 213. También ISENSEE, J. "Die Ambivalenz des... *Loc. Cit.*, p. 3.

¹⁴⁴¹ *Vid. Gaceta Constitucional*, No. 112, p. 6 (Exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en plenaria, presentada por el constituyente Augusto Ramírez Ocampo).

¹⁴⁴² Ello puede apreciarse, por ejemplo, en el CRNC de 1974, que, en tanto norma anterior a la Constitución de 1991, alude a la noción de función social de la propiedad (y no, específicamente, a la función ecológica) para designar su vinculación ambiental. Tras declarar en el artículo 42 CRNC como de dominio público los recursos naturales renovables regulados por dicho Código que se encuentran dentro del territorio nacional y reconocer los derechos de propiedad legítimamente consolidados sobre ellos, el artículo 43 CRNC dispone que tal derecho "deberá ejercerse como función social, en los términos establecidos por la Constitución Nacional y sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en este Código y otras leyes pertinentes".

la función social¹⁴⁴³, o que ésta no constituye la causa de la vinculación ambiental del derecho¹⁴⁴⁴, lo cual resultaría adjetivo ante la concepción de función social como instrumento de coordinación normativa que aquí se postula, el reconocimiento de entidad constitucional propia a esta fórmula (artículo 58 párr. 2 frase 2 CC) frente a la genérica función social prevista por el artículo 58 párr. 2 frase 1 CC persigue *prevenir los riesgos ambientales de una concepción meramente economicista de esta última –empeñada en maximizar la productividad de todos los bienes- e incidir positivamente tanto en la caracterización de su imagen (dimensión objetiva del derecho), como en la configuración del régimen del derecho en la Constitución (dimensión subjetiva)*. Ello debe necesariamente entenderse en el contexto de la idea directriz del constituyente de articular un texto constitucional permeado por la preocupación ambiental del Derecho¹⁴⁴⁵.

61. Así, por una parte, la escisión de la función ecológica de la función social de la propiedad busca evitar que los intereses ambientales sean eclipsados o acaben sojuzgados o diluidos en medio de la amalgama de intereses que pueden concurrir dentro de la idea-marco de la función social del derecho. Entender que la función social de la propiedad es el único criterio con eficacia delimitadora del contenido de la propiedad por razones de interés general que reconoce el ordenamiento¹⁴⁴⁶ encierra el riesgo de desconocer la multitud de intereses comunes que puede converger en un momento determinado en el ámbito de dicha cláusula. Ya que no siempre se trata de intereses fácilmente conciliables o coordinados, la lectura que de ella se haga deberá ser, entonces, resultado de *la ponderación entre intereses contrapuestos* que se realice. Los casos de hallazgos arqueológicos o de ecosistemas de especial valor amenazados por la realización de obras de infraestructura o de explotación de recursos minerales ilustran la situación de tensión entre intereses generales que puede llegar a generarse en supuestos límite. Al margen del interés personal del propietario en el aprovechamiento de su propiedad se encuentran el interés común expresado tanto en la protección del patrimonio arqueológico o del medio ambiente, como en el desarrollo de la obra o de la explotación mineral respectiva. Una y otra representan un beneficio significativo para la comunidad; con lo cual queda en evidencia que a pesar de tener la propiedad *una* función social, ocasionalmente, ésta *puede no ser unívoca*. *Prima facie*, para la colectividad y jurídico-constitucionalmente resultan igualmente relevantes los diferentes intereses generales en conflicto. Por lo tanto, corresponderá al legislador o a la Administración realizar la correspondiente ponderación al interior de la función social a efectos de determinar su sentido final. El operador jurídico competente deberá entonces intentar armonizar el desarrollo económico envuelto en la

¹⁴⁴³ Así, AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 431.

¹⁴⁴⁴ En este sentido, JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, pp. 97 y ss.

¹⁴⁴⁵ *Gaceta Constitucional*, No. 58... *Loc. Cit.*, p. 7.

¹⁴⁴⁶ Así, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, p. 70.

realización del proyecto con la tutela del interés colectivo inherente a la conservación del patrimonio arqueológico o natural de la comunidad¹⁴⁴⁷.

En este contexto, la expresa consagración de la función ecológica de la propiedad pretende neutralizar el riesgo de una concepción reduccionista o economicista de la función social, que restrinja su alcance a atender “las necesidades de la vida económica”¹⁴⁴⁸, en detrimento de los intereses ambientales. Aunque en la actualidad una comprensión semejante de la cláusula de función social resultaría improcedente –de ningún modo ésta podría ser entendida al margen del principio de desarrollo sostenible (artículo 80 CC)¹⁴⁴⁹-, *la Constitución quiso subrayar la vinculación ambiental de la propiedad proclamando la función ecológica que le asiste*. Ello, además, con el fin de asegurar que toda decisión relativa a la propiedad privada que pueda tener incidencia sobre los ecosistemas sea producto de una ponderación en la cual el argumento ambiental constituya siempre una de las variables a considerar¹⁴⁵⁰.

62. De otra parte, la sustantividad otorgada a la vinculación ambiental de la propiedad pretende también influir sobre la imagen que del derecho forja la Constitución. Ello resulta fundamental en consideración al papel de guía y de límite para el legislador y los demás poderes públicos que desempeña dicha representación, así como de las obligaciones que se desprenden de la dimensión objetiva de la propiedad en materia de establecimiento de estructuras procedimentales y organizativas adecuadas para su efectiva materialización. Más que una doctrina extrapolable al ámbito de la propiedad privada a partir de la importancia que la Constitución otorga a la cuestión ambiental y a su condición de presupuesto indispensable para el disfrute de los derechos fundamentales y el ejercicio mismo del derecho de propiedad¹⁴⁵¹, la vertiente ambiental de este

¹⁴⁴⁷ Alude a la problemática que surge en el campo de la arqueología GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento”, en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, No. 200, 2003, pp. 43 y ss. También BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. *El derecho de... Ob. Cit.*, pp. 51 y ss.

¹⁴⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de marzo de 1938.

¹⁴⁴⁹ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 20. También, sobre la imposibilidad de entender conceptos jurídicos y económicos tradicionales al margen del principio de desarrollo sostenible, véase la sentencia C-058 de 1994, FJ 4.4. Esta circunstancia pone de manifiesto el carácter también relativo que es inherente a la idea de función social, sujeta también al vaivén de las concepciones sociales. *Cfr.* KIMMICH, O. “La propiedad en la... *Ob. Cit.*”, p. 156.

¹⁴⁵⁰ Inicialmente, enmarcada en la idea de desarrollo sostenible, el correspondiente ejercicio de ponderación debe estar enderezado a hacer compatible el desarrollo económico con el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico -intereses directamente instalados en sede de la función ecológica-. No obstante, en casos límite ha de entrar en juego el principio de precaución, entendido como *in dubio pro ambiente*. Así, aplicado en el contexto de la explotación minera de zonas con especial valor ambiental, *vid.* la sentencia C-339 de 2002, FJ 5. Sobre la operatividad del principio de precaución, en general, véase las sentencias C-293 de 2002, FJ 4 y C-988 de 2004, FJ 15.

¹⁴⁵¹ Debido a la significativa afectación a la propiedad inmueble que resulta de desastres ambientales como la lluvia ácida (problemática de la destrucción de los bosques y cultivos), la desertización, la sequía, el cambio climático o de accidentes de impacto ecológico (derrame de fluidos contaminantes, emisiones nocivas, afectación de fuentes de agua, etc.), la protección del

derecho es en Colombia Derecho positivo¹⁴⁵². En tanto que componente estructural de un derecho fundamental, forma parte de su contenido jurídico-objetivo, se integra por ende al Derecho objetivo con rango de principio y se erige, como tal, en pauta decisiva para la creación, interpretación y aplicación del Derecho en sus distintos ámbitos. En consecuencia, dado el carácter de norma negativa de competencia que le es inherente, impone a los poderes públicos un mandato de abstención respecto de cualquier acción que pueda atentar en su contra o que distorsione la imagen que de la propiedad resulta como producto de la decisión constitucional fundamental de incorporarla como uno de sus elementos estructurales. Al tiempo le es inherente una vertiente positiva, un mandato de actuación que debe impulsar a las autoridades a la realización de acciones enderezadas a asegurar su salvaguardia y efectividad.

63. Del mismo modo, y como se verá a continuación, incide igualmente sobre la función del derecho y su ámbito de protección subjetiva, dando un tinte y un fundamento claramente ambiental a resultados de otro modo deducibles de la cláusula de función social¹⁴⁵³. De un lado, ratifica la exclusión de la idea según la cual la propiedad lleva anejo un derecho a contaminar, explotar o a transformar *ad libitum* la fisonomía o fisiología del bien objeto del derecho. De otro, refuerza el reconocimiento al legislador de la potestad de intervención necesaria para efectuar una configuración del contenido del derecho que permita garantizar a todas las personas el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano (artículo 79 CC).

derecho de propiedad presupone una adecuada protección del medio ambiente. Véase, en este sentido, ISENSEE, J. "Die Ambivalenz des... *Ob. Cit.*, pp. 8 y ss.

¹⁴⁵² Si bien algunos ordenamientos reconocen de manera explícita la virtualidad del medio ambiente como fuente de limitaciones del derecho de propiedad en el marco de su función social (es el caso del artículo 19.24 de la Constitución de Chile de 1980), o garantizan la propiedad "con función y responsabilidad social y ambiental" (artículo 66.26 de la Constitución del Ecuador de 2008), la formulación expresa de su función ecológica constituye una particularidad del constitucionalismo colombiano. Otras constituciones, como la del Paraguay de 1992 en su artículo 109, distinguen entre función social y función económica de la propiedad, con lo cual se desliga a la primera cláusula de su tradicional vínculo con la productividad económica para resaltar su apertura a la realización de intereses sociales de otra índole (*v. gr.* la protección ambiental).

¹⁴⁵³ En últimas, como afirma BASSOLS COMA, el objetivo constitucional de la protección, conservación y mejora del medio ambiente "está destinado a incidir en la conceptualización de la función social, como delimitadora del contenido del derecho de propiedad". *Cfr.* BASSOLS COMA, Martín. "El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, p. 744.

2. Las implicaciones de la consagración de la función ecológica de la propiedad.

2.1. Principales implicaciones de la consagración de la función ecológica de la propiedad.

64. Dos son, fundamentalmente, las principales implicaciones particulares de la proclamación de la función ecológica de la propiedad. La primera, la exclusión de la idea según la cual la condición de interés colectivo y bien común reconocida al medio ambiente por la Carta¹⁴⁵⁴ resulta incompatible con la constitución de derechos de propiedad respecto de los distintos elementos que lo conforman¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁴ La idea de que el medio ambiente constituye un bien colectivo o común no sólo ha sido expuesta por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (*vid.*, p. ej., las sentencias C-1172 de 2004, FJ 4 y C-189 de 2006, FJ 6) o por la moderna teoría económica (*cfr.* MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*, 3ª Edición, Madrid, Mc. Graw-Hill, 2004, pp. 140 y ss). Ella ha sido también una constante histórica, apreciable en relación con algunos de los elementos que hoy se engloban dentro de la idea de medio ambiente, como se deduce de la distinción propia del Derecho romano entre cosas públicas (*res publicae*) y cosas comunes (*res communis omnium*). En efecto, mientras que GAYO, dentro de la categoría “bienes de derecho humano” (por contraposición a los “bienes de derecho divino”), diferencia en sus *Instituciones* entre cosas públicas y privadas, sin más, definiendo las primeras como “aquellas que no están en los bienes de nadie” (D.1.8.1, Gayo, *Instituta*, Libro II), MARCIANO haría referencia a las *res communis omnium*. Por entender que se trataba de bienes que pertenecían a todos por Derecho natural, incluyó en esta categoría al aire, el agua corriente (*aqua profluens*) y el mar con sus costas (D.1.8.2.pr Marciano; *Instituta*, Libro III). En consecuencia, estos bienes se hallaban excluidos del comercio y resultaban inapropiables, a semejanza de lo que ocurría con la *res publicae*, bienes que pertenecían al pueblo romano (D.50.16.15. Ulpiano; *Comentarios al Edicto*, Libro X). Las *res communis omnium* se encontraban a disposición de todos, que podían disfrutar de ellas de acuerdo con sus necesidades sin otra condición que no afectar con ello el mismo derecho reconocido a los demás. Para asegurar esta situación se contaba con la *actio iniuriarum*, procedente contra aquél que entorpeciera o impidiera su uso por parte de otros. Esta categoría incidiría posteriormente en el Derecho bajomedieval español, como se aprecia en la distinción efectuada en las *Partidas* entre bienes que pertenecen a cada hombre, bienes que pertenecen comunalmente a un colectivo (“a todas las criaturas” o “a todos los omes”, según lo previsto en la Partida III, XXVIII, 3 y 6), bienes sobre los que el Emperador o Rey ejerce señorío y aquellos que no pueden ser apropiados por ninguno, como es el caso de las cosas sagradas y religiosas. *Cfr.* SERNA VALLEJO, Margarita. “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”, en *Derecho de los bienes públicos* (Dir. J. GONZÁLEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 13 y ss. Como destacan GALLEGO ANABITARTE, MENÉDEZ REXACH y DÍAZ LEMA, la diferencia entre considerar un bien como una cosa pública o cosa común es trascendental. Conforme explican estos autores para el supuesto del agua, “en el primer caso la corriente pasa a ser de uso público con necesidad de obtener autorización para aprovechamientos especiales (ríos flotables y navegables), mientras que en el segundo caso la corriente de agua se deja al aprovechamiento libre de los ribereños”. Véase su obra *El derecho de aguas en... Ob. Cit.*, p. 37. El influjo de esta categoría se extiende también a la doctrina anterior a la codificación napoleónica. Así, por ejemplo, para DOMAT, “Les cieux, les astres, la lumière, l’air et la mer sont des biens tellement communs à toute la société des hommes, qu’aucun ne peut s’en rendre le maître, ni en priver les autres; et aussi la nature et la situation de toutes ces choses est toute proportionnée à cet usage commun pour tous”. *Cfr.* DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, París, 1777, p. 23. Citado por CHARDEAUX, Marie-Alice. *Les choses communes*, París, L. G. D. J., 2006, p. 2.

¹⁴⁵⁵ En últimas, el medio ambiente, como apunta EGEA FERNÁNDEZ, “como realidad que se compone de un conjunto de diversos fenómenos, a pesar de que tenga o pueda tener un substrato material (como la propiedad o la salud de las personas), no deja de ser, precisamente, un valor de

La segunda, la expresa incardinación del derecho de propiedad dentro de la órbita de influencia del principio de desarrollo sostenible¹⁴⁵⁶, aspecto neurálgico de la Constitución ecológica¹⁴⁵⁷. Así, con respecto a lo primero, cabe señalar que aunque expresamente establecida para el caso de los recursos naturales no renovables (artículo 332 CC), la titularidad pública no constituye una de las exigencias constitucionales en materia de protección del medio ambiente respecto de los distintos elementos que lo conforman¹⁴⁵⁸, ni tampoco un requerimiento esencial de su representación como bien jurídico perteneciente a la colectividad¹⁴⁵⁹. Ni la demanialización de los recursos naturales supone una mayor garantía para su protección, ni su propiedad privada debe comportar el relajamiento de la obligación de guarda, mejoramiento y conservación que constitucionalmente fue impuesta sobre ellos al Estado¹⁴⁶⁰.

conjunto". *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ, Joan. "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en *Derecho del medio ambiente y administración local*, Madrid, Civitas - Diputación de Barcelona, 1996, p. 68. Por esta razón, al margen de la titularidad concreta (pública o privada) de los distintos elementos que lo integran (*v. gr.* agua, aire, suelo, flora, fauna y clima), en tanto que idea compleja y global o "valor de conjunto", el medio ambiente escapa de los cánones habituales de apropiabilidad imperantes en relación con la generalidad de los bienes. Por esto mismo, la titularidad colectiva de este bien jurídico no puede confundirse con la titularidad pública (dominio público) de aquello que constituye el sustrato material de la idea de medio ambiente. En consecuencia, ni su carácter colectivo supone una exigencia de demanialización de aquellos bienes que conforman su sustrato material, ni la posible existencia de derechos de propiedad privada respecto de ellos envuelve una privatización del medio ambiente en cuanto realidad supraindividual indispensable para el desarrollo y la supervivencia de la especie.

¹⁴⁵⁶ Sobre este principio como fórmula que busca lograr un equilibrio entre desarrollo económico y protección y conservación del medio ambiente, *vid.* RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. "Protección ambiental y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible", en *RDUMA*, No. 193, 2002, pp. 115 y ss.

¹⁴⁵⁷ Como apunta la jurisprudencia constitucional, "muchas de las obligaciones ecológicas impuestas por la Carta de 1991 adquieren mayor significado a la luz de esta idea de desarrollo sostenible". *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994, FJ 4.4. La compatibilización entre aprovechamiento económico y conservación de los recursos naturales que propicia este principio desempeña, en este ámbito, un papel fundamental. Esto, por cuanto, como ha sido expresado por la Corte Constitucional, este principio pretende "superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente". *Cfr. Idem.*

¹⁴⁵⁸ En este sentido, también AGUDO GONZÁLEZ, J. *Incidencia de la... Loc. Cit.*, pp. 392 y ss. Igualmente BASSOLS COMA, M. "El derecho de propiedad y la... *Passim*, pp. 730 y ss.

¹⁴⁵⁹ JORDANO FRAGA, J. *La protección del... Ob. Cit.*, p. 58.

¹⁴⁶⁰ Como es puesto de relieve por AGUDO GONZÁLEZ, que el demanio natural esté vinculado a la satisfacción de necesidades colectivas primarias como las que garantiza el artículo 45 CE en materia de protección, conservación y mejoramiento del medio natural, no conlleva la existencia de una vinculación exclusiva ni esencial entre dominio público y medio ambiente. *Cfr.* AGUDO GONZÁLEZ, J. *Incidencia de la... Loc. Cit.*, pp. 392 y ss. La idoneidad de la demanialización de un determinado recurso para su protección no debe homologarse forzosamente al reconocimiento de una menor protección de aquellos bienes no afectados al dominio público. El autor hace referencia, en el Derecho español, a los casos de las aguas, las costas y los espacios naturales, y sostiene que resultaría infundado afirmar una mayor protección de las aguas y costas frente a los espacios naturales protegidos. Tanto en unos como en otros se han fijado limitaciones y restricciones a usos, actividades y aprovechamientos que envuelven por igual auténticas medidas de conservación. *Vid. Idem*, pp. 395-396.

65. Más que la publicación de un determinado recurso, serán las condiciones de preservación establecidas y el control sobre su efectivo cumplimiento las que confieran una mayor protección a los bienes naturales. Por esto, si bien la propia Constitución excluye determinados bienes del ámbito de la propiedad privada - como es el caso de los recursos naturales no renovables, según lo previsto por el artículo 332 CC- y concede igualmente al legislador la potestad de sustraer de ella aquellos que juzgue procedente (artículo 63 CC), el carácter genérico de la garantía del derecho establecida por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC permite entender que, salvo expresa determinación legislativa en contrario, desde una perspectiva jurídico-constitucional nada obsta para que se puedan configurar derechos de propiedad sobre recursos naturales renovables¹⁴⁶¹. La proclamación de la función ecológica del derecho confirma esta conclusión. Ello resulta importante dada la demanialización de los recursos naturales renovables efectuada por el artículo 42 CRNC¹⁴⁶²; operación efectuada sin perjuicio de los derechos sobre ellos adquiridos legítimamente por particulares¹⁴⁶³ y sin que excluya la posibilidad de constituir derechos que concedan el aprovechamiento privado exclusivo sobre tales bienes (*rectius* propiedad constitucional *lato sensu*)¹⁴⁶⁴.

66. En concordancia con lo anterior, y en relación con el segundo aspecto destacado al comienzo de este apartado, interesa destacar que en tanto que cláusula que define un nexo formal y esencial entre el derecho de propiedad y el principio de desarrollo sostenible, la función ecológica de la propiedad acentúa de tal modo la vinculación ambiental del derecho que apunta a neutralizar los

¹⁴⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 37. De hecho, la ausencia de una incompatibilidad radical o esencial entre propiedad privada y elementos que integran el medio ambiente se aprecia en el propio texto del artículo 332 CC, que declara la propiedad estatal sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, “sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

¹⁴⁶² De acuerdo con esta disposición, “[p]ertencen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos”.

¹⁴⁶³ En este caso, como establece el artículo 43 CRNC, “[e]l derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social, en los términos establecidos por la Constitución Nacional y sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en este Código y otras leyes pertinentes”.

¹⁴⁶⁴ Como ha señalado la Corte Constitucional con respecto a los recursos naturales no renovables, en consideraciones que juzgo extensibles a la esfera de la riqueza natural renovable, la declaratoria de demanialidad trae como consecuencia el sometimiento de dichos bienes al régimen de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad previsto por el artículo 63 CC. De ello no se sigue, no obstante, que el Estado tenga prohibido ejercer cualquier acto de disposición sobre dichos recursos. Esto, pues “[l]o que garantiza el artículo 63 de la Constitución es la intangibilidad del beneficio común en tratándose de los bienes de uso público, pero no la inutilidad o la obligada falta de provecho económico de los recursos no renovables. Estos hacen parte de la riqueza nacional cuyo cuidado corresponde al Estado (artículo 8 de la Constitución) precisamente en razón de la importancia que tiene para la colectividad su adecuada explotación”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1993, FJ C-4.

riesgos derivados de la titularidad privada de bienes o derechos constituidos sobre bienes de especial valor natural¹⁴⁶⁵. Esto, no sólo porque permite concebir un derecho de propiedad sujeto a las restricciones que sean necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible; también por las implicaciones mismas de este principio sobre el aspecto jurídico-objetivo del derecho. Sobre este punto se volverá en detalle más adelante. Interesa ahora subrayar dos cuestiones relevantes: por un lado, que gracias al principio de desarrollo sostenible, instalado en sede del derecho de propiedad por obra de la cláusula de función ecológica, se impone entender que la protección ambiental, *más que inhibir cualquier aprovechamiento productivo de un determinado recurso, se traduce en la exigencia de su utilización sostenible*¹⁴⁶⁶. Por otro, que de cualquier forma, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, “esa misma función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general sobre el particular en materia patrimonial (CP art. 58) implican que, frente a determinados recursos naturales vitales, la apropiación privada puede en determinados casos llegar a ser inconstitucional. [Por esto] (...), con esos mismos fundamentos constitucionales, el Estado puede también legítimamente convertir en bienes de uso público determinados recursos renovables considerados de utilidad social, aunque, como es obvio, y teniendo en cuenta que la Carta reconoce la propiedad privada adquirida con arreglo a las leyes, en tales eventos es deber de las autoridades reconocer y expropiar los dominios privados que se hubieran podido legalmente consolidar”¹⁴⁶⁷.

67. Además de estas dos grandes implicaciones, es posible identificar igualmente otras manifestaciones puntuales de la incidencia de la función ecológica de la propiedad sobre los aspectos jurídico-subjetivo y jurídico-objetivo del derecho. Para efectos expositivos ellas han sido agrupadas en dos bloques: el que tiene por destinatario directo al Estado y el que afecta a los propietarios.

2.2. Otras implicaciones de la función ecológica del derecho.

a) Implicaciones de la función ecológica para el Estado.

68. Puesto que representa una decisión fundamental en punto a la concepción del derecho de propiedad constitucional, la consagración de su función ecológica despliega sus efectos tanto sobre la dimensión jurídico-subjetiva, como jurídico-objetiva del derecho. En cuanto a lo primero, toda vez que conlleva *concebir al derecho como sometido a las restricciones que sean necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible*, comporta una merma sustancial de su faceta defensiva respecto de las intervenciones enderezadas a la realización de estos fines. Ejemplo de ello es la previsión

¹⁴⁶⁵ Sobre el alcance dado a este principio por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, véase la sentencia de la Corte Constitucional No. C-058 de 1994, FJ 4.4.

¹⁴⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994, FJ 4.4.

¹⁴⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, FJ 39.

plasmada en el artículo 68 CRNC respecto de las posiciones jurídico-subjetivas surgidas de concesiones o permisos de aprovechamiento de recursos naturales renovables de acuerdo con la cual su titular se encuentra obligado a soportar, sin indemnización, “las limitaciones, servidumbres y demás restricciones sobre los bienes que aproveche impuestas por motivos de utilidad pública o interés social mediante ley o convención”. También la restricción prevista por el artículo 13 de la ley 2 de 1959, según la cual, con el fin de asegurar la conservación de la flora y la fauna nacionales, se prohíbe la adjudicación de baldíos, la venta de tierra, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona, en los territorios designados como parques nacionales naturales. En estos supuestos es claro que la función ecológica desempeña un papel análogo al que desarrolla de modo general la función social del derecho y opera como una simple especificación de la vinculación ambiental de la propiedad. Pero la formalización de la función ecológica se traduce, asimismo, en la imposición de tareas especiales al legislador y a la Administración.

a) Responsabilidades impuestas por la función ecológica al legislador.

69. La idea general es asegurar que la garantía del derecho no sea un obstáculo para la protección ambiental, ni esta última una barrera para el legítimo ejercicio del derecho. Por esta razón, más que como *una regla* con un alcance específico, aunque singularice y ponga de relieve la problemática ambiental en el ámbito del derecho, la función ecológica de la propiedad debe ser entendida como *una cláusula general, una norma con estructura de principio*, cuya comprensión no puede darse al margen de la lógica que informa globalmente la integración de la función social dentro del derecho de propiedad. En un Estado constitucional de Derecho ninguna meta estatal pueda ser perseguida fuera de los márgenes impuestos por la racionalidad, la proporcionalidad y la ponderación que el modelo impone. Por esto, **la prosecución de una adecuada protección de la naturaleza no podrá comportar la anulación de la garantía del derecho de propiedad¹⁴⁶⁸. A fin de atender cabalmente estas exigencias, la coordinación y definición de un balance ponderado y equitativo entre los distintos intereses que pueden concurrir en un determinado ámbito protegido por un derecho de propiedad constituye una tarea fundamentalmente a cargo del legislador que configura el contenido del derecho¹⁴⁶⁹. Al igual que ocurre con la función social, también en este caso corresponde a la ley la especificación de las obligaciones, condiciones y cargas que se desprenden de esta cláusula constitucional para el propietario¹⁴⁷⁰.**

¹⁴⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2004, FJ 4.

¹⁴⁶⁹ ISENSEE, J. “Die Ambivalenz des... Ob. Cit., p. 11.

¹⁴⁷⁰ Por esta razón, aun cuando no puede más que compartirse el postulado básico que defiende en punto al carácter no absoluto de la función ecológica de la propiedad, el enfoque dado por MACIAS GÓMEZ a esta cuestión resulta, en mi opinión, cuestionable. Si bien dicho planteamiento representa una exigencia del sistema constitucional, y por lo tanto una premisa

70. En ausencia de esta reglamentación, la función ecológica del artículo 58 párr. 2 frase 2 traslada directamente al ámbito de la propiedad la obligación genérica de protección y conservación de la naturaleza impuesta a toda persona por los artículos 8 y 95.8 CC e impone al propietario un deber de no afectación del patrimonio ambiental que se encuentra en sus manos. No obstante, la indeterminación de esta obligación hace imprescindible la intervención legislativa a efectos de estructurar una política de protección ambiental responsable y ponderada. Como se apreciará a continuación, la relevancia del interés general que se encuentra de por medio, lo mismo que la magnitud de la responsabilidad encomendada al Estado en materia de defensa y conservación del medio ambiente¹⁴⁷¹, permiten afirmar que la consagración constitucional de la función ecológica de la propiedad, *más que una simple autorización* para intervenir en el ámbito del derecho, *representa una verdadera obligación constitucionalmente impuesta al legislador* para determinar los aspectos centrales de la vinculación ecológica de este derecho¹⁴⁷². En últimas, como apunta la Corte Constitucional,

cierta y adecuada, el autor desarrolla su razonamiento en el marco de una visión civilista tanto del concepto de propiedad, como de los instrumentos de protección ambiental. Se trata de una visión que no puede ser admitida por restrictiva. Afirmar, como lo hace, que “si realmente se quiere proteger el medio ambiente, no se puede violentar la propiedad privada, sino, muy por el contrario, utilizar las herramientas jurídicas del Código Civil para hacer realidad la función ecológica de la propiedad” (cfr. MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. “Áreas protegidas y propiedad”, en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, Bogotá, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, p. 105), y que, por ende, lo procedente es “interpretar con una visión ambiental la normatividad sobre los bienes, para hacer efectiva la función ecológica de la propiedad” (*Idem*, p. 107), no solamente desconoce las notables potestades de intervención e innovación en materia de propiedad reconocidas por la Constitución al legislador, sino también las diferencias de base que inspiran el texto constitucional y el de la codificación, lo mismo que el acentuado compromiso ambiental impuesto a las autoridades con la protección del medio ambiente. A la luz de la fuerza normativa de la Constitución resulta cuestionable que este último resulte satisfecho con un simple ejercicio de “interpretación conforme” al texto constitucional de normas que obedecen a una lógica tan disímil. Si bien es cierto que la defensa del medio ambiente ha dejado de ser un asunto ajeno al Derecho Civil, también lo es que su aproximación a esta problemática es tan sólo indirecta: toda vez que su objeto es la protección directa de intereses particulares, la tutela ambiental que puede resultar de su aplicación representa un reflejo de la protección al entorno concreto de los individuos cuyos intereses defiende. La necesidad de una disciplina jurídico-pública del medio ambiente es resaltada por EGEA FERNÁNDEZ, J. “Relaciones de vecindad... *Passim*, p. 85.

¹⁴⁷¹ Los artículos 79 y 80 CC representan dos de los pilares centrales de la Constitución ecológica. De acuerdo con el artículo 79: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. // Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. Por su parte, el artículo 80 dispone lo siguiente: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. // Además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. // Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

¹⁴⁷² En este sentido, cfr. EHLERS, D. “Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Loc. Cit.*, p. 226.

“[l]a defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho”¹⁴⁷³.

71. La adscripción de la función ecológica de la propiedad dentro de la dimensión objetiva del derecho sirve de fundamento a esta obligación. Por esta vía, ella entra a formar parte del conjunto de rasgos determinantes de la idea constitucional de propiedad y se erige en fuente de obligaciones positivas y negativas para el conjunto de los poderes públicos. Como componente estructural de la propiedad constitucional, la función ecológica deviene en pauta decisiva para la creación, interpretación y aplicación del Derecho en sus distintos ámbitos. Como se ha mencionado ya, la primera de las consecuencias que se producen por esta razón es su condición de *norma negativa de competencia*. Por lo tanto, *impone a los poderes públicos un mandato de abstención respecto de cualquier acción que pueda atentar en su contra o que distorsione la imagen que de la propiedad resulta fruto de la decisión constitucional fundamental de incorporarla como uno de sus elementos estructurales*.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 1999 ofrece un ejemplo de ello. En este fallo se declaró la inconstitucionalidad del adverbio “arbitrariamente”, previsto en la definición del derecho real de dominio respecto de los atributos de goce y disposición de la cosa. El motivo de la inconstitucionalidad: que “el contenido del art. 669 del Código Civil según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho *arbitrariamente*, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia”¹⁴⁷⁴. La manifiesta contradicción de esta concepción del derecho de propiedad con la idea constitucional de un derecho no absoluto, restringido por los distintos intereses que la colectividad puede tener sobre el objeto en el cual recae, explica esta determinación. También determina la pérdida de validez de planteamientos tradicionales del Derecho Civil, de acuerdo con los cuales “[l]os bienes sólo adquieren relevancia si se consideran en relación con el hombre. El Derecho se desentiende de las naturalezas muertas y de los escenarios desprovistos de protagonistas”¹⁴⁷⁵. La decisión constitucional de reconocer el valor que el medio ambiente reviste en sí, lo mismo que para el individuo, la comunidad y las generaciones futuras, exige su permanente consideración y tutela, con independencia del interés inmediato o mediato, directo o indirecto, individual o social, que se pueda tener en la conservación de un determinado ecosistema¹⁴⁷⁶. Una postura semejante resulta incompatible con el principio de

¹⁴⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-431 de 2000, FJ 3.

¹⁴⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, FJ C.

¹⁴⁷⁵ CARBONNIER, J. *Derecho Civil... Loc. Cit.*, p. 139.

¹⁴⁷⁶ Ello supone, así, por un lado, la reivindicación de planteamientos como los de GIERKE, para quien el Derecho de Bienes debería perfilar un derecho de propiedad inmueble de contornos particulares, en tanto que recae, en últimas, sobre “un trozo de nuestro planeta”. *Vid.* GIERKE, O. v. *Die soziale Aufgabe... Loc. Cit.*, p. 21. Por otro, que a diferencia de lo que sucedía bajo el orden liberal, cuya tutela a los elementos que integran el medio ambiente estaba fundamentalmente condicionada por una visión patrimonialista, que supeditaba la respuesta del ordenamiento a la lesión de un bien jurídico patrimonial, en la actualidad el medio ambiente constituye un bien

desarrollo sostenible, su correlativo mandato de solidaridad intergeneracional y con la obligación estatal de garantizar a todas las personas un medio ambiente adecuado (artículo 79 párr. 1 frase 1 CC) y de proteger la diversidad e integridad de los ecosistemas¹⁴⁷⁷ (artículo 79 párr. 2 CC).

72. Adicionalmente, y justamente como consecuencia de lo anterior, la función ecológica de la propiedad es también fuente de *mandatos positivos* dirigidos a las autoridades. En tanto que aspecto fundamental del entorno vital del hombre, presupuesto para su supervivencia y escenario forzoso de sus realizaciones presentes y futuras, la Constitución reconoce una especial importancia a la tutela del medio ambiente. La cláusula de función ecológica destaca este compromiso del Estado social de Derecho en el ámbito particular de la propiedad privada. Por esto, obra asimismo como un *mandato de actuación* que insta a las autoridades a la realización de acciones enderezadas a asegurar que el ejercicio del derecho de propiedad resulta conforme tanto con el principio de desarrollo sostenible, como con el derecho a un ambiente sano que la Constitución garantiza a toda persona. El legislador no sólo se encuentra así autorizado, sino obligado a la expedición de normas que desarrollen la vinculación ambiental de la propiedad y definan de manera equilibrada el balance entre intereses generales e intereses personales que ha de presidir el ejercicio del derecho en este ámbito¹⁴⁷⁸.

Más que en una pretensión para exigir directamente el acatamiento de esta obligación, su reconocimiento ha dado lugar al reproche por parte del juez constitucional de su incumplimiento relativo o de su cumplimiento deficiente por parte del legislador¹⁴⁷⁹. Así, por ejemplo, la Corte consideró inconstitucional una disposición del Código de Minas de acuerdo con la cual el otorgamiento del título minero llevaba implícito el reconocimiento de la correspondiente licencia ambiental. Según lo expresado en dicha oportunidad, ello resultaba contrario al

jurídico en sí. Por esta causa, se prescinde del dato de su conexión con otros bienes jurídicos para predicar el compromiso permanente y directo de los poderes públicos con su protección, restauración y mejoramiento, conforme al mandato de los artículos 79 y 80 CC.

¹⁴⁷⁷ Así, como afirma la Corte Constitucional, “hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994, FJ 4.3.

¹⁴⁷⁸ EHLERS, D. “Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Loc. Cit.*, p. 226.

¹⁴⁷⁹ El juez constitucional colombiano ha restringido su labor de fiscalización a las denominadas “omisiones relativas” del legislador, inhibiéndose de conocer de las llamadas “omisiones absolutas” en consideración a la carencia total de norma que enjuiciar característica de estos supuestos. De acuerdo con su jurisprudencia, la prosperidad del cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: “a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 1004, FJ 3. Al respecto, pueden consultarse también, entre otras, las sentencias C-427 de 2000, FJ 2.1; C-041 de 2002, FJ 5; C-509 de 2004, FFJJ 9-11.

deber de especial protección de los recursos naturales que la Constitución impone al Estado¹⁴⁸⁰. Para el juez constitucional esta medida resulta contraria a las exigencias constitucionales en materia ambiental, puesto que implica que los recursos naturales “quedan supeditados a la utilización que de ellos hagan quienes desempeñan las actividades mineras y para los fines de éstas, a lo cual se añade que la obligación impuesta por la norma en el sentido de «conservarlos y restaurarlos» no tiene aplicación práctica, pues queda librada a su factibilidad técnica y económica, lo cual implica la más absoluta desprotección del medio ambiente y de la riqueza natural”¹⁴⁸¹. La genérica atribución de una función ecológica al derecho de propiedad no exime, entonces, al legislador de su obligación de adoptar *medidas concretas* enderezadas a hacer efectiva su responsabilidad frente a la causa ambiental; por el contrario, la refuerza¹⁴⁸².

a´) Responsabilidades impuestas por la función ecológica a la Administración.

73. La Administración resulta igualmente vinculada por los deberes de actuación que se desprenden de la dimensión objetiva de la función ecológica de la propiedad. Esta vinculación resulta predicable tanto en el ejercicio de sus competencias discrecionales, como en el de actividades regladas como la policía ambiental. Un ejemplo de lo primero es apreciable en la sentencia C-339 de 2002. Entre los diferentes cargos de inconstitucionalidad elevados contra diversas disposiciones del Código de Minas, en este pronunciamiento se analiza la potestad excepcional conferida en el artículo 34 para que la autoridad minera, previa habilitación de la autoridad ambiental, autorice la realización de actividades mineras en forma restringida o sólo mediante métodos y sistemas de extracción específicos, al interior de las denominadas zonas de exclusión, creadas con la finalidad de proteger valores ambientales especiales¹⁴⁸³. De acuerdo con el

¹⁴⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1998, FJ C-9.

¹⁴⁸¹ *Idem*.

¹⁴⁸² Con base en una lógica semejante, la Corte Constitucional declaró igualmente la inconstitucionalidad de un precepto según el cual la no expedición del correspondiente informe por parte de la autoridad ambiental respecto de los proyectos de planes generales de urbanismo sometidos a su consideración –planes de ordenamiento territorial (POT), en la terminología de la ley 388 de 1998- dentro del plazo estipulado daría lugar a la configuración de un silencio administrativo positivo, que habilitaría continuar el trámite de aprobación del respectivo instrumento de planeación. De acuerdo con lo argumentado en esta ocasión por el juez constitucional, “[t]al proceder no permite (...) agotar el deber estatal de proteger y garantizar la integridad del medio ambiente, ya que si no existe pronunciamiento dentro del término estipulado, las observaciones e indicaciones que pudieran formularse al POT en punto a las evaluaciones de riesgo ambiental en el comprometidas, resultarían inocuas y no producirían efecto alguno con grave perjuicio para el ecosistema”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-431 de 2000, FJ 5.

¹⁴⁸³ **Artículo 34.-** Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y

razonamiento del juez constitucional, esta reglamentación resulta constitucional siempre y cuando la autoridad ambiental atiende materialmente su deber de protección de la riqueza natural y dé aplicación al principio de precaución. De este modo, “en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”¹⁴⁸⁴. Así las cosas, más que una simple presunción de ejercicio conforme con sus exigencias, la función ecológica exige de las autoridades la realización de las actividades que sean necesarias para asegurar la efectividad del compromiso ambiental que se predica de la propiedad. Y en caso de duda, conlleva la limitación del ejercicio del derecho por la aplicación del principio de precaución y, por ende, de la discrecionalidad técnica misma¹⁴⁸⁵.

74. Las obligaciones positivas que surgen de la proclamación constitucional de la función ecológica de la propiedad vinculan igualmente el ejercicio de las actividades regladas de la Administración. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la sentencia T-251 de 1993. En este pronunciamiento el juez constitucional analiza el recurso de amparo interpuesto por el ministerio público en defensa de los derechos a la salud y a la vida de diferentes miembros de una comunidad afectada por las emisiones nocivas de una fábrica de químicos instalada en un sector residencial. A pesar de contar con los permisos y las autorizaciones preceptivas (propiedad constitucional *lato sensu*¹⁴⁸⁶), su actividad ocasionaba severos perjuicios a los vecinos, los cuales ya habían sido puestos en conocimiento de las autoridades a través de numerosas quejas. Pese a la

obras. // Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero. // Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras. // No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos.

¹⁴⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, FJ 5.

¹⁴⁸⁵ Sobre el significado y la forma como opera el principio de precaución, en general, véase las sentencias C-293 de 2002, FJ 4 y C-988 de 2004, FJ 15.

¹⁴⁸⁶ *Vid.* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado 3.2 d') del Capítulo Tercero de este trabajo.

gravedad de la situación, las reclamaciones eran desatendidas por las autoridades competentes. Frente a la inacción administrativa y ante la solicitud de amparo elevada, el juez constitucional destaca las deficiencias de la función de control ejercida por la Administración *tanto al momento de expedir las correspondientes autorizaciones, como al ejercer la subsiguiente labor fiscalización sobre la actuación del particular*. Afirma así que a pesar de tratarse de una instalación autorizada, “no puede concebirse que ellas [las autorizaciones otorgadas] amparen el incumplimiento de las normas sanitarias y ambientales instituidas para proteger la salud pública y el medio ambiente. La ley reserva una amplísima capacidad de intervención al Ministerio de Salud y demás autoridades sanitarias de todos los niveles, que supeditan y condicionan las autorizaciones y permisos otorgados al permanente cumplimiento de las normas sanitarias y ambientales, pudiendo los mismos ser canceladas o suspendidas de manera temporal o definitiva”¹⁴⁸⁷. Los fines materiales que buscan ser atendidos por la policía ambiental presuponen una dinámica permanente que no se ve satisfecha con la mera atribución de una autorización.

En este caso, la preocupación por el ejercicio de una actividad empresarial acorde con las exigencias del desarrollo sostenible y con la garantía del derecho a un medio ambiente sano residenciada en el interior del derecho vía cláusula de la función ecológica, refuerza la legitimidad de este tipo de intervenciones sobre la propiedad y pone de manifiesto la trascendencia del acatamiento de las referidas obligaciones positivas por parte de las autoridades administrativas. En últimas, como recuerda la Corte Constitucional en un pronunciamiento basado en una problemática muy semejante, “[l]a política pública de protección del ambiente contenida en las leyes sobre la materia depende para su ejecución del desempeño de las autoridades administrativas”¹⁴⁸⁸.

a'') Responsabilidades impuestas por la función ecológica a los jueces.

75. Como responsables finales de la operatividad del sistema, la función ecológica deviene en parámetro de control para los jueces a cargo de fiscalizar la labor tanto del legislador como de la Administración. La desatención por parte de estos

¹⁴⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-251 de 1993, FJ 15.

¹⁴⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-219 de 1994, FJ 9. En esta decisión el juez constitucional se ocupa de unos hechos muy similares a los abordados en la sentencia T-251 de 1993. Esta vez, con ocasión de las emisiones de una fábrica de pienso ubicada en una zona rural, debidamente autorizada pero igualmente productora de serias afectaciones a la salud de los vecinos y de su derecho a no ser molestados en la intimidad de su hogar, la Corte efectúa un riguroso examen de la actuación administrativa de control. El balance es igualmente desconsolador y resulta en un severo llamado de atención a las autoridades administrativas. Frente a la recurrente mora de la Administración para adoptar los correctivos pertinentes para poner fin a la infracción de las normas de protección al medio ambiente, el juez constitucional acaba por denunciar “una **radical disfuncionalidad** en el manejo de la política ambiental por parte de las autoridades encargadas de esta transcendental y delicada tarea”. *Vid.* FFJJ 9 y ss.

últimos de las obligaciones que aquella les impone fuerza a los tribunales a corregir los déficits o las fallas que en su cumplimiento se hayan podido producir en los momentos de producción y aplicación del Derecho. El ya citado caso de la sentencia C-216 de 1998 y la regulación legal de la licencia ambiental como decisión implícita en el otorgamiento de un título de aprovechamiento minero, ligado a la genérica obligación impuesta por la ley a su beneficiario en el sentido de conservar y restaurar los recursos naturales (así, sin que tal obligación debiera ser predeterminada en algún momento por un acto o un convenio administrativo que fije su alcance y posibilite su ulterior control) es un ejemplo de ello.

El incumplimiento por parte de las autoridades administrativas de estas obligaciones también exige la respuesta de los Tribunales. La grave problemática ambiental generada en las islas de San Andrés y Providencia por el indiscriminado otorgamiento de licencias de construcción ilegales y sin garantía de cobertura adecuada de la red de servicios públicos es un ejemplo de ello¹⁴⁸⁹. Frente a esta situación, el juez constitucional, tras comprobar la causalidad de esta situación respecto del agravamiento de la problemática ambiental de las islas y su conexidad con la afectación de los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y la salud de los peticionarios, confirma las decisiones de instancia que dispusieron congelar el otorgamiento de este tipo de licencias por parte de la Administración. En consecuencia, ordena a las autoridades departamentales, por un lado, “llevar a cabo el proyecto de desarrollo y ampliación de los servicios de acueducto y alcantarillado para la Isla de San Andrés a que se ha aludido en esta providencia, dentro del término de 3 años contados a partir de la notificación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, de fecha octubre 20 de 1994”¹⁴⁹⁰; y por otro, abstenerse, durante el tiempo de ejecución del referido proyecto, de “expedir licencias de construcción de obras que no correspondan a la satisfacción de necesidades públicas y al cumplimiento de objetivos sociales, como serían por ejemplo, la construcción, ampliación o remodelación de vivienda social, escuelas o centros educativos, hospitales, edificios para dependencias oficiales, centros para la atención de la familia, la niñez y las personas de la tercera edad”¹⁴⁹¹. Esta determinación, que retoma la línea sentada por la sentencia T-366 de 1993 frente a una problemática semejante que se presentó en la ciudad de Cartagena de Indias, pone de manifiesto tanto el compromiso del conjunto de los poderes públicos con la causa ambiental, como la indiscutible potestad que asiste a los jueces para adoptar decisiones que inciden en el ámbito de la propiedad de cara a asegurar la

¹⁴⁸⁹ Según consta en los antecedentes de la sentencia, de acuerdo con el relato de los actores “la deforestación, la extracción de arena coralina para las nuevas construcciones, la invasión de las playas y los paisajes naturales, y el desorden urbanístico, han sumido a las Islas en un deterioro ambiental irreversible, que constituye una seria amenaza para el derecho a la salud y a la vida de sus habitantes y para la preservación de sus valores socioculturales y económicos”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1995. Lo anterior, agravado por las afectaciones ambientales e higiénico-sanitarias que resultan de la falta de un adecuado servicio de acueducto, alcantarillado y de recolección de basuras.

¹⁴⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1995, FJ 3.3.

¹⁴⁹¹ *Idem.*

efectividad de la función ecológica del derecho. En este caso, la intervención efectuada se ve reflejada en la restricción impuesta al *ius aedificandi*, uno de los componentes fundamentales de la propiedad urbana en particular, y de la propiedad raíz en general.

b) Implicaciones de la función ecológica para los particulares propietarios.

b') La programación legal, constitucionalmente dirigida, del ejercicio dominical.

76. Como es lógico, tanto las obligaciones negativas como las positivas impuestas por la función ecológica de la propiedad a los poderes públicos repercuten en la situación jurídica del particular propietario. Toda vez que aquellos se encuentran a cargo de la conformación legal de su *status* general y de la configuración y defensa concreta de su posición, tales implicaciones se reflejan indirectamente sobre la condición del propietario. Como se ha señalado ya, la función ecológica presupone *ab initio* un derecho de propiedad sujeto a las restricciones que exigen la realización del principio de desarrollo sostenible y la garantía del derecho a gozar de un medio ambiente sano. Por ende, presupone una intervención activa del legislador y de la Administración en la conformación concreta de un régimen de ejercicio del derecho ambientalmente responsable. El protagonismo otorgado por la Constitución a la protección y conservación del patrimonio natural exige de ellos esta intervención. Así, fijadas normativamente las facultades, los deberes, las condiciones o las cargas que definen el ejercicio socialmente útil y ambientalmente correcto del respectivo derecho, el propietario no tendrá otra opción que observarlas cumplidamente. De lo contrario, estará incurso en una situación de ejercicio ilegítimo del derecho en la cual podrá ser objeto de las sanciones previstas por el ordenamiento para reprimir el incumplimiento de la función social y ecológica que le es inherente¹⁴⁹². El derecho de propiedad no se explica ya únicamente en términos de un derecho subjetivo que puede o no ser ejercitado según el querer del propietario. Dada la función social que lleva aparejada, encierra asimismo un “deber social”¹⁴⁹³. La propiedad representa, pues, un derecho que *debe* ser ejercido, y no de cualquier manera: su ejercicio debe hacerse con arreglo a la función social y ecológica que le es señalada¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹² Vid. al respecto, las consideraciones efectuadas *supra*, en el apartado A-2.2-b) de este Capítulo.

¹⁴⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

¹⁴⁹⁴ Esta circunstancia revela la notable transformación experimentada por la forma como se concibe el derecho de propiedad. De ser una auténtica libertad, en el lenguaje de ALEXY -es decir, un derecho cuyo ejercicio está permitido, en el sentido que no es ordenado ni prohibido, y configura, por ende, una “posición libre”, toda vez que está permitido tanto hacer algo como omitirlo-, éste pasa a encerrar un “derecho a algo”, también en el sentido que confiere a esta expresión el citado autor. Sobre estas distinciones, Vid. ALEXY, R. *Teoría de los... Ob. Cit.*, pp. 163 y ss. Tal es la razón por la cual no resultan contrarias a la Constitución las normas legales que imponen al propietario el deber de ejercitar su derecho.

77. Lo anterior implica que a pesar de que el propietario atienda la *función económica* asignada a la propiedad, su desconocimiento del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables (*función ecológica*) en los términos señalados por el ordenamiento le sitúan en una posición de infracción del régimen constitucional y legal del derecho capaz de dar lugar a la aplicación de la figura de la extinción del dominio¹⁴⁹⁵. La sustantivación constitucional de la función ecológica del derecho confirma así que la obligación de uso socialmente útil de la propiedad que la función social impone al derecho no puede reducirse a la mera explotación económica del objeto del derecho. Es preciso atender a las exigencias ambientales que brotan de la particular naturaleza de cada objeto.

b'') ¿Programa directamente la Constitución el ejercicio dominical?

78. Ahora bien, la eventual ausencia de un señalamiento concreto y explícito de estas formas de vinculación del derecho, apenas proclamadas de manera abstracta por la Constitución, lleva a preguntarse por la efectividad directa de esta cláusula. ¿Supone la omisión del legislador y/o de la Administración su total pérdida de fuerza vinculante? O, lo que es lo mismo, planteado en positivo ¿pueden derivarse obligaciones para el propietario directamente del texto constitucional del artículo 58 párr. 2 frase 2?

A una pregunta semejante planteada respecto de la función social responde REY MARTINEZ con una negativa: la función social constituye una “*directriz al legislador*” para que éste persiga la finalidad inherente a cada tipo de propiedad¹⁴⁹⁶. Por ende, la encomienda al legislador del artículo 33.2 CE para que delimite el contenido del derecho de acuerdo con la función social constituye una “*reserva de ley homogénea*” en virtud de la cual sólo él –y no el juez ordinario– puede determinar su sentido respecto de cada forma de propiedad¹⁴⁹⁷. Para autores como RODOTÀ, en cambio, –en consideraciones también formuladas respecto de la función social que encuentro extensibles a la función ecológica–, se trata de una cláusula que en tanto que “*elemento caracterizador de la situación de propiedad*”, al margen de las potestades de especificación que se atribuyen al legislador, goza de *fuerza normativa directa*¹⁴⁹⁸. Por lo tanto, afirma, posee eficacia vinculante inmediata con independencia de la eventual falta de una intermediación legal que defina su sentido particular. La ausencia de datos normativos concretos supondrá, dice, el recurso a la *aplicación analógica de los regímenes dominicales semejantes* en los que se haya plasmado una forma de realización específica de la función social del derecho¹⁴⁹⁹. Para este autor, en tanto

¹⁴⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3. Sobre el instituto de la extinción del dominio, *vid. infra* el Capítulo Sexto de esta investigación.

¹⁴⁹⁶ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 365.

¹⁴⁹⁷ *Idem.*

¹⁴⁹⁸ RODOTÀ, S. *El terrible... Op. Cit.*, p. 254.

¹⁴⁹⁹ *Idem.* En su parecer “no se puede negar la relevancia de la función cuando en una determinada situación concreta falta una norma expresa que constituya su vía de realización. En

que principio clave para la reconstrucción del ordenamiento de la propiedad, la función social amplía sustancialmente los poderes de intervención del juez en el ámbito del derecho¹⁵⁰⁰. Esto, como consecuencia del ensanchamiento del horizonte normativo que resulta de la habilitación –implícita en la consideración de la función social como principio– para aplicar por vía de analogía las restricciones y el régimen general de ejercicio del derecho previstos en otras normas que apuntan a la realización de dicho principio¹⁵⁰¹.

79. A pesar de lo sugerente que pueda resultar esta postura, riñe con la ya referida condición de derecho fundamental de la propiedad privada y con la imagen que de ella ha articulado el constituyente¹⁵⁰². De un lado, *el rango de principio no es predicable de la función social ni de la función ecológica del derecho aisladamente. Corresponde al derecho de propiedad en sí; que si bien es función social, es también, como se ha señalado ya con insistencia, utilidad individual.* En tanto que estructura dual, la imagen constitucional del derecho y, por ende, *el papel de principio que le es inherente a su dimensión objetiva, no puede fraccionarse; pertenece al derecho tal como ha sido dibujado por el constituyente. Por esto, la idea constitucional del derecho de propiedad y la dimensión objetiva que le es propia en tanto que derecho fundamental resultan incompatibles con la pretendida escisión de sus elementos definitorios en figuras autónomamente provistas de tal valor jurídico-objetivo*¹⁵⁰³.

De otro lado, el carácter de derecho fundamental de la propiedad impide una interpretación analógica de las disposiciones restrictivas de su contenido de libertad. El principio *pro libertate* y la reserva de ley imponen esta condición¹⁵⁰⁴.

tal caso, existe ante todo la posibilidad de extender a la situación carente de disciplina funcional la dictada para otra situación, siempre que se den los requisitos de la analogía". Cfr. *Ibidem*. Vid. también las consideraciones efectuadas al respecto en las pp. 267 y 327. Esta opinión, anclada en la consideración de la función social como un principio general del Derecho, es compartida por LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* Loc. Cit., pp. 76 y ss. También por MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* Ob. Cit., p. 198. Aunque subraya las dudas que constitucionalmente ofrece la aplicación analógica de los regímenes dominicales que concretan la función social, defiende también su pretendida condición de principio y su eficacia directa COLINA GAREA, R. *La función social de la...* Passim, pp. 291 y ss.

¹⁵⁰⁰ RODOTÀ, S. *El terrible...* Op. Cit., pp. 327-328.

¹⁵⁰¹ *Idem*.

¹⁵⁰² Vid. *supra* el Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁵⁰³ Admitir esta postura sería tanto como aceptar que cada uno de los módulos que integran la propiedad constitucional poseen entidad propia y gozan, aisladamente considerados, de las prerrogativas y el trato que el ordenamiento le reconoce a aquella. En consecuencia, del mismo modo que se reconoce la condición de principio de la función social habría que reconocer la existencia de un principio ligado al módulo subjetivo del derecho, una especie de propiedad en su concepción liberal clásica que sirve únicamente a los intereses del propietario. **Es, desde luego, un planteamiento constitucionalmente inasumible.** *El todo, y el trato que a él dispensa el ordenamiento jurídico, no se puede confundir con las partes. Por esto, éstas no pueden reivindicar para sí atributos que no les pertenecen más que en tanto piezas de una estructura mayor, como es el derecho fundamental de la propiedad privada.*

¹⁵⁰⁴ El principio de concordancia práctica, como exigencia básica de la interpretación constitucional, remite a esta conclusión. Vid. sobre este principio, HESSE, K. *Grundzüge des...* Op. Cit., p. 28.

Por no suponer la creación *ex novo* de una norma delimitadora del derecho, resultaría distinto, en cambio, efectuar una *aplicación extensiva* de un enunciado que tipifique la función social de una determinada clase de bienes para incluir dentro de dicho supuesto casos que se muevan en una zona de penumbra¹⁵⁰⁵.

La ya referida autonomía conceptual de las nociones constitucionales¹⁵⁰⁶ proporciona, finalmente, un argumento adicional para rechazar la aplicación analógica de los regímenes dominicales que precisan el sentido de la función social y ecológica de la propiedad como expresión de su pretendida eficacia directa. Ciertamente, ella desconoce que la sustantividad del Derecho constitucional y de sus conceptos respecto de la ley impone *no confundir ni identificar mecánicamente los derechos y las obligaciones constitucionales inherentes a la propiedad con los derechos y las obligaciones que el legislador puede precisar para este derecho en el ámbito legal*¹⁵⁰⁷. Toda vez que las obligaciones definidas por el ordenamiento legal de la propiedad no pueden ser entendidas como obligaciones constitucionales de los propietarios, la aplicación analógica de un régimen legal a un supuesto diferente del que regula expresamente no puede ser considerado expresión de la eficacia directa de la cláusula de función social y ecológica del derecho. Será, acaso, una manifestación de su equivocada consideración como principio, mas no de su condición de norma de efecto inmediato. Lo sería de existir claridad sobre el sentido y alcance de las obligaciones constitucionales que manan de la función social y ecológica del derecho; pero su visible indeterminación se traduce, fundamentalmente, en una remisión al legislador.

¹⁵⁰⁵ Aunque señala sus dificultades en la práctica, la diferencia entre analogía e interpretación extensiva es apuntada por PRIETO SANCHÍS, L. *Apuntes de... Ob. Cit.*, p. 268.

¹⁵⁰⁶ *Vid. supra* el apartado C del Capítulo Primero de este trabajo.

¹⁵⁰⁷ GÖTZ, Volkmar. "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", en *VVDStRL*, No. 41, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, pp. 30-31. Con todo, la idea de deber u obligación constitucional no resulta fácil de precisar y es susceptible de diversas interpretaciones. Así, por ejemplo, de acuerdo con el análisis de RUBIO LLORENTE, quien postula la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la fórmula de los deberes constitucionales, las obligaciones que se desprenden de la cláusula de la función social y ecológica de la propiedad no deben tenerse por tal más que en un sentido lato y, por ende, no técnico-jurídico. Según su explicación, habrá un deber constitucional *lato sensu* en todo aquél que sea definido como tal por la Constitución; mientras que lo habrá en sentido estricto cuando quiera que ésta imponga una determinada conducta como deber frente al Estado, "como elemento del *status* general de sujeción al poder". Debe tratarse, así, de deberes autónomos, es decir, que no sean simple consecuencia de un derecho, de instituciones garantizadas o de potestades que la Constitución otorga, y recaer sobre la generalidad de los individuos por igual. Como puede apreciarse, no es el caso de las obligaciones derivadas de la función social y ecológica de la propiedad. Lo será, entre otros, en el Derecho constitucional español, en los supuestos del deber de conocer el castellano (artículo 3.1 CE), de defender a España (artículo 30.1 CE) y de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31.1 CE). *Vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco. "Los deberes constitucionales", en *REDC*, No. 62, 2001, pp. 17 y ss. A pesar de ser ésta una distinción que se muestra especialmente relevante para el Derecho español en consideración a las implicaciones competenciales de la fórmula "deberes constitucionales" (artículo 149.1.1 CE), para el caso colombiano representa apenas una importancia teórica: dada su falta de concreción, todos los enunciados de deberes constitucionales deben ser entendidos, fundamentalmente, como normas necesitadas de intermediación legal para cobrar eficacia *jurídica-subjetiva* plena. Otra es la situación, como se señalará enseguida, en el ámbito jurídico-objetivo.

b'') El papel de la función ecológica como fuente de deberes constitucionales.

80. El texto de la Constitución es prolijo en la definición de deberes y obligaciones. Además de los deberes fundamentales expresamente señalados por el artículo 95 CC¹⁵⁰⁸, se proclaman también, entre otros, respecto del cumplimiento de la leyes y el respeto y acatamiento de las autoridades (artículo 4 párr. 2 CC), la guarda de las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8 CC), la asistencia y protección de los niños (artículo 44 párr. 3 CC), el cuidado de la salud propia y de la comunidad (artículo 49 párr. 5 CC), la obligación de “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan” (artículo 216 CC) y las obligaciones inherentes a la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58 párr. 2 CC) y a la empresa (artículo 333 párr. 3 frase 1 CC). En todos ellos se señala la importancia de la implicación ciudadana en la realización de determinados cometidos estatales y en la conformación de la institucionalidad y el orden social. Con todo, a pesar de estar dirigidas fundamentalmente a los ciudadanos, envuelven también, y fundamentalmente -dada su textura abierta-, requerimientos para el Estado: conllevan una obligación de intervención legal que precise su sentido y alcance. En contraste, y desde una perspectiva jurídica-subjetiva, “[p]ara sus destinatarios últimos, estos deberes no tienen otro contenido que el que el legislador quiera darles”¹⁵⁰⁹. Más que una privación de su eficacia normativa directa o una aceptación de su irrelevancia jurídica, ello constituye *una exigencia de la garantía de la libertad individual, del sistema democrático y del Estado de Derecho*¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁸ **Artículo 95.-** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. // Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. // Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

¹⁵⁰⁹ RUBIO LLORENTE, F. “Los deberes... *Passim*, p. 21.

¹⁵¹⁰ Como observa MUÑOZ MACHADO, “[l]a variable fuerza vinculante que presentan las normas constitucionales depende casi siempre de su complitud: algunas contienen enunciados que conforman reglas jurídicas perfectas y completas; otras, sin embargo, no incorporan reglas acabadas, de modo que el constituyente, por razones que no explicaremos ahora, ha utilizado enunciados vagos que hacen más difícil determinar el contenido normativo de sus preceptos o, en

81. Sea como sea, para el caso de la función social y ecológica de la propiedad está claro que el reconocimiento constitucional de que “implica[n] obligaciones” da lugar a importantes consecuencias en el plano jurídico-objetivo del derecho, con un no despreciable efecto reflejo sobre su vertiente jurídico-subjetiva. Su incidencia en la articulación de la imagen-maestra de la propiedad privada constitucional, lo mismo que la función de guía y límite que prestan tanto al legislador como a la Administración y los tribunales sustentan esta conclusión. Por un lado, ello se traducirá en un derecho con una menor eficacia reactiva -más tolerante- frente a las intervenciones estatales y más moldeable por el legislador¹⁵¹¹; por otro, su *efecto de irradiación* deberá desempeñar un papel fundamental en el desarrollo del régimen jurídico de la propiedad, lo mismo que en toda interpretación y aplicación del Derecho existente -en general, pero en especial de conceptos jurídicos indeterminados y ámbitos de discrecionalidad- e implicar, por ende, una correlativa ampliación de las posibilidades de los jueces y la Administración de propender por el efectivo cumplimiento de la función social y ecológica que es inherente al derecho en las distintas operaciones jurídicas a su cargo. Lo anterior, naturalmente, a expensas de su esfera de libertad y de aprovechamiento personal¹⁵¹².

otras ocasiones, no ha querido, simplemente, perfeccionarlo, dejándolo abierto a regulaciones ulteriores que encomienda al legislador ordinario”. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho... Passim*, p. 394. Más que una debilidad o disfuncionalidad del texto constitucional, ello es consecuencia natural de su cometido de envolver el orden jurídico fundamental de la sociedad. Como ha señalado la Corte Constitucional, “no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad”. *Vid.* la sentencia C-531 de 1993, FJ 23.

¹⁵¹¹ De hecho, éste, aunque con una significativa libertad de configuración, no podrá dejar de lado, en ejercicio de su potestad de delimitación del contenido del derecho, la circunstancia de ser la propiedad un derecho constitucionalmente concebido como una función social y ecológica al cual son inherentes unas obligaciones frente a la colectividad. La libertad de apreciación del legislador del contenido específico de estas obligaciones dependerá del ámbito concreto del cual se desprendan. Así, por ejemplo, es claro que ella será mucho menor en materia de bienes con relevancia ambiental, dada la explícita consagración del deber de protección y conservación de la naturaleza por los artículos 8 y 95.8 CC, que en los supuestos de la propiedad personal o de la propiedad dineraria. Mientras que en el primer caso a la ley le resultará inexcusable definir un mínimo de obligaciones que precisen dichos deberes constitucionales (*vid.* la sentencia de la Corte Constitucional No. C-216 de 1998, FJ C-9), en los dos últimos el desarrollo legal de su aspecto obligacional podrá ser mínimo o prácticamente nulo.

¹⁵¹² En últimas, no debe dejarse de lado que conforme a lo previsto por el artículo 58 párr. 1 frase 2 CC, “[c]uando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Más que una habilitación a las instancias de aplicación del Derecho para acuñar obligaciones dominicales *ex novo*, este precepto encierra una importante línea de interpretación, que refuerza el efecto de irradiación de la función social y ecológica como componente estructural de la imagen constitucional del derecho de propiedad.

D. La delimitación de la propiedad privada en virtud de su función social y ecológica como aspecto nuclear del régimen constitucional del derecho.

1. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción de la función social y ecológica genéricamente atribuida al derecho por la Constitución.

82. El protagonismo que la Constitución otorga al legislador dentro de la conformación global del régimen de la propiedad es acentuado aún más por la función social que se predica de ella. No se trata sólo de que sea éste un derecho de configuración legal, cuya efectividad depende en buena medida de las decisiones que sobre su objeto, contenido y alcance adopte la ley en el marco constitucionalmente establecido. Que la propiedad privada sea una función social y ecológica que implica obligaciones presupone, como se ha señalado ya, entre otras cosas, la obligación que asiste al legislador de concretizar su sentido y alcance respecto de cada clase de bienes¹⁵¹³. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, en el cual el artículo 33.2 CE encomienda expresamente a la ley la delimitación del contenido del derecho de conformidad con la función social que le es inherente, en la Constitución colombiana ello debe derivarse de la interpretación sistemática de su texto. Como se evidenció en el apartado anterior, ello es, en suma, una exigencia de la garantía de la libertad y de los principios de Estado democrático y de Estado de Derecho. *En tanto que cláusula general prevista por la Constitución, a pesar de representar un componente estructural del derecho de propiedad constitucional, corresponde al legislador precisar su importancia y sentido en relación con los distintos bienes susceptibles de propiedad privada en los que se aprecie un interés común relevante realizable vía ejercicio dominical.*

1.1. La determinación de la vinculación de cada forma de propiedad a la función social y ecológica del derecho.

83. Si bien es cierto que a toda propiedad es inherente una función social y ecológica (artículo 58 párr. 2 CC)¹⁵¹⁴, también lo es que no en todas las formas de

¹⁵¹³ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 5.

¹⁵¹⁴ Aun cuando la Constitución no distingue entre clases de propiedad ni tipos de bienes y predica la función social como un atributo genérico de cualquier manifestación de este derecho, algún sector doctrinal diferencia entre bienes de producción y bienes de consumo, para limitar a los primeros la órbita de influencia de la función social. En este sentido, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, pp. 64-65. También VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil*, T. II, 11ª Edición, Bogotá, Temis, 2007, pp. 162-163. Esta distinción resultaba crucial para DUGUIT, quien distinguía entre la que denomina "propiedad capitalista", en referencia a los bienes de producción, y la propiedad sobre los bienes de consumo. Esta última, dice, "presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista". *Vid. DUGUIT, L. Las transformaciones generales del... Op. Cit.*, p 169. Se trata de una postura que no sólo riñe con el texto de la Constitución y abre el debate sobre qué debe entenderse por cada uno de estos conceptos; genera, además, el riesgo que se les considere categorías estáticas, provistas de contenidos inamovibles en el tiempo y ajenos, por lo tanto, a la cambiante valoración de aquello que debe atender una

este derecho ella está llamada a desempeñar el mismo papel ni a ostentar igual protagonismo. Su figuración será especialmente destacada en aquellos bienes o derechos privados en los cuales converjan *intereses públicos o sociales relevantes*¹⁵¹⁵. Por ende, no en todas las formas de propiedad puede apreciarse una intervención de *delimitación activa* de la función social por parte del legislador. Si bien su caracterización constitucional como componente estructural del derecho obliga al legislador a tomar su vinculación social como *criterio determinante de todo acto de configuración de su régimen normativo*, la eventual ausencia de intereses generales concurrentes en el ámbito de una forma concreta de propiedad habilita la definición legal de un estatuto libre de los deberes, cargas y condiciones en que tradicionalmente se traduce la función social del derecho. Es el caso de la propiedad personal¹⁵¹⁶.

84. Los capítulos 2 y 3 del Título II de la Constitución, dedicados a “los derechos sociales, económicos y culturales” y a “los derechos colectivos y del ambiente” respectivamente, proporcionan numerosas referencias a este tipo de intereses: la protección de la familia (artículo 42 CC), la seguridad social (artículo 48 CC), el derecho a la salud y al saneamiento ambiental (artículo 49 CC), el derecho a la vivienda digna (artículo 51 CC), la protección de las actividades agrícolas y la producción de alimentos (artículos 65 y 66 CC), el derecho a la educación (artículo 67 CC), el acceso a la cultura (artículo 70), el fomento de la ciencia (artículo 71 CC), la protección del patrimonio histórico-cultural (artículo 72 CC), la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a la comunidad (artículo 78 CC), la defensa y conservación del medio ambiente (artículos 79 y 80 CC) y la guarda de la integridad del espacio público (artículo 81 CC) son algunos ejemplos de estos derechos sociales y colectivos constitucionalmente consagrados susceptibles de algún grado de realización vía ejercicio dominical. La labor de coordinación normativa que se predica de la función social de la propiedad se pondrá así en marcha. *Instalados en el interior del derecho, otorgarán un contenido específico a su vinculación social. De este modo, al tiempo que se permite definir el concreto régimen de ejercicio del derecho, se encausa la conducta del propietario a las exigencias de la*

función social en cada momento histórico. *Vid.* en este sentido, MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, pp. 132-133. Defiende la sujeción potencial al cumplimiento de fines de interés general como rasgo característico de toda propiedad LEGUINA VILLA, J. “El régimen constitucional de la... *Ob. Cit.*, p. 15. Considera que la función social se predica de todas las formas de propiedad y comprende no solo el uso en un sentido estricto, sino también la totalidad del contenido del derecho en general BADURA, P. “*Eigentum... Loc. Cit.*, p. 362.

¹⁵¹⁵ Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 178. En opinión de este autor, en una postura intermedia entre la separación entre bienes que tienen y que no tienen función social, y una absoluta, que la predica por igual de la totalidad de los derechos de propiedad, en el caso de los bienes que “carecen de esa dimensión de utilidad general puede (quizás, debe) prescindirse, por definición, de la vertiente de la función social”. *Vid. Idem.*

¹⁵¹⁶ Se entiende aquí que este concepto comprende “aquellos bienes y derechos que la conciencia social va descubriendo como absolutamente vitales para el «libre desarrollo de la personalidad», para la autodeterminación y la autorresponsabilidad personales”. *Vid.* REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 144.

cristalización de estos objetivos y se le hace partícipe de las tareas de interés general inicialmente a cargo de la Administración (coordinación subjetiva).

1.2. La función social y ecológica como médula de la actividad de la actividad de delimitación.

85. Puesto que la convergencia de estos derechos e intereses no se presenta por igual ni con el mismo grado de intensidad en todos los bienes y derechos privados pasibles de propiedad, ni asume en todos los que si lo hace el mismo sentido, la identificación y tipificación de cada función social por parte del legislador se traduce en *una pluralidad de regímenes dominicales*¹⁵¹⁷. El resultado, la multiplicación de los estatutos propietarios¹⁵¹⁸. Ello supone, por una parte, *el desmonte del régimen dominical unitario* fabricado por la codificación a partir de la caracterización del propietario como criterio y aspecto central de su disciplina del derecho¹⁵¹⁹. Por otra, conlleva asimismo *la definitiva alteración de su régimen de ejercicio*: de estar fundamentalmente sometido a la voluntad del *dominus*, éste pasa a ser esencialmente determinado por el legislador en consideración a la función social y ecológica del derecho¹⁵²⁰. Finalmente, y puesto que los nuevos estatutos se plasman en disposiciones legislativas autónomas, desmarcadas tanto formal como materialmente de la codificación, se traduce también en la ruptura del monopolio del Código Civil sobre la regulación de la institución dominical¹⁵²¹.

Además de corroborar la supremacía normativa del régimen constitucional de este derecho, lo anterior es una constatación tanto de la relatividad como de la

¹⁵¹⁷ En este sentido, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Op. Cit.*, p. 65.

También REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, pp. 365-366.

¹⁵¹⁸ Esta circunstancia origina el conocido debate, de amplio desarrollo en el Derecho italiano a partir de la obra de S. PUGLIATTI (Cfr. "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", en *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1954), sobre la existencia no de *propiedad*, sino de *propiedades*; base de la denominada "teoría pluralista de la propiedad". Vid. sobre el origen y el sentido de estos planteamientos CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2º Semestre, 2008, pp. 493-525, *vid.* en concreto el apartado III-2. El texto fue consultado en su versión electrónica la siguiente página web:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci_arttext

¹⁵¹⁹ Sobre el sentido histórico del carácter unitario de la propiedad liberal y el papel que dentro de esta concepción desempeñó la figura del propietario, véase COLINA GAREA, R. *La función social de la... Passim*, pp. 135 y ss.

¹⁵²⁰ Así, como afirma COLINA GAREA, el propietario deja de ser libre en la utilización de los bienes que le pertenecen, pues aquélla comienza a ser función de la significación social que se les reconozca. En consecuencia, *la naturaleza de cada bien objeto del derecho deja de resultar irrelevante*. Ello constituye, por el contrario, el dato principal de la regulación. La trascendencia económico-social de cada cosa resulta ahora determinante de las condiciones de ejercicio del derecho. Vid. *Idem*, pp. 143 y ss. En suma, afirma el autor, "las cosas ya no se hallan en función de la voluntad, sino que la voluntad se encuentra en función de las cosas". Cfr. *Idem*, p. 147.

¹⁵²¹ *Ibidem*, p. 156.

plasticidad del contenido de la propiedad constitucional. Antes que un contenido único y fijo, ésta tendrá tantos cuantos establezca el legislador al definir los distintos regímenes dominicales que encuentre procedentes de cara a la realización efectiva de su vinculación social. Esta relatividad no supone, no obstante, la disolución o la pérdida de la unidad del concepto ni del régimen previsto por la Constitución. La imagen constitucional del derecho presenta un grado tal de amplitud y plasticidad que puede comprender figuras tan disímiles como el derecho real de dominio, unas acciones, una concesión demanial, un derecho de pensión o una patente, asegurarles los mismos mecanismos de protección y ofrecerles una misma substancia. A pesar de la proliferación de regímenes legales, *visto desde una perspectiva jurídico-constitucional, la propiedad privada seguirá siendo una y sus garantías, las mismas*¹⁵²².

86. Hablar de delimitación de la propiedad es entonces hablar de función social y viceversa (esto último, al menos en un sentido técnico-jurídico). Por esto, puede decirse que ella es *la técnica por medio de la cual se concreta el contenido del derecho mediante la especificación de la función social correspondiente a una determinada clase de propiedad de cara a la armonización de los intereses personales del propietario con los intereses generales que pueden confluir en dicho ámbito dominical*. Puesto que no conlleva el desapoderamiento o privación del derecho de manos de su propietario y se traduce en la definición del haz de facultades, deberes, cargas y condiciones que forman el contenido del derecho en virtud de la función social y ecológica que le es inherente, puede decirse que constituye el instrumento otorgado –fundamentalmente– al legislador para garantizar la plena inserción del derecho de propiedad en el marco del Estado social de Derecho.

2. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción del contenido genéricamente atribuido por la Constitución al derecho.

2.1. El poder de conformación del contenido del derecho.

87. La delimitación de propiedad conlleva entonces la tipificación por parte del legislador de la función social correspondiente a una forma concreta del derecho.

¹⁵²² Varios autores comparten esta opinión, aunque difieran en su fundamentación. Así, por ejemplo, para BERMÚDEZ SÁNCHEZ, ello se debe al carácter elástico del derecho, que “mantiene en los mismos términos su definición” (Cfr. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. *El derecho de... Op. Cit.*, pp. 23-24). Otros, como COLINA GAREA, lo explican a partir de la previsión constitucional de un contenido esencial, que distingue de su contenido normal, entendido como el que resulta del recorte o ampliación de las facultades dominicales producto de la concreción de la función social que le es inherente. Por esto, afirma, “lo que cambia para cada caso específico no es el concepto de propiedad, sino su contenido. La diversificación lo es únicamente de su régimen jurídico, de sus estatutos, pero no de su concepto abstracto que sigue siendo unitario”. *Vid.* COLINA GAREA, R. *La función social de la... Ob. Cit.*, p. 161. En sentido análogo, véase BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Loc. Cit.*, pp. 99 y ss. También califican al contenido esencial del derecho de “denominador común” de las distintas especies de propiedad MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Ob. Cit.*, p. 192 y RIOS ALVAREZ, L. “El principio constitucional de la... *Passim*, p. 1544.

Representa, pues, la definición de un aspecto central de la estructura del mismo. *El carácter dual de la propiedad constitucional determina que la concretización de su función social implica asimismo la determinación de su función privada.* Puesto que el derecho es una cosa y la otra a la vez, la definición de la primera lleva aparejada la segunda. En tanto que derecho de configuración legal –necesitado, por ende, de un desarrollo ulterior que precise aspectos concretos de su régimen–, esta apreciación resulta decisiva. Permite observar la *dimensión conformadora de la potestad de delimitación de la propiedad*. No se trata solamente de fijar los límites del derecho; sino, más exactamente, de definir su “contenido normal”¹⁵²³, de fijar, en suma, su disciplina legal u ordenación legislativa¹⁵²⁴.

Bajo este supuesto, no resulta procedente identificar únicamente la delimitación de la propiedad por virtud de su función social con la detracción de determinadas facultades dominicales típicas o la reducción de su alcance (delimitaciones negativas), como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la protección ambiental o del patrimonio histórico-cultural con los poderes de goce y disposición del propietario sobre la cosa. Puesto que supone la definición del contenido normal del derecho, debe conllevar también la especificación de las facultades del propietario –de ejecución forzada en ciertos casos, como ocurre en el ámbito del urbanismo con el *ius aedificandi*– necesarias para asegurar su aprovechamiento privado sobre el derecho, sujetas a las cargas, condiciones y obligaciones positivas en cabeza del propietario que exija la realización de su

¹⁵²³ Ello nos remite a la distinción, propia del Derecho alemán, entre delimitación (*Eigentumsbegrenzung*) y limitación de la propiedad (*Eigentumsbeschränkungen*). Las primeras definen su contenido normal; las segundas, en cambio, lo presuponen como una magnitud dada sobre la cual operan las leyes con el fin de reducirla o comprimirla. Sobre esta distinción, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Passim*, pp. 149 y ss. Mientras que la distinción entre limitación y conformación del contenido de la propiedad tiene figuración expresa en el texto constitucional alemán (el artículo 14 párr. 1 frase 2 GG distingue entre la definición “del contenido y los límites” de este derecho), la Constitución española alude genéricamente a la delimitación de su contenido (artículo 33.2 CE). Aún cuando sustancialmente no existe ninguna diferencia entre una fórmula y otra, como apunta SALA ARQUER la diferenciación del artículo 14.1.2 GG entre las intervenciones que determinan el contenido y las que precisan los límites de la propiedad se justifica en la medida en que constituye una representación gráfica de la amplitud del alcance de la potestad de injerencia del legislador en la propiedad por razón de su función social. Mientras que el término “límite” sugiere un resultado puramente negativo, un *non facere*, la referencia a una intervención que determina el contenido (*Inhaltsbestimmende Gesetze*) abre toda una gama de posibilidades: abarca desde los mandatos negativos que prohíben un uso particular, hasta las determinaciones positivas sobre el modo como un derecho puede ser ejercido. Cfr. SALA ARQUER, José María. *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1976, p. 43.

¹⁵²⁴ JIMENEZ CAMPOS, J. *Derechos fundamentales... Ob. Cit.*, p. 39. De acuerdo con la exposición de este autor sobre la delimitación de los derechos fundamentales, la efectuada en virtud de la función social de la propiedad puede ser calificada como una *delimitación directa mediata*. Lo primero, en consideración a que es fijada explícitamente por el enunciado constitucional que consagra el derecho; lo segundo, por exigir la *interpositio legislatoris* para cobrar eficacia jurídico-subjetiva plena. *Vid. Idem*, pp. 39 y ss.

función social¹⁵²⁵. El deber de efectuar cesiones gratuitas como requisito para la edificación de la propiedad urbana, el condicionamiento de la explotación económica de un predio rústico a determinados aprovechamientos concretos o la obligación de efectuar obras de mantenimiento de los muros o la fachada de un inmueble que se encuentran en mal estado de conservación o de presentación son algunos ejemplos de este tipo de delimitaciones positivas.

Su misión conformadora del contenido del derecho y el carácter relativo y elástico de la función social impiden que la delimitación sea concebida únicamente en un sentido negativo como un mero momento de restricción o recorte de las facultades dominicales¹⁵²⁶. Mucho más acorde con la actual configuración constitucional de la propiedad resulta su identificación con *el momento de conformación y fijación definitiva del contenido dominical (facultades, deberes, cargas y condiciones)* de las diferentes categorías de bienes susceptibles de aprovechamiento privado exclusivo tipificadas por la ley. La delimitación remite, pues, a la *determinación del contenido normal del derecho*¹⁵²⁷.

2.2. El fin de interés general como rasgo definitorio de las intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad.

88. La delimitación del contenido del derecho puede llevarse a cabo tanto por normas de Derecho Público como de Derecho Privado¹⁵²⁸. El tipo de intervención que efectúe el legislador sobre el derecho no depende, así, de la clase de norma que le sirva de vehículo, sino de la clase de interés (general o particular) que le sirva de fundamento y del objetivo que persiga. En principio, la delimitación del derecho estará siempre en relación con su función social; opera, por lo tanto, desde el propio interior del derecho y encierra, así, en últimas, la preocupación

¹⁵²⁵ No debe olvidarse que la propiedad constitucional constituye *un ámbito de aprovechamiento privado* exclusivo y excluyente, sujeto a una función social, cuyo contenido radica, justamente, en una *utilidad privada*. Toda vez que la garantía constitucional del derecho asegura únicamente un aprovechamiento privado *genérico*, y no una forma concreta de explotación (agrícola, urbanística, comercial, etc.), la definición concreta de qué facultades permiten la explotación de dicho ámbito y bajo qué condiciones podría obtenerse dicha utilidad privada es una cuestión remitida a la ley, previa valoración de la función social que le corresponde cumplir.

¹⁵²⁶ Así, por ejemplo, REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Loc. Cit.*, p. 377, nota a pie de página No. 148.

¹⁵²⁷ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Passim*, p. 157. También SALA ARQUER, J. M. *En torno al... Op. Cit.*, p. 44.

¹⁵²⁸ IPSEN, J. *Staatsrecht... Loc. Cit.*, p. 186. En últimas, entonces, tanto el Código Civil como las leyes de suelo o de espacios naturales protegidos encierran delimitaciones del contenido de la propiedad -de distintas formas de propiedad, naturalmente-. Por esto, como observa PAPIER, no debe establecerse ninguna relación de identidad entre tipos de normas y tipos de intervención en la propiedad (*v. gr.* normas de Derecho Privado = definición del contenido y normas de Derecho Público = definición de límites del derecho). *Vid.* PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 170.

por asegurar que un concreto derecho atienda las exigencias que derivan del interés general¹⁵²⁹.

89. Esto no quiere decir, no obstante, que todas las inmisiones legislativas sobre el derecho sean expresión de un interés público o colectivo. El ámbito de competencia legislativa para *regular* el derecho de propiedad no se agota en la esfera de la *delimitación* de su contenido¹⁵³⁰. Abarca también su simple *limitación*¹⁵³¹. Por esto, a pesar de la amplitud de la fórmula de las delimitaciones, pueden identificarse aún intervenciones meramente limitadoras, como es el caso de las restricciones impuestas *por razones de interés privado* con la finalidad de garantizar la coexistencia de otros derechos reconocidos (*v. gr.* relaciones de vecindad, servidumbres de luz o de vistas, etc.)¹⁵³². Puesto que no persiguen la realización de un interés general no puede verse en ellas una manifestación de la función social del derecho; tampoco apuntan a conformar su contenido conforme a los requerimientos de ésta. Su único objetivo es restringir o comprimir su contenido normal desde la faz exterior del derecho con miras a asegurar su ejercicio armonioso con los derechos de terceros. Sea como sea, y aunque a la luz de la distinción constitucional entre delimitación y expropiación unas y otras carezcan de alcance expropiatorio y, por perseguir por igual contornear el derecho, se encuentran sometidas, *en lo básico*, a un mismo régimen constitucional¹⁵³³, el fin de interés general presente en las intervenciones delimitadoras permite singularizar su régimen frente al de las meras limitaciones¹⁵³⁴.

¹⁵²⁹ Destacan el vínculo que en el plano normativo une a función social y a interés general y bien común PÉREZ LUÑO, A. y A. RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ Y TÓRREZ. "Artículo 33... *Passim*, p. 522.

¹⁵³⁰ En el caso del ordenamiento español esta diferencia se hace explícita en el artículo 53.1 CE, que encomienda al legislador regular el ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución reconoce y garantiza a los individuos. Así, no toda imposición de deberes o cargas al propietario en el ejercicio del derecho debe ser vista como expresión de la función social. En este sentido, MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, p. 138.

¹⁵³¹ La distinción entre desarrollo y limitación de los derechos es propia del derecho alemán. Para el caso de la propiedad, por ejemplo, ella puede apreciarse en el propio enunciado del artículo 14 párr. 1 frase 2 GG, de acuerdo con la cual el "contenido y los límites" de los derechos de propiedad y herencia son determinados por la ley. Al respecto, véase HESSE, K. "El significado de los... *Op. Cit.*, pp. 108 y ss.

¹⁵³² Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁵³³ En últimas, como apunta CARRILLO DONAIRE, "[l]a delimitación conceptual realmente decisiva desde la óptica constitucional es la que tiene lugar entre la vinculación social del derecho y la privación de éste o alguna de sus facultades: es decir, la relevancia práctica de la cuestión se solventa en el binomio delimitación-expropiación". *Vid.* CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres ... Passim*, p. 59. En un sentido análogo, SALA ARQUER, J. M. *En torno al... Ob. Cit.*, p. 21.

¹⁵³⁴ *Vid. infra* los límites que enmarcan el ejercicio del poder de delimitación del contenido del derecho en el apartado F-1 de este Capítulo.

2.3. La amplitud variable de la tutela del momento subjetivo del derecho de propiedad.

90. Si bien en abstracto todo objeto cobijado por la idea constitucional de propiedad goza de las mismas garantías y envuelve, en suma, la atribución de un ámbito de aprovechamiento privado jurídico-constitucionalmente protegido, la amplitud de esta órbita debe ajustarse a las particularidades de cada derecho o bien¹⁵³⁵. Así, de la misma forma en que difieren las posibilidades de uso y los requerimientos públicos derivados de la función social de los distintos objetos susceptibles de aprovechamiento privado, resultan igualmente disímiles los espacios de libertad en el ejercicio del derecho que arroja la delimitación de su contenido. Como se ha señalado ya, unos serán más amplios y acentuados que otros, dependiendo del objeto sobre el cual recaiga cada derecho en concreto. Cuanto más claro y estrecho sea el vínculo de este último con una actividad, objetivo o función de interés general, mayor será también la presión e incidencia del módulo colectivo o social sobre la faceta individual o subjetiva del derecho. Por tanto, mayores serán las posibilidades de intervención del legislador. La acentuada heterogeneidad de los objetos abarcados por el derecho y los distintos requerimientos de la función social que se desprenden de esta diversidad se traducen, en este sentido, en una tutela del momento subjetivo del derecho de *amplitud variable*. En consecuencia, *cuanto más estrecha sea la relación que une a un determinado objeto del derecho de propiedad con un intereses general, más lejos podrá llegar el legislador en su incursión dentro de la faceta subjetiva del derecho a efectos de garantizar que su ejercicio atenderá las exigencias del interés superior concurrente*¹⁵³⁶.

91. *La no convergencia de intereses generales relevantes sobre la totalidad de los bienes y derechos privados susceptibles de propiedad legítima entonces la no definición legal de obligaciones sociales respecto de ciertas clases de bienes.* Aunque portadores del mismo derecho y acreedores de las mismas garantías jurídico-constitucionales, no puede ser el mismo el tratamiento legal deparado a los propietarios de un predio rural poseedor de un especial valor ambiental, que al de una simple bicicleta o un refrigerador. Mientras que en el primer supuesto la vigencia de

¹⁵³⁵ LEISNER, W. "Eigentum" ... *Passim*, p. 1043.

¹⁵³⁶ BADURA, P. "Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 343. PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 172. También RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, p. 178. En sentido análogo, véase, entre otras, la sentencia C-544 de 2007, FJ 15. Esta circunstancia sirve de base para que REY MARTÍNEZ postule la denominada "teoría de las escalas en el derecho de propiedad privada", de acuerdo con la cual "cuanto más los derechos del propietario sean expresión de ese desarrollo individual y cuanto más se utilice la propiedad en el sentido de una dirección básica de derechos de libertad, tanto más acusada será la protección constitucional del artículo 33.1 CE. Es decir, la posibilidad de configuración normativa por el legislador del derecho de propiedad será tanto más amplia cuanto más esté el objeto dominical dentro de una relación social y de una función social". *Cfr.* REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 374. Y a su vez, habida cuenta de las repercusiones en general del ejercicio del derecho de propiedad sobre terceras personas y sobre la comunidad, "cuanto más intensiva es esta relación, tanto más peso deben tener los derechos de la sociedad dentro del proceso de ponderación". *Vid. Idem*, p. 375. En esta misma dirección, AGUILERA VAQUÉS, Mar. "Propuesta para... *Loc. Cit.*, p. 941.

claros preceptos constitucionales que sancionan el compromiso estatal con la tutela ambiental y fijan el deber de todos de proteger y conservar el medio ambiente pone de relieve la función social que asiste a esta propiedad e impone al legislador la obligación de efectuar su delimitación, no ocurre lo mismo en los dos últimos casos. Al carecer de relevancia para la colectividad, estas formas de propiedad podrán sujetarse a un régimen de ejercicio centrado fundamentalmente en su función privada. Esto es patente en el caso de la denominada propiedad personal¹⁵³⁷. Ello no supondrá, naturalmente, la restauración de la concepción clásica del derecho –constitucionalmente excluida–.

92. La ausencia de obligaciones sociales concretas no puede entenderse como la configuración de un derecho desprovisto de función social. Significa únicamente que dadas las circunstancias particulares del bien objeto del derecho y su destino corriente su fin social demanda el ensanchamiento de la esfera de libertad del individuo –eso será lo que beneficie a la sociedad en dicho caso¹⁵³⁸–. Entre tanto su papel de elemento basal de la imagen jurídico-constitucional de la propiedad seguirá presente en la dimensión objetiva del derecho y excluirá cualquier intento de homologación de una configuración normativa semejante con un retorno a la concepción clásica de la institución. En esta condición, obrará como *una directriz* que al tiempo que orienta la conducta del particular, impulsa también la actuación de los poderes públicos, dando lugar a que el ordenamiento adopte decisiones que si bien no suponen una delimitación inmediata y directa del contenido del derecho de propiedad, si inciden sobre él y apuntan a excluir eventuales conductas contrarias a su función social. El supuesto de IHERING tomado del Derecho Romano, según el cual la legislación en materia de sucesiones que impide al testador disponer que después de su muerte sus bienes sean enterrados con él o destruidos –como debería poder suceder en un medio presidido por una concepción individualista de la propiedad¹⁵³⁹–, es un ejemplo de ello¹⁵⁴⁰. Asimismo mantiene abierta la posibilidad de un replanteamiento del régimen de ejercicio del derecho: la valoración de la correspondiente función social podría modificarse y acentuarse en el grado que se estime procedente de acuerdo con las variables necesidades de la colectividad¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁷ Vid. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 144. También las pp. 374 y ss.

¹⁵³⁸ La idea de “destino corriente” del bien defendida por SALA ARQUER resulta útil en este contexto. En definitiva, como afirma este autor, “[c]ada categoría de bienes posee un destino corriente, en cuyo cumplimiento se agota la utilidad privada, y que evidentemente forma parte del bien común”. Cfr. SALA ARQUER, J. M. *En torno al... Loc. Cit.*, p. 60.

¹⁵³⁹ L. 14, § 5 de relig. (11, 7). Como explica IHERING, esta cláusula resultaría inadmitida “no porque el testamento no tuviese por objeto instituir herederos y asignar legados, porque el testador puede dictar otras muchas disposiciones, sino por la única razón de que una disposición semejante viola el destino social de la propiedad”. Vid. IHERING, R. v. *El fin del... Loc. Cit.*, p. 251.

¹⁵⁴⁰ En el Derecho Civil colombiano, lo dispuesto por el artículo 1113 CCC en su párr. 4 cumple una función semejante. De acuerdo con esta disposición: “[l]o que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a la disposición del inciso anterior”.

¹⁵⁴¹ El Derecho positivo español proporciona un nítido ejemplo de esta situación relacionado con la tenencia de palomas mensajeras: el Real Decreto 2571/1983, establecía, en su artículo 3, entre otras previsiones, que la utilización de las palomas mensajeras se consideraba de utilidad pública

3. La delimitación de la propiedad privada como expresión de las garantías de conservación y uso del derecho.

3.1. La obligada conservación de un núcleo de utilidad privada para el propietario.

93. Corresponde entonces al legislador determinar las facultades, los deberes, las condiciones y las cargas que integran el contenido del derecho de propiedad de conformidad con el criterio de la función social constitucionalmente establecido¹⁵⁴². Es la medida prevista por el ordenamiento para garantizar, en concreto, que su ejercicio se aviene a las exigencias del Estado social y contribuye a la materialización de los derechos y principios sociales que la Constitución aspira realizar. Deberá, no obstante, asegurar igualmente la efectividad de la garantía constitucional del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. *Del mismo modo que la función social del derecho excluye una concepción absoluta de la propiedad privada, aquella permite excluir una noción absoluta de ésta y de los poderes de configuración reconocidos al Estado por la Constitución.*

94. Los límites y el contenido que el legislador defina a la propiedad deben respetar y ser compatibles con las disposiciones constitucionales que rigen esta materia¹⁵⁴³. Dada la particular estructura dual que la Constitución ha conferido al derecho y el cuadro jurídico-constitucional que le sirve de marco, el legislador debe procurar llevar a cabo *una ponderación adecuada de los intereses personales del propietario y los intereses generales de la comunidad con miras a establecer una relación balanceada entre ellos*¹⁵⁴⁴. **En consecuencia, si bien la función social impone la configuración de un régimen que asegure su ejercicio socialmente útil, no puede suponer el desconocimiento ni la negación de la denominada función**

y de interés para la defensa nacional y confiaba al Ministerio de Defensa la autorización de su tenencia y empleo. De igual forma, encomendaba al Servicio Colombófilo Militar la inspección, control, censo y estadística de las palomas mensajeras y sus palomares en todo el territorio español. Se trata, como es evidente, de disposiciones que establecían un particular régimen de propiedad para esta clase de animales (*rectius* delimitación de la propiedad). No obstante, los avances tecnológicos en materia de sistemas de telecomunicaciones e información han llevado a que la posible utilización de las palomas mensajeras como medio de transmisión haya dejado de tener interés para la defensa nacional. Por esta razón, mediante el Real Decreto 169 de 2010, de 19 de febrero, se derogó la normativa dictada por razones extradeportivas en materia de tenencia y utilización de palomas mensajeras y se liberó a la actividad deportiva de la intervención de la autoridad militar. De este modo, esta forma de propiedad quedó remitida a un régimen esencialmente libre. Este cambio normativo, apenas natural bajo las actuales condiciones tecnológicas, revela una notable variación en la valoración de la función social que presenta el objeto del derecho. Ello no obsta, lógicamente, para que ésta pueda cambiar una vez más y pueda volver a verse a la propiedad de palomas mensajeras como una cuestión determinante para la seguridad nacional.

¹⁵⁴² Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁵⁴³ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 42. En esta misma dirección, véase la sentencia de la Corte Constitucional C-1172 de 2004, FJ 4.

¹⁵⁴⁴ *Idem*, p. 43.

privada de la propiedad¹⁵⁴⁵. Como ha sido afirmado por la Corte Constitucional, la regulación legal de este derecho debe “dejar un ámbito, así sea reducido y condicionado, que permita la satisfacción del interés privado y la adopción de concretas posibilidades de acción por parte de su titular”¹⁵⁴⁶. Con independencia que se trate de un “ámbito que en modo alguno puede construirse de manera apriorista y abstracta”¹⁵⁴⁷, pues será siempre el resultado de la ponderación efectuada en cada caso con la correspondiente función social, éste debe ser invariablemente respetado. De lo contrario, la propiedad constitucional dejaría de representar *un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente*; que si bien se encuentra sujeto a una función social, posee asimismo por contenido el interés legítimo del propietario en una utilidad económica privada que debe ser igualmente tutelado¹⁵⁴⁸.

95. La imposibilidad objetiva de acomodarse a tal exigencia obliga a emplear un recurso distinto a la delimitación: la expropiación. Ésta ha sido concebida por el constituyente como un tipo diferente de intervención estatal en el ámbito de la propiedad. De acuerdo con lo previsto por el artículo 58 párr. 4 CC, su sentido, alcance, finalidad y régimen de procedencia no resultan en absoluto asimilables con los de la delimitación del derecho. Que una y otra recaigan sobre la propiedad privada y comporten intervenciones estatales coactivas enderezadas a asegurar la prevalencia del interés general y la realización del Estado social de Derecho no debe conducir a equívocos: *la delimitación de la propiedad no puede representar una expropiación encubierta*. Mientras que la intervención expropiatoria presupone una *privación del derecho* por razones de interés común y exige la correspondiente indemnización del afectado, la delimitación responde a la necesidad de *determinar el contenido del derecho* de cara a asegurar su ejercicio socialmente útil por el propietario¹⁵⁴⁹. Por ende, y puesto que constituye un desarrollo de la función social que le es inherente, en principio, no está sujeta a compensación; no obstante, no puede traspasar los límites que le impone la garantía del derecho¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁵ El texto del artículo 14 párr. 2 GG es explícito en este sentido: “La propiedad obliga. Su uso debe servir *al mismo tiempo* al bien común”. Si bien en este enunciado queda patente la vinculación social de la propiedad, el empleo de la expresión “al mismo tiempo” (*zugleich*) denota que la propiedad debe, asimismo y de manera esencial, servir al propietario. Cfr. IPSEN, J. *Staatsrecht... Loc. Cit.*, p. 186.

¹⁵⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14. En sentido análogo, véase la sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁵⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁵⁴⁸ La fórmula acuñada por la jurisprudencia constitucional española para describir la imagen constitucional del derecho de propiedad representa gráficamente esta ambigüedad conceptual. De acuerdo con su reconstrucción de la figura, “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”. Vid. STC 37/1987, FJ 2.

¹⁵⁴⁹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*”, p. 42.

¹⁵⁵⁰ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Op. Cit.*, pp. 380-381.

96. En consecuencia, el legislador que delimita el contenido del derecho no puede desconocer que éste debe cumplir asimismo una función privada; o lo que es lo mismo, pretender negar la legitimidad del interés personal que asiste al propietario sobre la utilidad individual que posee sobre su propiedad. De lo contrario el derecho quedaría vacío y dejaría de ser tal, para convertirse en una mera carga para su titular. Ello no sólo supondría la constitucionalmente dudosa adhesión a los planteamientos de DUGUIT –al comportar la negación de la condición de derecho subjetivo de la propiedad, su radical afirmación sobre como ella “es” función social cobraría pleno sentido¹⁵⁵¹, en contravía de lo dispuesto por la Constitución¹⁵⁵²–; significaría, en últimas, la inconstitucional mutación de los particulares propietarios en simples agentes del interés general, meros funcionarios o concesionarios de la Administración¹⁵⁵³. Ni la función social del derecho, ni los principios de solidaridad o Estado social de Derecho legitiman o amparan tales excesos en el ejercicio de la potestad de delimitación del contenido dominical. En últimas, como ha recordado la Corte Constitucional, “la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad y por ello busca atraer al sujeto de manera que, *sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual*”¹⁵⁵⁴ (cursivas fuera de texto).

97. No se trata únicamente del hecho que de predicarse igual grado de sujeción al interés general la distinción constitucional entre propiedad privada y propiedad pública carecería de sentido¹⁵⁵⁵. Es también una cuestión donde se ve implicado el modelo de sociedad y de sistema económico sancionado por la Constitución. En el caso del primero, la propiedad constituye un presupuesto básico para la

¹⁵⁵¹ DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del... Loc. Cit.*, pp. 177-178.

¹⁵⁵² Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 4, nota a pie de página No. 9.

¹⁵⁵³ Esto no sería más que la constitucionalmente inadmisibile realización de la doctrina positivista de COMTE, para quien “nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber”. En su parecer, “en todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social, destinada a forzar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente”. *Vid. COMTE, Augusto. Système de politique positive, I, 1892, p. 156. (Citado por DUGUIT, L. Las transformaciones generales del... Passim, p. 179)*

¹⁵⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14. En el mismo sentido, véase la sentencia T-431 de 1994, SNFJ.

¹⁵⁵⁵ En este orden de ideas, asumir, como lo hace A. DE MARCOS FERNÁNDEZ, que bajo el régimen constitucional de los bienes el interés general determina su adscripción a las distintas categorías y define el régimen jurídico aplicable en cada caso en el marco de lo dispuesto por la Constitución (*vid. El sistema de garantías... Op. Cit.*, pp. 124-125), supondría admitir que propiedad privada y propiedad pública se hallan igualmente subordinadas al interés general, pero con importantes diferencias cualitativas. Mientras que en un caso se trata de una vinculación apenas instrumental, en el otro constituye un lazo esencial. De ahí que resulte procedente acotar sus respectivas esferas e identificar sus rasgos diferenciadores. En el caso del derecho de propiedad, no hay duda que la presencia de un claro y legítimo interés personal del propietario constituye uno de ellos (y el más importante, quizás).

configuración de un ámbito de acción que favorezca y promueva la autonomía y autorresponsabilidad de los sujetos (artículo 16 CC) y contribuya a la realización del valor de la libertad individual proclamado en el Preámbulo de la Carta. Lo anterior, sin contar con que encierra igualmente un condicionante esencial para la articulación de un orden social dinámico y autónomo¹⁵⁵⁶. En el caso del segundo, debe valorarse la decisión constitucional de instaurar un modelo en el cual la gestión privada de los bienes y su correlativo aprovechamiento particular no sólo resultan legítimos, sino también indispensables para su puesta en marcha y funcionamiento. *La finalidad de la constitucionalización de la función social de la propiedad no puede ser, entonces, la realización del interés de la colectividad en contra y a costa del interés individual del propietario. Debe traducirse, por el contrario, en “una ordenación patrimonial, parcial o total, dirigida a fines concretos de utilidad pública, en la que el titular del bien satisface el interés público por sí mismo a través de un uso normal de aquél, a la vez que obtiene de ello los lógicos beneficios de la explotación o utilización de su patrimonio”*¹⁵⁵⁷.

3.2. La función afirmativa de la utilidad privada del propietario de la función social del derecho.

98. De esta forma, al excluir tanto la privación del derecho como la supresión del interés personal del propietario, *la delimitación presupone la conservación de la propiedad en manos de su titular y la guarda de un reducto mínimo de utilidad privada dentro de su contenido protegido*. La consagración de la función social del derecho envuelve una apuesta y un voto de confianza del orden constitucional en la capacidad transformadora de las estructuras sociales y económicas del uso funcionalizado de la propiedad. Implícitamente estatuye un modelo de cooperación entre los particulares y el Estado en la realización del interés general, cuya amplitud y densidad puede ser modificada según las convicciones y el signo ideológico de los tiempos. Por ende, *la función social del derecho presupone entonces no sólo la protección de la conservación de la cosa en manos del propietario, sino también del dominio que se ejerce sobre ella y de sus posibilidades de aprovechamiento particular*. Ella cumple, así, una *función afirmativa* de la utilidad privada del propietario¹⁵⁵⁸. De ahí que no pueda compartirse la postura de RODRIGUEZ DE SANTIAGO según la cual resulta dudoso que “desde la perspectiva de los intereses económicos del propietario afectado, siempre sea menos limitativa la imposición de cargas derivadas de la función social que la expropiación pura y simple”¹⁵⁵⁹. Aun cuando esta reserva se fundamenta en los múltiples interrogantes que suscita en la práctica la aparición de las denominadas

¹⁵⁵⁶ Al respecto, véase *supra* las consideraciones efectuadas en el apartado F-4.2 del Capítulo Primero de este trabajo.

¹⁵⁵⁷ ESCRIBANO COLLADO, P. “Función social y ... *Op. Cit.*, p. 451. En sentido análogo, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Loc. Cit.*, p. 63; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* *Ob. Cit.*, pp. 369-370; DE MARCOS, A. *El sistema de garantías...* *Op. Cit.*, pp. 136-137; también MUÑOZ GUIJOSA, A. *El derecho de propiedad...* *Passim*, pp. 123 y ss.

¹⁵⁵⁸ IPSEN, J. *Staatsrecht*, p. 186.

¹⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, p. 179.

intervenciones delimitadoras necesitadas de compensación (ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung) como manifestación del principio de proporcionalidad¹⁵⁶⁰ – fruto de esta circunstancia se desmonta la idea tradicional según la cual la compensación representa una exigencia exclusiva de la expropiación¹⁵⁶¹-, resulta inasumible por comportar el desconocimiento del carácter subsidiario o complementario de la mutación de la garantía del derecho en *garantía de valor*¹⁵⁶² –aspecto nuclear del instituto expropiatorio-. Debido a sus efectos ablatorios de la propiedad, ésta solo opera cuando quiera que se hayan verificado estrictamente las condiciones establecidas para ello en la Constitución. De lo contrario, admitir que el legislador se encuentra habilitado para decidir libremente si apela al instituto expropiatorio o a la delimitación del contenido del derecho para asegurar la realización de un determinado interés colectivo supone reducir la garantía constitucional de la propiedad a la más simple prohibición de la privación sin indemnización.

99. La adecuada puesta en valor de la garantía del derecho exige entender que las implicaciones patrimoniales del principio de proporcionalidad –i. e. el reconocimiento de eventuales intervenciones delimitadoras necesitadas de compensación- deben ser armonizadas con las exigencias generales que rigen la procedencia de la expropiación. Esto significa valorar también el carácter accesorio de la garantía de valor respecto de las garantías de estabilidad (contenido adquirido) y uso del derecho¹⁵⁶³. Que el principio de proporcionalidad pueda eventualmente requerir el pago de compensaciones por la realización de determinadas intervenciones delimitadoras no puede justificar excesos en el ejercicio de esta potestad ni la evasión de la recta aplicación de la garantía expropiatoria. Visto desde el prisma de la regulación constitucional del derecho y de la tutela que ésta confiere al interés personal del propietario, *la delimitación de su contenido no puede resultar más gravosa que su expropiación*. La potestad de delimitar el contenido de la propiedad debe apreciarse, entonces, como un instrumento para asegurar tanto la realización del interés general por vía del ejercicio social del derecho, como la estabilidad y el goce del mismo por parte de su propietario. De lo contrario, de nada serviría asegurarle a éste la conservación de sus bienes si no puede obtener de ellos un mínimo provecho personal que justifique la no procedencia de la expropiación.

¹⁵⁶⁰ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, pp. 29-30.

¹⁵⁶¹ En este sentido, véase NIETO, Alejandro. “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en *RAP*, No. 38, 1962, p. 73. También, pero desde la perspectiva de la función social como exenta de implicaciones indemnizatorias, MARTÍN MATEO, Ramón. “El estatuto de la propiedad inmobiliaria”, en *RAP*, No. 52, 1967, p. 146. En este mismo sentido LEISNER, Walter. *Sozialbindung des Eigentums*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, p. 43 (Citado por PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 186).

¹⁵⁶² PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 182.

¹⁵⁶³ *Idem*, pp. 28-29.

E. Efectos patrimoniales de la delimitación del derecho de propiedad.

1. La delimitación de la propiedad como forma de intervención estatal no compensada en el patrimonio de los ciudadanos.

100. A pesar de su notable impacto dentro de la concepción global del derecho de propiedad, la Constitución no precisa ninguna de las cuestiones clave del régimen de la función social que le es inherente. A diferencia de lo que ocurre con la expropiación, cuyos aspectos nucleares se encuentran prefijados por el artículo 58 párr. 4 CC, la potestad de delimitación carece de una disciplina constitucional expresa. Esto no quiere decir que no cuente con un marco normativo que encauce su ejercicio. Como se ha podido constatar en los apartados anteriores, la Constitución aporta distintos criterios a partir de los cuales puede efectuarse la reconstrucción de su régimen. Sin embargo, esta indeterminación ha alentado la polémica con fundamento en las no pocas interpretaciones que pueden derivarse de ella. El de la función social es, desde siempre, terreno abonado para el debate y la especulación¹⁵⁶⁴. Con todo, como se ha podido evidenciar, jurisprudencia y doctrina han conseguido decantar algunos tópicos que brindan suelo firme a esta construcción y permiten poner en claro algunos de los aspectos centrales de su régimen jurídico-constitucional.

101. Uno de los puntos respecto de los cuales la Constitución guarda silencio y en torno al cual se ha generado un relativo consenso, es el de los efectos patrimoniales de las determinaciones del contenido del derecho por el legislador. Se trata de la idea, calificada incluso de dogma por algunos¹⁵⁶⁵, anclada en el binomio delimitación/expropiación, según la cual en materia de propiedad constitucional *o bien se está ante una delimitación de su contenido en virtud de la función social no indemnizable, o bien ante una expropiación obligatoriamente indemnizable*¹⁵⁶⁶.

102. Esta ha sido la perspectiva predominante en el Derecho Público desde que el artículo 153 párr. 1 frase 2 WRV, sin mención alguna al deber de compensación, reconociera explícitamente al legislador la potestad de definir el contenido y los límites del derecho de propiedad¹⁵⁶⁷. Desde entonces, como corolario de la

¹⁵⁶⁴ En este sentido es interesante la lúcida crítica efectuada a esta cláusula por RODOTÀ, S. *El terrible... Ob. Cit.*, p. 269.

¹⁵⁶⁵ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*", p. 186.

¹⁵⁶⁶ *Idem*. Esta dicotomía es claramente planteada, p. ej., por LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio. *La expropiación forzosa*, Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 28.

¹⁵⁶⁷ No obstante, como puede apreciarse en el Derecho español en las discusiones que antecedieron a la Constitución de 1978, la ausencia de un dato constitucional que enmarcara adecuadamente el debate dio lugar a que el mismo se enfocara, en ocasiones, desde el prisma del Derecho Civil. Así, algún sector doctrinal intentó explicar la intervención estatal en este ámbito mediante el transvase al Derecho Público de la discusión civilista sobre el derecho sobre cosa ajena y las relaciones de vecindad, y la distinción entre inmisiones y usos tolerables, que se traducían fundamentalmente en la diferenciación entre límites, limitaciones, servidumbres y expropiación forzosa. El cuestionamiento a estos planteamientos y su evolución a la formulación

función social que se comienza a predicar del derecho y del correlativo poder que se reconoce al legislador para asegurar su efectividad, se entiende que aquella le brinda a éste un espacio de configuración normativa en el que, esencialmente, no existe una obligación de compensación. Así, las decisiones adoptadas en ejercicio de esta prerrogativa representan, por una parte, la disciplina legal del derecho, el régimen jurídico de cada forma de propiedad; y por otra, actuaciones de alcance general efectuadas directamente por el legislador. Por esto, en principio, no constituyen formas idóneas de afectación del derecho en concreto¹⁵⁶⁸. El extremo opuesto lo encarna la expropiación, regulada por el párr. 2 del artículo 153 WRV. Ella representa una intervención singular en la propiedad cuya procedencia es condicionada por la existencia de una *causa expropriandi* legalmente declarada (artículo 153 párr. 2 frase 1 WRV) y, salvo que el Parlamento Imperial determinase otra cosa, el pago de una indemnización adecuada (artículo 153 párr. 2 frase 2 WRV). En armonía con la tradición precedente¹⁵⁶⁹, en vigencia de la Constitución de Weimar la privación o el despojo del derecho debían ser, por regla, resarcidos¹⁵⁷⁰.

103. En lo fundamental, esta regulación de la propiedad sería retomada por el artículo 14 GG, modelo del artículo 33 CE, y serviría de referente, a su vez, al artículo 58 CC¹⁵⁷¹. Aunque a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos alemán y español la Constitución colombiana no hace explícito el binomio delimitación/expropiación, la genérica proclamación de la función social de la propiedad y la regulación sustancial del instituto expropiatorio permiten rastrear igualmente esta dicotomía y apreciar en ella uno de los aspectos neurálgicos del régimen constitucional de este derecho. No en vano LEISNER ha identificado la función social de la propiedad (*Sozialbindung des Eigentums*) con aquellas limitaciones impuestas por la autoridad del Estado que, a diferencia de las expropiaciones, no deben ser obligatoriamente compensadas¹⁵⁷².

de teorías sustantivas de Derecho Público puede apreciarse en SALA ARQUER, J. M. *En torno al... Passim*, pp. 18 y ss. También MARTÍN MATEO, R. "El estatuto de la... *Loc. Cit.*, pp. 131 y ss.

¹⁵⁶⁸ ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des... Ob. Cit.*, pp. 711 y ss.

¹⁵⁶⁹ Ya el artículo 17 de la DDHC preveía la sujeción a indemnización de la expropiación de la propiedad privada. Del mismo modo el §75 de la Introducción del ALR (1794) contemplaba la obligación del Estado de compensar a aquellos "cuyos derechos y ventajas fueron sacrificados al bien común".

¹⁵⁷⁰ ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des... Ob. Cit.*, pp. 707 y ss.

¹⁵⁷¹ La posible influencia ejercida por el artículo 153 WRV sobre el artículo 58 CC puede ser establecida por vía indirecta, en atención al claro influjo de aquél sobre el artículo 10 de la reforma constitucional de 1936; norma en la que se inspiró el constituyente de 1991 al definir la actual regulación del derecho de propiedad.

¹⁵⁷² LEISNER, W. *Sozialbindung des... Loc. Cit.*, p. 43. En un sentido semejante afirma FORSTHOFF que la vinculación social de la propiedad (*Sozialesgebundenheit des Eigentums*) "significa que el propietario debe dejarse imponer, sin compensación, restricciones a sus facultades de disposición con fundamento en el bien común". *Cfr.* FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, T. I, 10 Auflage, München, C. H. Beck'schen, 1973, p. 343.

1.1. La distinción entre delimitación y expropiación como punto de partida de la discusión.

104. Debido a las importantes consecuencias indemnizatorias que se derivan de este planteamiento, la distinción entre delimitación y expropiación resulta imperativa. En principio, mientras que una actuación expropiatoria presupone la *privación del derecho* por razones de interés común y exige la correspondiente indemnización del afectado, la delimitación responde a la necesidad de *determinar el contenido del derecho* de cara a asegurar su ejercicio socialmente útil por parte del propietario¹⁵⁷³. Por ser expresión de la función social del derecho, esta última no comporta la compensación de quienes puedan sentirse afectados por tales determinaciones. Se trata de un esquema aplicado incluso en el ámbito del Derecho anglosajón, en el cual jurisprudencialmente se ha introducido la distinción entre *taking* (despojo) y *regulation* (delimitación)¹⁵⁷⁴. Ahora bien, aunque formalmente resulta sencillo diferenciar entre una y otra clase de intervención, en la práctica esta distinción puede no resultar tan evidente. Nada obsta para que las decisiones adoptadas en ejercicio de la competencia de delimitación se traduzcan en aminoraciones patrimoniales, la pérdida de valor o incluso la expoliación del derecho de determinadas personas¹⁵⁷⁵. En ocasiones, la determinación del contenido del derecho puede suponer la imposición de deberes o cargas tan gravosas que desbordan el ámbito de cobertura de la función social.

105. De hecho, es de estos *supuestos límite* de donde surgen dos de las principales cuestiones del debate sobre la delimitación del contenido dominical: por una parte, y en consideración a las consecuencias que se desprenden de la calificación como delimitadora o expropiatoria de una concreta intervención, la identificación de un criterio que permita deslindar estas dos instituciones; por otra, la definición de los efectos que resultan del quebrantamiento por parte del legislador de las fronteras que enmarcan su actividad en sede de delimitación. Lo

¹⁵⁷³ BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... *Passim*, p. 42.

¹⁵⁷⁴ Sobre las figuras del *taking* y el *regulation*, puede verse JORDANO FRAGA, Jesús. "Medio Ambiente *versus* Propiedad: «Expropiaciones Legislativas» en el Derecho Ambiental Americano", en REDA, No. 85, Madrid, 1995. También EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge-Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1985, pp. 35 y ss.; MICHELMAN, Frank. "Takings", en *Columbia Law Review*, No. 88, 1988, pp. 1600 y ss.; o RAPPAPORT, Michael. "Originalism and Regulatory Takings: Why the Fifth Amendment May Not Protect Against Regulatory Takings, But the Fourteenth Amendment May", en *San Diego Law Review*, Vol. 45, No. 3, 2008, pp. 730 y ss.

¹⁵⁷⁵ Recuérdate, como se señaló al examinar la compatibilidad del carácter defensivo del derecho de propiedad con las reformas al sistema jurídico (Capítulo Primero, apartado A-1.2), que la distinción entre *legislación originaria* y *legislación sucesiva* nos enfrenta a una realidad predicable de esta última categoría: una intervención del legislador por medio de la cual se modifican las reglas atinentes a un concreto derecho de propiedad *puede* simultáneamente llegar a constituir una *reforma* del Derecho para la generalidad, una *delimitación* de su derecho para algunos sujetos en concreto –quienes se han hecho con su titularidad una vez entrada en vigor la nueva normativa-, y una *eliminación* o *privación* de su derecho para otros –los titulares de derechos preexistentes desconocidos-.

primero permitirá suplir la ausencia de un criterio constitucional explícito para saber qué actuaciones se someten a qué régimen; lo segundo ofrecerá una visión clara de la concepción que se tiene tanto de la garantía constitucional del derecho, como del instituto expropiatorio. La ya referida indeterminación del régimen constitucional de la función social hace que, para algunos, el traspaso de esta frontera haga que el legislador se introduzca en el campo de la expropiación o, lo que es lo mismo, de las intervenciones sujetas a indemnización¹⁵⁷⁶. Para otros, en cambio, ello determina la inconstitucionalidad de la medida¹⁵⁷⁷. Debido a su influencia sobre la configuración y operatividad del régimen constitucional del derecho de propiedad, resulta procedente analizar tanto los posibles criterios de distinción entre una y otra forma de intervención, como los efectos del desconocimiento por el legislador de delimitación de los límites que ha fijado la Constitución a su actuación.

1.2. Los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación de la propiedad privada.

106. Aunque formalmente y en la mayoría de casos puede resultar claro que una *delimitación* comporta la *determinación de su contenido* y que una *expropiación* conlleva la *privación del derecho*, ocasionalmente esta aproximación no será suficiente para determinar con precisión si se está frente a una u otra modalidad de intervención en la propiedad. La amplitud e indeterminación semántica de las fórmulas utilizadas se hace manifiesta en los *casos difíciles*. Eventualmente, el legislador puede fijar límites tan astringentes al momento subjetivo del derecho que representan su práctica anulación y dan lugar a que se cuestione si no se está, más bien, frente a una intervención materialmente expropiatoria y, por ende, ante un ejercicio encubierto de la potestad de expropiación. So pretexto de brindar una mayor protección a bienes colectivos como el medio ambiente o el patrimonio histórico-cultural, y sin estar obligada a reconocer compensación alguna por obrar bajo la cobertura de la función social, la ley podría efectuar una delimitación tan restrictiva del derecho que comporte la supresión de prácticamente cualquier utilidad privada en él. En estos supuestos emerge la pregunta sobre la existencia de algún criterio que haga posible diferenciar una delimitación de una expropiación y señale, en últimas, qué tan lejos puede llegar el legislador en ejercicio de dicha potestad.

A falta de previsiones constitucionales que permitan establecer con certeza la frontera entre estas dos instituciones la doctrina ha formulado distintas teorías al respecto. Ha sido, sin duda, el Derecho alemán donde el debate acerca del criterio determinante de esta diferenciación ha conocido un mayor desarrollo. De él se ha hecho eco el Derecho español; que ha influenciado, a su vez, en parte, al Derecho colombiano.

¹⁵⁷⁶ Así, p. ej., BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 43.

¹⁵⁷⁷ En este sentido, p. ej., MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Passim*, p. 111.

a) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho alemán.

107. El artículo 153 WRV reconoció al legislador la potestad de determinar el contenido y los límites del derecho de propiedad (párr. 1 frase 2), al tiempo que estableció que se trataba de un derecho al cual eran inherentes obligaciones (párr. 3 frase 1), declaró su vinculación social (párr. 3 frase 2) y sentó especiales reglas sobre la expropiación (párr. 2)¹⁵⁷⁸. Este esquema se mantuvo esencialmente en vigencia de la GG (artículo 14), por lo cual el debate sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación ha tenido también lugar bajo el imperio de esta última. Bajo uno y otro régimen se ha tenido claridad sobre el hecho que no toda intervención estatal en el ámbito patrimonial de los ciudadanos tiene la consideración de una expropiación ni genera, por ende, el deber de indemnizar. Ahora bien, la necesidad de distinguir entre las normas que determinaban el contenido, los límites y las obligaciones inherentes al derecho de propiedad en ejercicio de la habilitación contenida en el párr. 1 frase 2 y en el párr. 3 WRV del artículo 153, de las leyes que podían representar una expropiación se hizo manifiesta cuando el RG reconoció la existencia de intervenciones delimitadoras con efectos expropiatorios y derecho a compensación¹⁵⁷⁹. Ello dio lugar a un interesante debate doctrinal y jurisprudencial, cuya solución final parece haberse alcanzado recientemente de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal.

a') El debate doctrinal.

108. Varios fueron los criterios articulados por la doctrina alemana de cara a explicar qué intervenciones estatales en la propiedad debían dar lugar al deber de compensación del afectado¹⁵⁸⁰. Presentado de manera muy esquemática, puede decirse que este debate involucró fundamentalmente las siguientes posiciones:

¹⁵⁷⁸ **Artículo 153 WRV.**- "La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y límites resultan de las leyes. // Solamente se podrá expropiar para el bien de la comunidad y con fundamento legal. La expropiación debe tener siempre una indemnización adecuada, excepto cuando una ley del *Reich* determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta la vía legal de los tribunales competentes en caso de litigio, excepto cuando una ley del *Reich* determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el *Reich* a *Länder*, municipios y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. // La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común".

¹⁵⁷⁹ FORSTHOFF, E. *Verwaltungsrecht...* Op. Cit., p. 332.

¹⁵⁸⁰ Una completa exposición de estos criterios y sus críticas puede verse en PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... Ob. Cit., pp. 197 y ss. Cfr. también OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Passim*, pp. 174-176; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* Op. Cit., pp. 383 y ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho Administrativo alemán (I)", en REDA, No. 17, 1978, pp. 551 y ss.; NIETO, A. "Evolución expansiva del... Loc. Cit., pp. 73 y ss.

- Teoría del acto o la intervención individual (*Einzeleingriffstheorie*): Defendida por ANSCHÜTZ, señala que “sólo aquellas leyes que tienen carácter de intervención individual, en que personas determinadas o un círculo razonable y estrechamente delimitado de ellas se ven afectadas por un sacrificio especial a favor de la comunidad, pueden y deben ser percibidas como expropiaciones en el sentido del párr. 2”¹⁵⁸¹ del artículo 153 WRV. Solo ellas, dice, generan el derecho a una indemnización adecuada. Esto incluye también tanto a aquellas leyes que priven o eliminen bienes o derechos de los particulares sin que se produzca transmisión patrimonial alguna, como aquellas que a pesar de haber sido expedidas para el bien de la comunidad no están destinadas a servir finalísticamente a un proyecto determinado y concreto de interés general¹⁵⁸².
- Teoría de la transferencia (*Überführungstheorie*): Expuesta por WOLFF, ubica el dato determinante de la expropiación, tanto administrativa como legislativa, en la transferencia de derechos de un patrimonio a otro. La privación de un derecho jurídico-privado debe traducirse, entonces, dice, en el nacimiento de un derecho similar en cabeza del sujeto favorecido por la expropiación. Donde falta dicho traspaso no se configura ninguna expropiación¹⁵⁸³.
- Teoría de la intervención digna de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*): Formulada por JELLINEK, esta teoría se basa en la necesidad de separar las intervenciones dignas de protección (*Schutzwürdigen*) de las no dignas de protección (*Schutzunwürdigen*). De acuerdo con este autor, el aislamiento de estos conceptos debe llevarse a cabo a partir del análisis de la historia de la ley, de su visión general, del lenguaje empleado y de su significación y finalidad¹⁵⁸⁴.
- Teoría de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*): Expuesta por STÖDTER, esta teoría se centra en la valoración de la gravedad (*Schwere*) y la trascendencia (*Tragweite*) de la intervención; en la apreciación de qué tan hondo y con qué intensidad ésta penetra en la esencia del derecho¹⁵⁸⁵.
- Teoría de la minoración de la substancia (*Substanzminderungstheorie*): Esta tesis, expuesta por SCHELCHER, considera que se presenta una expropiación allí donde la sustancia material de la propiedad ha sido objeto de una intervención tan amplia que, visto desde su función

¹⁵⁸¹ ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des... Ob. Cit.*, p. 712.

¹⁵⁸² *Ibidem*.

¹⁵⁸³ WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerliches Recht. Das Sachen Recht*, T. III, Marburg, Elmer'sche Verlagsbuchhandlung, 1929, p. 191.

¹⁵⁸⁴ JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht... Passim*, p. 398.

¹⁵⁸⁵ STÖDTER, Rolf. *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburg, Lütcke und Wulff, 1933, p. 208.

económica esencial, puede concluirse que o bien ésta fue negada, o bien seriamente afectada¹⁵⁸⁶.

- Teoría de la utilidad privada (*Privatnützigkeitstheorie*): Este planteamiento, originalmente sostenido por REINHARDT, gira en torno al reconocimiento del principio del aprovechamiento o utilidad privada (*Prinzip der Privatnützigkeit*). De acuerdo con su postura, al ordenamiento constitucional, social y económico establecido por la GG subyace el reconocimiento de la iniciativa privada y el carácter de agente de intereses particulares predicable de cada sujeto. En el ámbito de la propiedad privada, dice, el necesario equilibrio entre los intereses personales y los intereses públicos y de la colectividad solo puede realizarse cuando junto a la función social se reconoce como básico el aprovechamiento o la utilidad privada del propietario. Por esto, serán expropiatorias aquellas reglamentaciones y delimitaciones de la propiedad que nieguen o impidan la existencia y el funcionamiento de la utilidad privada como principio fundamental del orden económico establecido por la Constitución y aspecto nuclear del derecho de propiedad. Por el contrario, las intervenciones que respeten este ámbito y busquen simplemente asegurar la conformidad del aprovechamiento privado con las necesidades de la colectividad deben ser toleradas sin compensación alguna en tanto que manifestaciones de la función social del derecho¹⁵⁸⁷.

- Teoría de la alienación o el distanciamiento del destino corriente (*Zweckentfremdungslehre*): Puesto que presupone la existencia de una determinada función en cada propiedad, de acuerdo con esta doctrina se presenta una expropiación allí donde ésta es sustraída, total o parcialmente, de la actividad a que estaba habitualmente consagrada, para ser destinada a una finalidad diferente. Como consecuencia de una intervención de carácter expropiatorio se produce un alejamiento de la propiedad de aquello a lo que servía originalmente. Así, pues, como sostiene FORSTHOFF, de acuerdo con esta teoría se presentará una delimitación de la propiedad allí donde se vincula al propietario a un aprovechamiento de la cosa adecuado a su función; pero habrá una expropiación allí donde se distancia al objeto del derecho de la finalidad o el destino que le es inherente¹⁵⁸⁸.

109. Durante la República de Weimar, el criterio empleado por el RG para diferenciar una intervención delimitadora de una expropiación fue el criterio de

¹⁵⁸⁶ SCHELCHER, Walter. "Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung", en *AöR*, No. 57, 1921, p. 350.

¹⁵⁸⁷ REINHARDT, Rudolf. „Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?“, en *Verfassungsschutz des Eigentums* (REINHARDT, Rudolf y Ulrich SCHEUNER), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954, pp. 14 y ss.

¹⁵⁸⁸ FORSTHOFF, E. *Verwaltungsrecht... Ob. Cit.*, p. 344.

la intervención o acto individual (*Einzelaktstheorie*)¹⁵⁸⁹. En línea con la interpretación sentada por el *Kabinettsorder* de 4 de diciembre de 1831¹⁵⁹⁰, este criterio encajaba con la concepción clásica de la expropiación¹⁵⁹¹. Su empleo se extendió aún después del reconocimiento de la viabilidad constitucional de las expropiaciones legislativas¹⁵⁹²; también en estos supuestos los efectos de la inmersión del legislador en el ámbito protegido del derecho eran valorados a la luz de este criterio. Por ende, había expropiación cuando se producía la intervención sobre el derecho de una persona o de un círculo determinado o determinable de ellas. La delimitación, en cambio, tenía lugar cuando se adoptaban decisiones respecto del contenido o los límites del derecho que afectaban por igual a todas las cosas existentes o personas cobijadas por el ámbito de aplicación de la ley.

Toda vez que se trata de un criterio apenas formal, el *Einzeleingriffstheorie* estaba lejos de brindar una solución verdadera a la problemática que pretendía resolver. Los márgenes de libertad de configuración que otorgaba al legislador eran tan amplios, que regulaciones generales podían esconder intervenciones tan restrictivas sobre el derecho, que bien podían acabar por hacer del propietario, *legítimamente y sin compensación*, un simple *nudo propietario*¹⁵⁹³. La ausencia de un límite material cierto y firme, suponía el riesgo de vaciar la propiedad y dejarla convertida en un simple nombre. Al no tener en cuenta el criterio de la profundidad u hondura de la intervención, el criterio de la intervención individual envolvía el riesgo de censurar injerencias inanes pero con efectos particulares, y dar por buenas inmersiones materialmente nugatorias del derecho

¹⁵⁸⁹ *Idem*, pp. 332 y ss.

¹⁵⁹⁰ El *Kabinettsorder* de 1831 estableció una interpretación restrictiva del derecho a compensación por sacrificio especial (*Aufopferung*) establecido por el §75 de la Introducción del ALR. De acuerdo con lo previsto, la compensación quedaba reservada para los daños ocasionados por actos de la Administración. Las intervenciones legislativas en la propiedad quedaban, así, fuera de la órbita de cobertura de este derecho. En estos casos, la procedencia de la compensación dependía de lo que al respecto dispusiera expresamente el legislador. Allí donde éste guardaba silencio, se entendía que el particular afectado se encontraba privado de cualquier derecho a exigir la correspondiente compensación. Cfr. NIESLER, André. “«Aufopferung» und «Enteignung» vom ALR bis zur WRV”, en *Jahrbuch der Juristische Zeitgeschichte* (Hrsg. Thomas Vormbaum), T. 8, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006/2007, pp. 136-137. Texto consultado en: <http://books.google.es>

¹⁵⁹¹ Sobre la concepción clásica de la expropiación, véase *infra* el apartado A-1 del Capítulo Quinto de este trabajo, en especial, el apartado A-1.1-a), en el cual es abordado en concreto el estudio de esta figura en el Derecho alemán.

¹⁵⁹² Aunque el artículo 153 párr. 2 frase 1 WRV establecía que la expropiación podía efectuarse únicamente en beneficio de la comunidad y *con fundamento en una ley*, el RG reconoció la validez de las expropiaciones realizadas directamente *por una ley*. Cfr. RGZ 103, p. 200; 109, p. 317; 111, p. 325. Ello, no obstante que la referida expropiación se producía en ausencia de un favorecido en concreto y de la típica transmisión de derechos operada en las expropiaciones. Se asumía así una concepción material y ensanchada de la expropiación, en detrimento de la noción clásica y restringida de este instituto.

¹⁵⁹³ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 197.

de propiedad¹⁵⁹⁴. En últimas, las fronteras de la potestad de delimitación de la propiedad no pueden ser marcadas por el número de afectados de la medida¹⁵⁹⁵.

110. Otros criterios como el de la transferencia (*Überführungstheorie*) fueron asimismo objeto de reproche ante la incertidumbre de determinar con certeza cuándo tenía lugar dicha operación¹⁵⁹⁶. Las teorías de la intervención digna de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*) y de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*) resultan igualmente inciertas. Como señala FORSTHOFF, los modestos resultados de estos criterios señalan la necesidad de emplear referentes materiales extraídos de toda la estructura del ordenamiento como única vía para establecer la frontera entre delimitación y expropiación¹⁵⁹⁷. Con todo, la valoración de los aspectos materiales supone la renuncia a un criterio objetivo y la remisión a una casuística que impide formular con absoluta claridad los perfiles exactos de cada institución¹⁵⁹⁸.

a´) El debate jurisprudencial.

111. A nivel jurisprudencial tampoco ha existido consenso al respecto¹⁵⁹⁹. La concurrencia de distintas jurisdicciones (ordinaria, contenciosa y constitucional) en la materia ha llevado a que el problema de la diferenciación sea resuelto mediante teorías dispares. En el ámbito de la justicia común, el BGH ha apelado al criterio del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*) para determinar la frontera entre una y otra forma de actuación. El Tribunal Administrativo Federal (en adelante BVerwG), por su parte, ha articulado la *Schwere und unzumutbarkeitstheorie* (teoría de la intervención severa e inexigible). La teoría del sacrificio especial juzga expropiatorios los supuestos en los cuales la intervención de un poder público produce un perjuicio especial y desigual, no exigible al resto, que no define el contenido ni los límites del derecho afectado de manera general, sino que grava al afectado -o a un círculo de afectados- con una violación especial del principio de igualdad. Se asume, entonces, que la infracción al principio de igualdad caracteriza la expropiación¹⁶⁰⁰. No obstante, resultan críticas tanto la ambigüedad de la idea de “sacrificio especial” como la ausencia de un referente material que impida el vaciamiento del derecho¹⁶⁰¹. Esta situación condujo a que el BVerwG se apartara del *Sonderopferstheorie* y formulara en su lugar el criterio material de la gravedad de la intervención (*Schweretheorie*). Así, por ejemplo, en su fallo del 27 de junio de 1957, y tras reconocer las limitaciones inherentes a la teoría del sacrificio especial (*Sonderopfer*), este Tribunal afirmó la necesidad de

¹⁵⁹⁴ *Idem*.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁵⁹⁶ Así, por ejemplo, JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht... Op. Cit.*, p. 398.

¹⁵⁹⁷ FORSTHOFF, E. *Verwaltungsrecht... Passim*, p. 343.

¹⁵⁹⁸ *Idem*.

¹⁵⁹⁹ Sobre este desarrollo, en general, puede consultarse MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, pp. 696 y ss.

¹⁶⁰⁰ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*”, p. 198.

¹⁶⁰¹ Las objeciones a este criterio, en *Idem*, pp. 198-199.

articular un criterio material que, más que a aspectos formales, atienda al alcance y la gravedad de la intervención enjuiciada, para después sostener que la privación del derecho a construir en un determinado predio por razones de la protección del paisaje podía configurar una expropiación¹⁶⁰². El propio BGH, habiendo reparado ya en las deficiencias de la teoría del *Sonderopfer*, optó por incorporar elementos materiales a su juicio, que condujeron a una modificación del patrón atendido originalmente. El resultado: una inclinación a la valoración de aspectos sustantivos, tales como la gravedad (*Schwere*), el alcance (*Tragweite*) y la exigibilidad (*Zumutbarkeit*) de la intervención¹⁶⁰³.

112. En el caso de la propiedad inmueble, las fronteras de la función social han sido en buena parte determinadas, en la jurisprudencia del BGH, por la idea de la “vinculación de la propiedad a la situación” (*Situationsgebundenheit des Eigentums*). A partir de la confluencia de factores materiales descriptivos¹⁶⁰⁴ (*deskriptive Realfaktoren*) y conceptos valorativos normativos¹⁶⁰⁵ (*normative Wertbegriffe*), esta noción asume la carga obligacional que puede conllevar en determinados casos este derecho (*Pflichtigkeit des Eigentums*) enmarcada en la realidad concreta de cada predio. De esta forma, al tiempo que admite el carácter limitable de la propiedad, establece límites a tales restricciones. Así las cosas, se entenderá desbordado el marco de la función social cuando se vetan o se reducen de manera esencial posibilidades de aprovechamiento que, dadas las circunstancias y condiciones geográficas y cualidades del predio, desde un enfoque razonable y económico, éste ofrece a su propietario. Así las cosas, la indemnización estará condicionada por las posibilidades de aprovechamiento que objetivamente ofrezca el predio y que el ordenamiento niegue al afectado. Si bien es cierto que esta interpretación puede suponer que, en la práctica, solo las intervenciones irrelevantes queden excluidas del deber de compensación; también lo es que, por otra parte, la incorporación del elemento valorativo permite restringir sin compensación conductas que, aunque no prohibidas en general, en el caso particular se esperarían fueran omitidas por el propietario “razonable” y “considerado” dada la especial naturaleza de la situación en juego¹⁶⁰⁶. No obstante, lejos de ser una fórmula unívoca y segura, en consideración al amplio margen de valoración que atribuye al juez, la *Situationsgebundenheit* ha evolucionado en diferentes sentidos y ha sido objeto de

¹⁶⁰² BVerwGE 5, p. 143 (145).

¹⁶⁰³ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*”, p. 200.

¹⁶⁰⁴ Condiciones y cualidades del predio, lo mismo que su ubicación geográfica y entorno.

¹⁶⁰⁵ La referencia al comportamiento del propietario, la valoración de lo que razonable y económicamente ofrece el predio.

¹⁶⁰⁶ En contra de esta postura, por considerar que la *Situationsgebundenheit* precisa siempre de la configuración legislativa o administrativa, so pena de entender que las “habilitaciones para intervenir” (*Eingriffsermächtigungen*) se conviertan en límites inmanentes (*immanente Schranken*), LEISNER, Walter. *Situationsgebundenheit des Eigentums – Eine überholte Rechtssituation?* Berlin – New York, Walter de Gruyter, 1990, p. 9.

lecturas dispares –a veces protectoras del propietario, a veces más restrictivas de su ámbito de libertad-¹⁶⁰⁷.

a'') El planteamiento del BVerfG.

113. Con el ánimo de contribuir a superar esta discusión –en últimas, ningún criterio ofrece una respuesta única y concluyente a la pregunta de dónde se ubica el límite entre la delimitación y la expropiación-, el BVerfG ha optado por una aproximación formal pero eficaz. Apartándose de la interpretación del BGH y del BVerwG y de su reconocimiento de las denominadas intervenciones equivalentes a la expropiación (*enteignungsgleiche Eingriffe*) o materialmente expropiatorias (*enteignende Eingriffe*) y de sus eventuales consecuencias indemnizatorias, el Tribunal Constitucional federal ha considerado que la expropiación *en sentido constitucional*, en tanto que intervención en la propiedad privada, se caracteriza por su *mayor grado de formalización*. En una interpretación estricta de lo previsto por el artículo 14.3 GG, esta operación presupone (i) una intervención concreta-individual en la propiedad enderezada a la realización de un fin (*ein gezielter konkret-individueller Zugriff auf das Eigentum*), (ii) efectuada por medio de un acto jurídico (norma o acto administrativo) (iii) que conduce a la privación total o parcial de posiciones jurídico-subjetivas amparadas por la propiedad¹⁶⁰⁸. Esta concepción formal de la expropiación, adoptada por la jurisprudencia constitucional en su conocido fallo de 15 de julio de 1981 (*Nassauskiesungsbeschluss*)¹⁶⁰⁹, persigue delimitar con mayor claridad las fronteras que separan la delimitación de la propiedad del instituto expropiatorio. Por virtud del aislamiento conceptual que de esta manera tiene lugar entre una y otra figura se definen los correspondientes ámbitos específicos y se pone así fin a la “teoría de la mutación” (*Umschlagtheorie*) hasta entonces imperante¹⁶¹⁰. La órbita de la delimitación del contenido deja de ser, entonces, el espacio que corresponde a todo aquello que no constituya una expropiación, para adquirir entidad propia. Esto, producto de la ruptura del *continuum* tradicional entre delimitación y expropiación fruto del cual el ámbito de la primera estaba negativamente determinado en función del de la segunda. En consecuencia, no podrá considerarse que una ley delimitadora de la propiedad que se exceda en su

¹⁶⁰⁷ Sobre el desarrollo de esta idea tanto en la jurisprudencia del BGH como del BVerwG, puede consultarse PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, pp. 200 y ss. También OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Ob. Cit.*, pp. 171-173.

¹⁶⁰⁸ Así, OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Op. Cit.*, p. 178.

¹⁶⁰⁹ BVerfGE 58, p. 300.

¹⁶¹⁰ Como apunta ROLLER, por virtud de esta teoría se entendía que una intervención delimitadora que traspasaba el umbral de lo expropiatorio mutaba en una expropiación. Por ende, dejaba de operar bajo la cobertura de la función social (artículo 14.2 GG) para comenzar a regirse por las reglas previstas al respecto por la Constitución (artículo 14.3 GG). En consecuencia, la decisión final sobre si una medida poseía o no carácter expropiatorio no dependía del legislador –quién podía incluso haber pretermitido intencionalmente la indemnización correspondiente- sino de los tribunales, y fundamentalmente del BGH. *Vid.* ROLLER, Gerhard. “Enteignung, Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung und salvatorische Klauseln”, en *NJW*, No. 14, 2001, p. 1005.

competencia -bien porque desatiende el componente de utilidad privada que la Constitución asegura a la propiedad o el correlativo poder de disposición sobre el bien o derecho, o porque atenta contra los principios de proporcionalidad o de igualdad- deba o pueda convertirse en una ley expropiatoria¹⁶¹¹. *La consecuencia natural de tal infracción será su inconstitucionalidad.*

La sentencia del 2 de marzo de 1999 (*Denkmalschutz Entscheidung*)¹⁶¹² ilustra con claridad esta postura. Aferrado a su concepción formal de la expropiación, el BVerfG declaró contraria a la garantía del derecho de propiedad del artículo 14 párr. 1 frase 1 GG una disposición de la ley de protección del patrimonio cultural de Rheinland-Pfalz que prohibía la autorización de demolición de bienes de interés cultural salvo en casos en que ello fuera necesario por razones de interés general. A pesar de prever la indemnización de quienes resultaran privados de usos consolidados o sacrificados de modo singular, el supuesto de hecho configurado para la autorización no dejaba ningún margen para que las autoridades a cargo de la decisión pudieran tomar en consideración los intereses personales del propietario eventualmente afectado por las limitaciones y cargas impuestas por la ley. Para el juez constitucional alemán, con independencia de la intensidad de la intervención efectuada -suficiente para apreciar en determinados grupos de casos un vaciamiento de la propiedad materialmente equivalente a una expropiación- o de la previsión formal de un derecho a compensación -otro de los rasgos "típicos" de las intervenciones expropiatorias-, esta determinación no cumplía las exigencias formales de la regulación constitucional de la expropiación. Se trataba, en su concepto, de una delimitación del contenido del derecho, que debía ser, por ende, enjuiciada conforme al régimen propio de este tipo de intervenciones. Por esto, entre otras razones, la no consideración de la exigencia constitucional fijada al legislador delimitador de efectuar una regulación balanceada de la propiedad, en la cual sean ponderados tanto los intereses personales del propietario como las necesidades de la colectividad, le lleva a entender que, a pesar del derecho a compensación previsto, se infringió la Constitución. Para el BVerfG, si bien la función social de la propiedad obliga al propietario a soportar sin compensación las limitaciones impuestas por el Derecho y que, en consecuencia, eventualmente, los usos más rentables le sean denegados, *ello no habilita cualquier configuración del derecho por parte del legislador*. La negación de toda utilidad privada y de todo poder de disposición sobre el bien, sumado a la imposición de cargas de mantenimiento y conservación del bien en aras del interés colectivo en la defensa del patrimonio histórico cultural, afirma, constituye un resultado que sólo se puede lograr por vía de la expropiación.

114. *Así las cosas, no por desbordar los límites que la Constitución le impone o traspasar el umbral que le ha sido señalado, una norma delimitadora pierde su naturaleza para mutar en una norma de expropiación*¹⁶¹³. La intensidad de la intervención deja de ser

¹⁶¹¹ OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Loc. Cit.*, p. 178.

¹⁶¹² BVerfGE 100, 226.

¹⁶¹³ BVerfGE 58, p. 300 (320); 79, p. 174 (192).

determinante de su calificación típica (delimitación o expropiación)¹⁶¹⁴. De este modo, aun cuando no se resuelve la pregunta de hasta dónde puede llegar legítimamente el legislador en ejercicio de su potestad de delimitación del contenido del derecho¹⁶¹⁵, *se pone fin a la frontera fluida entre una y otra clase de intervención y se refuerza el peso de la garantía constitucional de la propiedad: ésta deja de significar solamente una prohibición de la privación sin indemnización para ganar en contenido sustantivo.*

b) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho español.

b') El debate antes de la Constitución de 1978.

115. Gracias a la difusión que ha tenido, el debate alemán sobre los criterios de diferenciación entre una y otra clase de intervenciones sobre la propiedad¹⁶¹⁶ ha orientado, especialmente en sus comienzos, con anterioridad a la Constitución de 1978, la discusión que también en el medio español ha tenido lugar sobre este punto. Así, por ejemplo, antes de que esta distinción se hiciera explícita en el que es hoy el texto del artículo 33 CE, SALA ARQUER, tras manifestar las dudas suscitadas por la aproximación tradicional a esta materia –que distinguía entre servidumbres y limitaciones policiales a la propiedad–, expresa la necesidad de darle un enfoque jurídico-constitucional, semejante al propio del Derecho alemán, y reivindica la conveniencia de centrarse en la “distinción básica” entre privación y delimitación¹⁶¹⁷. VILLAR PALASÍ, por su parte, un año después de la

¹⁶¹⁴ ROLLER, G. “Enteignung.... *Ob. Cit.*, p. 1005.

¹⁶¹⁵ En últimas, esta pregunta deberá seguir siendo resuelta pero ya no a efectos de distinguir las intervenciones expropiatorias de las delimitadoras, sino para determinar cuáles son los límites de la potestad de delimitación del legislador. Este debate sustituirá al anterior. Por esto, como apunta OSSENBÜHL, la discusión acerca de qué criterios pueden emplearse con este fin no pierde su sentido, únicamente su utilidad: ya no permite responder cuándo una delimitación se convierte en expropiación, sino hasta dónde puede llegar el legislador. *Vid.* OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Passim*, pp. 169 y ss; también pp. 193-194. Con todo, el reforzamiento de la garantía constitucional del derecho representa un resultado constitucionalmente tan valioso (en un sentido metodológico y material), que respalda sobradamente la conveniencia y la utilidad de la solución articulada por la jurisprudencia constitucional alemana. Mal podría decirse, entonces, que se trata de una solución aparente o que apenas desplaza la sede de la discusión. Que el debate sobre dónde se ubica el límite a la potestad de delimitación permanezca abierto únicamente revela la magnitud de esta cuestión y la imposibilidad de encontrar una *fórmula mágica* que resuelva de una vez y para siempre esta gran incógnita.

¹⁶¹⁶ Para citar solo algunos de los autores que han dado cuenta de este debate, en orden cronológico, NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Loc. Cit.*, pp. 73 y ss.; PAREJO ALFONSO, L. “La garantía del... *Ob. Cit.*, pp. 551 y ss.; NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Loc. Cit.*, pp. 73 y ss.; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Op. Cit.*, pp. 383 y ss.

¹⁶¹⁷ SALA ARQUER, J. M. *En torno al... Passim*, pp. 21-22. Tras analizar el enfoque comúnmente dado a esta cuestión por la doctrina y la jurisprudencia, este autor concluye que “no se trata de contraponer privación singular frente a delimitación general, sino de distinguir el concepto de privación –sea singular o general– del de delimitación o límite normal”. *Vid. Idem*, p. 40. En su concepto, la definición del ámbito correspondiente a esta última clase de intervenciones estatales debe tener en cuenta tanto los fines propuestos como la realidad sobre la cual se pretende operar.

caracterización legal del instituto expropiatorio como “cualquier forma de privación singular de la propiedad” (artículo 1 LEF), manifiesta sus reservas sobre la utilidad del criterio empleado por el legislador¹⁶¹⁸ y trae a colación las tesis de STÖDTER sobre la *Zumutbarkeitstheorie* o la *Substanzlehre*¹⁶¹⁹. Del mismo modo, NIETO, tras pasar revista a los numerosos criterios articulados por la doctrina germana y valorar sus escasos frutos en este frente, afirma que, en últimas, “[e]l verdadero método ha de consistir, pues, en ofrecer un repertorio de puntos de vista, lo más precisos posibles (*sic*), que ha de tenerse en cuenta en el momento de analizar cada caso concreto, y aceptar resignadamente la imprecisión última que de este método ha de derivarse”¹⁶²⁰.

116. Quienes, como GARRIDO FALLA, se mantenían al margen de la influencia germana y de su diferenciación entre delimitación y expropiación, para abordar esta problemática desde otra óptica -la de la *teoría de la indemnización*-, acababan, en últimas, condicionando el surgimiento del derecho a la compensación al cuestionable criterio de la intervención singular¹⁶²¹. Las limitaciones y dificultades inherentes a la distinción entre lo singular y lo general llevaron a que otros, como GARCÍA DE ENTERRÍA, indagaran sobre la utilidad de criterios adicionales. Se postula así la existencia de un beneficiario como criterio diferencial de la intervención expropiatoria. En la línea del criterio de la transferencia (WOLFF), este autor plantea que “[l]a privación de utilidades positivas que el acto expropiatorio implica para el afectado debe traducirse, pues, paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante la atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*), supuesto normal, y antaño referido en la condición tópica de la adquisición de la propiedad expropiada, bien mediante la cesación o elucidación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo) (...) Donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario, o de la suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica, no hay expropiación, sino actos de policía que no dan lugar a indemnización”¹⁶²². Con todo, las no pocas dudas que puede suscitar la determinación de cuándo una decisión de poder público se traduce en la configuración de un beneficio y si

De este modo, el contenido normal está condicionado tanto por el *deber ser* de la propiedad, como por la naturaleza misma del concreto objeto del derecho, que posee unas características y no otras, e impone así un límite determinado a las posibilidades de configuración del Derecho. *Cfr. Idem*, p. 54.

¹⁶¹⁸ Para este autor, “[l]a diferencia entre la privación general o singular de la propiedad es puramente formal, quedándose sólo en la superficie del problema, y no permite aclarar de forma definitiva cuando hay efectivamente una expropiación material y dónde, por el contrario, nos enfrentamos con una limitación del dominio”. *Vid.* VILLAR PALASÍ, José Luis. “Justo precio y transferencia”, en *RAP*, No. 18, 1955, p. 16. Por esta razón, la teoría de la privación singular, dice, “se muestra incapaz de comprender la total realidad de expropiaciones materiales que actúa la Administración”. *Cfr. Idem*.

¹⁶¹⁹ *Idem*, pp. 16-17.

¹⁶²⁰ NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Ob. Cit.*, p. 86.

¹⁶²¹ Véase GARRIDO FALLA, Fernando. “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en *RAP*, No. 81, 1976, pp. 10 y ss.

¹⁶²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, p. 70.

existe y quién es su beneficiario hacen de éste un criterio igualmente incierto. Su operatividad presupone, entonces, una interpretación restrictiva de lo que se entiende por beneficio y por beneficiario: debe tratarse, pues, de la atribución de un ámbito de aprovechamiento concreto a un sujeto de Derecho específico.

b´) El debate después de la Constitución de 1978.

117. La evidencia de los siempre discutibles resultados de este debate -que deja permanentemente abierta la pregunta de adonde se encuentra el límite a la potestad de intervención del legislador delimitador del contenido del derecho-, llevó a que tras la expedición de la Constitución de 1978 jurisprudencia y doctrina se afanaran en apartarse de la influencia extranjera para postular la vigencia de un criterio material anclado en el propio texto constitucional: el contenido esencial del derecho¹⁶²³. Lo dispuesto por el artículo 53.1 CE respecto a la potestad legislativa de regular los derechos y libertades del Capítulo II de su Título I condicionado a que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial”, sirvió de claro fundamento a esta interpretación.

118. No obstante, a pesar de la adhesión generalizada que despierta este criterio¹⁶²⁴, como tuvo oportunidad de apreciarse al examinar el desarrollo de la figura del contenido esencial de este derecho en el Derecho español¹⁶²⁵, la indeterminación de su sentido último hace que tampoco éste ofrezca una solución concluyente al debate que se plantea. Entendido como “reconoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”¹⁶²⁶, poco puede aportar el criterio del contenido esencial a esta cuestión. Igualmente ambiguas resultan las referencias efectuadas por la jurisprudencia constitucional a la “utilidad meramente individual”¹⁶²⁷ o a

¹⁶²³ Algunos pronunciamientos en este sentido de esta primera época pueden verse, por ejemplo, en MONTÉS, V. *La propiedad privada en...* *Loc. Cit.*, p. 165; DE JUAN ASENJO, J. *La Constitución económica...* *Op. Cit.*, p. 175. Con especial énfasis señala este límite BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Passim*, pp. 105-106. La virtualidad restrictiva del contenido esencial frente a las intervenciones legislativas sobre la propiedad será expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional en la STC 37/1987, FJ 2.

¹⁶²⁴ Es, sin duda, el criterio al cual la doctrina española presta adhesión mayoritaria. *Cfr.* MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad...* *Loc. Cit.*, pp. 239 y ss.; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* *Ob. Cit.*, p. 132; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* *Passim*, pp. 68 y ss.; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del...* *Op. Cit.*, pp. 138 y ss.; COLINA GAREA, R. *La función social de la...* *Op. Cit.*, pp. 390 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la...” *Passim*, p. 46; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* *Ob. Cit.*, p. 169; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el...* *Loc. Cit.*, p. 165. En contra de este planteamiento, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Passim*, pp. 110-111.

¹⁶²⁵ *Vid. supra* el apartado C-2 y sus diferentes sub-apartados del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁶²⁶ STC 37/1987, FJ 2.

¹⁶²⁷ *Idem.* También, en este mismo sentido, véase las sentencias STC 170/1989, FJ 8 y 204/2004, FJ 5.

la “rentabilidad del propietario”¹⁶²⁸ como posible manifestación concreta de dicho contenido. Además de prestar un uso muy limitado en cuanto barrera al legislador¹⁶²⁹, la pregunta de qué tanta utilidad privada o rentabilidad personal debe respetar el legislador para atender las exigencias de la garantía del contenido esencial permanece igualmente abierta.

119. Únicamente cuando se asume una postura clásica sobre el concepto de la propiedad constitucional, que entiende que su objeto se contrae a los bienes corporales y su contenido se remite a las tradicionales facultades de goce y disposición sobre la cosa, el criterio del contenido esencial puede resultar operativo¹⁶³⁰. No obstante, como se ha señalado con insistencia a lo largo de este trabajo, una concepción semejante no sólo resulta metodológicamente inadecuada para la formulación del concepto constitucional de la propiedad privada en un entorno provisto de una Constitución material y normativa; se presenta asimismo como materialmente insuficiente frente a las exigencias de tutela jurídico-subjetivas que manan de la garantía del derecho y de los requerimientos jurídico-objetivos derivados tanto de su dimensión objetiva como del modelo económico constitucionalmente establecido. En consecuencia, de optar por esta vía el recurso a los *tipos propietarios* resulta imperativo¹⁶³¹. Sea como sea, la indeterminación propia de la idea de contenido esencial hace de éste un criterio igualmente incierto¹⁶³².

b'') La problemática incompatibilidad del criterio del contenido esencial con la garantía constitucional del derecho.

120. Ahora bien, además de no acertar a responder de forma definitiva la pregunta fundamental del debate, el criterio del contenido esencial presenta un problema adicional: al convertirse en factor determinante de una intervención expropiatoria (artículo 33.3 CE), la idea de contenido esencial *no sólo se desvincula de su función original de límite* a las intervenciones delimitadoras del legislador (artículo 33.2 CE)¹⁶³³, sino que *se desnaturaliza y anula en términos de garantía del derecho*. Por esto, se asume que una delimitación que afecte el contenido esencial de la propiedad, antes que en una intervención inconstitucional, se torna en

¹⁶²⁸ STC 37/1987, FJ 2. En esta misma línea, en la STC 89/1994, FJ 5, se hace referencia a la “pérdida o vaciamiento de la utilidad económica” como barrera a las limitaciones que el legislador fija al derecho de propiedad.

¹⁶²⁹ BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, p. 1782.

¹⁶³⁰ Este el caso, por ejemplo, de los planteamientos de MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, pp. 240 y ss.

¹⁶³¹ Al respecto, véase la tipología elaborada y las consideraciones efectuadas al respecto a lo largo del apartado D del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁶³² Así, AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuestas para... *Ob. Cit.*, pp. 951 y 963.

¹⁶³³ *Vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado C-2.2 b) del Capítulo Segundo de este trabajo.

expropiatoria; razón por la cual debe ser compensada¹⁶³⁴. Sólo de ocurrir lo contrario, esto es, de afectar el contenido esencial sin indemnización, se estará frente a una intervención inconstitucional¹⁶³⁵. El resultado: una más que dudosa disolución de cualquier diferencia estructural entre una y otra figura, la enajenación al contenido esencial de su papel de límite al legislador que regula los derechos fundamentales y una preocupante mengua de las garantías materiales del derecho de propiedad.

121. Como ha sido destacado por MIR PUIGPELAT, considerar que la frontera entre una intervención delimitadora y una expropiación está marcada por el contenido esencial del derecho supone un entrelazamiento anómalo de estas dos figuras que acaba por difuminar la distinción que de ellas realiza la Constitución¹⁶³⁶. Ello *no sólo contribuye a una expansión desmesurada del instituto expropiatorio; promueve asimismo una visión reduccionista y equivocada de la garantía constitucional del derecho*. Fruto del referido encadenamiento entre delimitación y expropiación se transmite la cuestionable idea que la constitucionalidad de las decisiones que adopte el legislador en sede de delimitación del derecho no dependen de la observancia de los límites que la Constitución prevé en este frente -v. gr. el contenido esencial-, sino de si en tal evento, por *mutar su intervención delimitadora en una expropiación*, se contempló o no la respectiva compensación¹⁶³⁷.

La frontera fluida entre una y otra forma de intervención acaba por hacer de la potestad de delimitación un poder de configuración del derecho tan amplio, casi incondicionado, que *su único límite se encuentra, entonces, en la previsión de la correspondiente indemnización*¹⁶³⁸. La garantía del contenido esencial prevista frente a la regulación del derecho (artículo 53.1 CE) se confunde así con la garantía indemnizatoria ideada frente a su despojo en supuestos de expropiación (artículo 33.3 CE)¹⁶³⁹. Suprimida cualquier referencia material que pueda enmarcar o encausar la actuación del legislador, éste aparece así provisto de una inédita discrecionalidad que le habilita para obrar en cualquier sentido siempre que prevea la indemnización exigida por el artículo 33.3 CE para la expropiación. *La garantía constitucional de la propiedad acaba, pues, convertida en una simple prohibición de la privación sin indemnización*. Desde luego, semejante depreciación de su valor normativo riñe frontalmente con las exigencias del texto constitucional en

¹⁶³⁴ En este sentido, por ejemplo, afirma BARNÉS VÁZQUEZ que la constitucionalidad de una intervención delimitadora de la propiedad dependerá, entre otras cosas, y como punto final del test que propone, de “si la ley delimitadora no desborda el contenido esencial; y, en caso contrario, si ha previsto la correspondiente indemnización”. Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 27-38.

¹⁶³⁵ Así, p. ej., MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, pp. 242-243.

¹⁶³⁶ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, p. 108.

¹⁶³⁷ Así, p. ej., BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 37-38 y 46 y ss. En sentido análogo, MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, pp. 242-243. Esta posición también puede apreciarse en la STC 227/1988, FJ 11.

¹⁶³⁸ BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, p. 1782.

¹⁶³⁹ *Idem*, p. 1785.

materia de garantía del derecho¹⁶⁴⁰. “La mera concurrencia de indemnización no implica que el derecho de propiedad quede garantizado”¹⁶⁴¹. De aquí que, como se verá más adelante, sea necesario replantear el debate.

c) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho colombiano.

122. En el ámbito colombiano la distinción entre delimitación y expropiación ha estado influenciada por el desarrollo que esta discusión ha conocido en el Derecho español. Por esto, doctrinal¹⁶⁴² y jurisprudencialmente se tiene establecido que “[l]a configuración del contenido del derecho de propiedad (...) no podrá traspasar su contenido mínimo esencial, pues de hacerlo, ya de manera general o singular, aquélla se tornaría expropiatoria y, en esas condiciones, el resultado buscado sólo será posible por esta vía y mediante el pago del equivalente”¹⁶⁴³. Esta postura ha llevado a que, por ejemplo, *obiter dictum*, el juez constitucional manifieste, con respecto a las delimitaciones ambientales y teniendo en cuenta que dentro de las zonas reservadas o destinadas a parques naturales no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, que “[s]i bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella está afectada a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación”¹⁶⁴⁴.

123. El contenido esencial del derecho constituye, pues, también en Colombia, el criterio prevalente para la distinción entre delimitación y expropiación. Esto supone que, al igual que ocurre en España, a los no pocos problemas que encierra el difícil concepto del contenido esencial de la propiedad, se suman algunos de los inconvenientes derivados de este planteamiento señalados en el apartado anterior. Los dos principales: la incertidumbre que resulta de la indeterminación del contenido esencial de la propiedad constitucional y la distorsión global del sistema de este derecho que trae consigo la asunción de este criterio. En últimas, debido a la forma como ha sido entendido, la adopción de este criterio acaba por suponer la difuminación de la frontera entre expropiación y delimitación y por hacer de la garantía indemnizatoria la única cobertura tuitiva que la Constitución asegura al propietario.

¹⁶⁴⁰ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Passim*, p. 379.

¹⁶⁴¹ AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuestas para... *Loc. Cit.*”, p. 951.

¹⁶⁴² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 184.

¹⁶⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14. En el mismo sentido, véase las sentencias C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁶⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-649 de 1997, FJ 2.2.5.

c') La incertidumbre que rodea al contenido esencial de la propiedad constitucional.

124. Como ha sido señalado líneas atrás¹⁶⁴⁵, a pesar de la aparente uniformidad de la jurisprudencia constitucional en punto al núcleo esencial del derecho de propiedad –habitualmente caracterizado como el “nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición que produzcan utilidad económica a su titular”¹⁶⁴⁶–, en un reciente pronunciamiento la Corte Constitucional adoptó una decisión que supone un replanteamiento de esta fórmula. Ciertamente, con ocasión del examen de constitucionalidad efectuado sobre la *prohibición de “venta de tierras”* de los predios integrados al denominado Sistema de Parques Naturales establecida por el artículo 13 de la ley 2ª de 1959, la Corte Constitucional, a pesar de manifestar su intención de reiterar el precedente en la materia con numerosas referencias a él¹⁶⁴⁷, convalidó la disposición impugnada y, *en la práctica, replanteó la noción de contenido esencial* hasta entonces mantenida. No de otra forma se entiende la declaratoria de constitucionalidad de un precepto que *no establece simplemente una restricción al poder de disposición, sino que lo anula definitivamente*. El fundamento no puede ser otro que la reformulación de su idea de contenido esencial. Conforme a la nueva concepción sentada en este pronunciamiento, *el poder de disposición ya no se encuentra amparado por la garantía del contenido esencial del derecho. Éste se cifra, únicamente, en el poder de goce*¹⁶⁴⁸.

125. Este razonamiento pone de manifiesto la incertidumbre que rodea a la idea de núcleo esencial de la propiedad constitucional. Ella no se desprende de la posibilidad de evolución o cambio del concepto, natural en cualquier construcción jurídica; sino de la indeterminación de la fórmula acuñada: resulta tan abierta que difícilmente puede determinarse cuándo una limitación afecta los atributos de goce, uso y explotación hasta hacer inviable la obtención de una utilidad económica capaz de justificar la existencia de una verdadera propiedad privada. De aquí que, como ha sido señalado ya, dada la vastedad de la cobertura de la propiedad constitucional, la utilización de la idea del contenido esencial del derecho –la cual, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán y español, no resulta constitucionalmente impuesta en el ordenamiento colombiano y sea, por ende, una noción prescindible- o bien exige la utilización por el juez constitucional de otros instrumentos de control complementarios –*v. gr.* el mandato de ponderación y el principio de proporcionalidad- o bien remite a la idea de *tipos propietarios* a efectos de mitigar la indeterminación de su contenido y facilitar el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas. De lo contrario, difícilmente podrá cumplir la misión de límite al legislador delimitador

¹⁶⁴⁵ Al respecto, véase las consideraciones efectuadas *supra* en el Capítulo Segundo de este trabajo, en el apartado C-3.2.

¹⁶⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FJ 8. En sentido análogo, véase las sentencias T-427 de 1998, FJ C 3; C-492 de 2002, FJ 4; C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁶⁴⁷ *Vid.* Corete Constitucional, sentencia C-189 de 2006, FFJJ 8 y 18.

¹⁶⁴⁸ *Vid. Idem.*

del contenido –función que originariamente le incumbe- o la adventicia tarea de frontera entre delimitaciones y expropiaciones que también le ha sido atribuida por la jurisprudencia constitucional.

c´) La distorsión global del sistema de la propiedad constitucional y de la garantía patrimonial de los ciudadanos.

126. A diferencia de lo que ocurre en España, formalmente la jurisprudencia constitucional colombiana no ha asumido una concepción fluida o dinámica de la frontera entre delimitación y expropiación semejante a la que se observa en dicho ordenamiento¹⁶⁴⁹. Por esto, si bien se atribuye al contenido esencial la condición de límite entre una y otra clase de intervenciones, ello se hace desde una perspectiva –si se quiere- estática, esto es, como simple lindero del poder de delimitación¹⁶⁵⁰, sin que se plantee –explícitamente- la previsión de una cláusula indemnizatoria como mecanismo de transición legítima al ámbito de lo expropiatorio. En principio, entonces, la jurisprudencia constitucional colombiana separa los supuestos de una y otra forma de intervención. No obstante, la idea equivocada que el derecho de propiedad encierra *únicamente* una *garantía de valor* ha llevado a que, en la práctica, pese a no reconocerlo de manera expresa, *también en Colombia la garantía del derecho sea vista sólo como una prohibición de la privación sin indemnización*; apreciación que ha repercutido asimismo sobre la idea de contenido esencial, con la correlativa alteración que ello comporta del sistema constitucional de la propiedad privada. No otra conclusión se puede obtener del planteamiento según el cual aquél *no resulta afectado de ser intercambiado por su equivalente económico*.

Este es uno de los argumentos que sirven de base al razonamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-544 de 2007, en la cual se examina la constitucionalidad de la disposición del CCC (artículo 905) por medio de la cual se restringe el derecho a obtener una servidumbre de tránsito a los supuestos en los cuales el predio dominante esté desprovisto de *toda* forma de acceso a la vía pública. Para el juez constitucional este condicionante no sólo puede resultar contrario a la mayor productividad y, por ende, a la función social del derecho de

¹⁶⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, lo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC 227/1988, FJ 11, en punto a las restricciones que debe enfrentar el legislador al delimitar el contenido de este derecho, compendiadas, en últimas, en supuestos extremos, en el pago de una indemnización. De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en esta ocasión, “la delimitación del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no toleradas por la norma constitucional, *salvo que medie la indemnización correspondiente*” (STC 227/1988, FJ 11) –cursivas fuera de texto-.

¹⁶⁵⁰ En este sentido, véase las sentencias C-006 de 1993, FJ 14; T-245 de 1997, SNFJ; T-427 de 1998, FJ C3 y C-544 de 2007, FJ 15.

propiedad del predio dominante –argumento de quienes impugnaban la disposición-, sino que además resulta injustificado a la luz del contenido esencial del derecho del predio sirviente. Esto, por cuanto, dice, “es claro que los derechos del propietario del predio sirviente no quedan desprotegidos ni se anula su núcleo esencial, ya que se estatuye a cargo del beneficiario correspondiente la obligación de pagar indemnización de perjuicios con el objeto de resarcir los daños causados”¹⁶⁵¹. Por estas razones declara la inconstitucionalidad de dicha restricción y habilita la imposición de esta servidumbre cuando quiera que ello sea un presupuesto objetivo para una mejor explotación del predio dominante.

127. A pesar de la aparente inocuidad de este planteamiento, el mismo resulta elocuente acerca de la visión que de la garantía del derecho asume la jurisprudencia constitucional. Ésta no se detiene a valorar si se está ante una auténtica delimitación de la propiedad o si, más bien, se trata de una privación, constitucionalmente sujeta a otras exigencias¹⁶⁵². Su análisis se centra fundamentalmente en la idea que el núcleo esencial no se afecta si la intervención efectuada es compensada y ello le basta para declarar la necesidad de potenciar la función social del derecho¹⁶⁵³. El postulado de la intercambiabilidad del contenido esencial del derecho por su equivalente económico se traduce, así, en la despreocupación por el carácter de **límite constitucional a la potestad de delimitación** que aquél detenta y, por ende, en la indiferencia con respecto a calificación típica de la intervención (delimitación o expropiación) y la singularización del régimen jurídico correspondiente. Desde esta perspectiva, entonces, en últimas, *sea lo que sea, si se indemniza, da igual*. Una conclusión constitucionalmente discutible y dogmáticamente inasumible. Si la Constitución ha definido un límite al legislador en ejercicio de una competencia –en este caso el contenido esencial frente al poder de delimitación- su infracción sólo puede tener una consecuencia: la inconstitucionalidad de la medida. No obstante, no es así. Al margen de que se comparta la decisión final adoptada¹⁶⁵⁴, el planteamiento que le sirve de base es sintomático de los efectos negativos de la adopción del criterio del contenido esencial atrás señalados: la dificultad para

¹⁶⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 19.

¹⁶⁵² De reconocerse la condición de expropiación de una intervención su validez se encontrará sometida al cumplimiento de los presupuestos de validez que la Constitución define para esta clase de actuaciones (*causa expropriandi* relacionada con el bien común legalmente declarada, procedimiento e indemnización previa y justa). Al respecto, *vid.* las consideraciones efectuadas *infra* en el apartado B del Capítulo Quinto de este trabajo.

¹⁶⁵³ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 19., FFJJ 17-20.

¹⁶⁵⁴ Como se verá más adelante, a mi juicio este tipo de intervenciones en la propiedad, más que delimitaciones, encierran auténticas privaciones. De ahí que la indemnización prevista se avenga con la exigencia constitucional fijada por el artículo 58 párr. 4 CC y la determinación adoptada resulte justificada a luz del régimen constitucional de la propiedad privada. Las exigencias procedimentales se ven igualmente atendidas por las disposiciones legales del Código de Procedimiento Civil (artículos 408-415 CPCC) que regulan su imposición. No obstante, la idea, anclada en la tradición civilista y en una concepción clásica de la expropiación, según la cual toda servidumbre –por no encerrar una transferencia formal del dominio- debe identificarse automáticamente con una limitación de la propiedad, impide apreciar que material y formalmente se está frente a una privación en el sentido jurídico-constitucional de la expresión.

una adecuada reconstrucción del régimen de garantía del derecho, la difuminación de los límites de la potestad delimitadora de la ley, la anulación del efecto tuitivo de la idea de contenido esencial y, en suma, la afectación notable de las garantías materiales del derecho de propiedad privada como resultado del desquiciamiento del particular sistema normativo estatuido por el artículo 58 CC.

128. La alteración que del orden constitucional de la propiedad se produce como resultado de esta idea y de la (errónea) visión que ella transmite acerca de la garantía del derecho y, en últimas, de la garantía patrimonial de los ciudadanos, se hace también visible sentencia C-864 de 2004 de la Corte Constitucional. Aun cuando no se trata de un caso de exceso en el ejercicio del poder de delimitación por parte del legislador, esta decisión ilustra de manera gráfica el valor puramente indemnizatorio que atribuye la jurisprudencia constitucional a la garantía constitucional de la propiedad privada. En esta sentencia el juez constitucional tuvo que pronunciarse sobre la validez de la previsión del Código Contencioso Administrativo que concede acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, entre otros, por supuestos de *ocupación permanente* de bienes inmuebles de propiedad privada (artículo 86 CCAC); así como de otra disposición en virtud de la cual, de producirse una sentencia condenatoria de una entidad pública por este supuesto, ella debería ser protocolizada y registrada, por obrar como título traslativo del dominio (artículo 220 CCAC). Los impugnantes de estos preceptos les acusaban de infringir la garantía constitucional de la propiedad, por entender que la ocupación permanente de un inmueble por parte del Estado para la realización de trabajos públicos era equivalente a una privación o despojo; actuación que únicamente podría resultar válida si cumple con las reglas previstas por el artículo 58 párr. 4 CC en materia de expropiación. En su concepto, entonces, la previsión de una acción de responsabilidad patrimonial por esta causa y de la posterior orden de transferencia del dominio en caso de producirse la condena exigida supondría convalidar una infracción al régimen constitucional del derecho mediante el pago de la correspondiente indemnización.

Frente a estos bien fundados señalamientos, antes que profundizar en las particularidades del sistema de garantía patrimonial de los administrados y de esclarecer la interrelación entre sus principales elementos (derecho de propiedad, instituto expropiatorio y responsabilidad patrimonial de la Administración), la Corte optó por la conservación del *status quo* legal heredado del orden constitucional anterior. De este modo, tras recordar la obligación constitucional que pesa sobre las autoridades de respetar tanto el derecho de propiedad como las exigencias materiales (*causa expropriandi* legalmente declarada e indemnización previa) y procedimentales (respeto al debido proceso judicial o administrativo) fijadas por la Constitución respecto de la expropiación, y señalar que “cuando [aquellas] requieran bienes inmuebles para cumplir los fines del Estado consagrados en el Art. 2º de la Constitución (...) no pueden obtenerlos mediante su ocupación por la vía de los hechos”¹⁶⁵⁵, la Corte no encuentra ningún vicio en

¹⁶⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004, FJ 7.

los enunciados examinados. Tampoco razón alguna para efectuar *un condicionamiento* de su decisión final. Por esto declara la constitucionalidad pura y simple de las normas impugnadas. El motivo: en su parecer se trata de disposiciones que buscan hacer operativo el principio de responsabilidad patrimonial del Estado proclamado por el artículo 90 CC y tutelar los intereses del propietario.

De acuerdo con el artículo 90 CC, “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas”. Para el juez constitucional “tales disposiciones no son contrarias al Art. 58 de la Constitución, ya que *protegen el derecho de propiedad privada*, en vez de vulnerarlo, *al asegurar a su titular el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente*”¹⁶⁵⁶ (cursivas fuera de texto). A lo cual añade a renglón seguido que “dichas normas no autorizan al Estado para que ocupe de hecho los inmuebles, pretermitiendo los procedimientos legales para la adquisición del derecho de propiedad privada, sino que buscan remediar por el cauce jurídico la situación irregular generada con dicho proceder de las autoridades públicas”¹⁶⁵⁷. Si bien es cierto que la vía de hecho cometida da lugar a una situación que debe ser reparada, la opción hermenéutica de la Corte resulta paradójica: para proteger la propiedad legítima su vulneración flagrante, haciendo caso omiso de las exigencias que respecto de las intervenciones expropiatorias fija el párr. 4 del artículo 58 CC y de la necesidad de establecer una *coordinación ordenada entre los diferentes mecanismos de cobertura patrimonial que integran la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos* (garantía del derecho de propiedad, instituto expropiatorio y responsabilidad extracontractual del Estado).

129. Bajo estas condiciones, poco importa la advertencia del juez constitucional respecto a que esta norma no constituye una habilitación para que se desconozcan tales exigencias -es obvio que el legislador no puede autorizar la infracción de la Constitución-. Lo relevante habría sido esclarecer cómo este enunciado encaja dentro del *sistema de garantía patrimonial integral de los ciudadanos previsto por la Constitución en torno a la idea de garantía de la propiedad*, y en el cual *al instituto de la responsabilidad le corresponde un papel de garantía subsidiaria* respecto de aquella. En lugar de amparar la estabilidad del derecho y reforzar la obligatoriedad de las formas previstas por la Constitución como condicionantes de la expropiación, la Corte convalida de forma incondicionada su despojo irregular por considerar que el resarcimiento del afectado sana la actuación inconstitucional de las autoridades y legitima la transferencia de propiedad legalmente prevista para evitar el enriquecimiento injustificado del particular afectado. Si bien se trata de un planteamiento plausible en su fondo, la ausencia de un razonamiento acorde con las exigencias de la garantía del derecho y de un condicionamiento en la decisión final conduce a que *coexistan en Colombia dos formas de expropiación: una ajustada a las exigencias de la Constitución y otra*

¹⁶⁵⁶ *Idem.*

¹⁶⁵⁷ *Ibidem.*

abiertamente inconstitucional, aunque operativa e indemnizable por concepto de responsabilidad extracontractual del Estado. Lo anterior, como resultado de abrir la puerta incondicionadamente a las reclamaciones indemnizatorias directas de los afectados por actuaciones materialmente expropiatorias, sin reparar en que, eventualmente, más que ante perjuicios indemnizables, se está frente a actuaciones inconstitucionales y, por ende, anulables o revertibles como forma primaria de reparación.

130. Como es evidente, se trata de una decisión que no se explica sin el argumento de la intercambiabilidad del contenido esencial por el equivalente económico del derecho -implícitamente presente en ella, pues no se recoge de forma expresa por la desconexión, habitual en Colombia, entre garantía de la propiedad y responsabilidad patrimonial del Estado¹⁶⁵⁸-. De ahí que también en la sentencia C-864 de 2004 pueda entreverse, una vez más, que para la jurisprudencia constitucional la garantía de la propiedad no va más allá de la prohibición de la privación sin indemnización.

c'') Una propuesta interpretativa para la reconfiguración del sistema.

131. Una adecuada comprensión de la crítica que se formula al razonamiento de la sentencia C-864 de 2004 debe partir del contexto que brinda la garantía integral del patrimonio de los administrados establecida por la Constitución con base en la garantía de la propiedad privada (artículo 58 CC), el instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC) y el principio de responsabilidad (artículo 90 CC). Tradicionalmente estructurada en torno a las instituciones de la expropiación y la responsabilidad¹⁶⁵⁹, *el moderno Estado constitucional recoge los fundamentos de este esquema y les impone un nuevo foco: la garantía constitucional del derecho de propiedad*¹⁶⁶⁰. Dada su condición *ius fundamental* la cobertura indemnizatoria que ofrece el instituto de la responsabilidad debe ser vista como una *cobertura secundaria, subsidiaria y residual*. Que el Estado tenga el deber de responder patrimonialmente conforme a lo dispuesto por el artículo 90 CC por los daños antijurídicos que ocasionen sus agentes no debe implicar que la responsabilidad pecuniaria pueda ser vista como *la solución única, primaria y directa* en todos los casos de afectación de derechos individuales. Menos aún cuando se trata de derechos fundamentales y se está en el entorno de una Constitución normativa. Lo contrario sería desconocer el mandato del artículo 2 CC, según el cual las autoridades están instituidas para proteger los derechos de las personas y garantizar su efectividad, de conformidad con el principio de primacía de los derechos fundamentales establecido por el artículo 5 CC.

¹⁶⁵⁸ A pesar de que este pronunciamiento ofrecía una oportunidad ideal para superar la tradicional desvinculación conceptual y funcional entre uno y otro instituto y sentar así las bases para una adecuada construcción de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, ella no fue debidamente aprovechada por el juez constitucional.

¹⁶⁵⁹ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, p. 7.

¹⁶⁶⁰ *Idem*, pp. 7 y ss.

Como es puesto de presente por la doctrina alemana, la influencia de estos derechos en las relaciones Estado-ciudadanos determina el reconocimiento y la ordenación escalonada de distintas pretensiones en cabeza de los sujetos afectados por la actuación del poder público en el ámbito de sus derechos: primero, una pretensión de eliminación (*Beseitigungsanspruch*), para que la *afectación jurídica* producida sea enmendada por medio de un acto contrario (p. ej. la anulación de un acto administrativo contrario a Derecho); de no resultar procedente o suficiente dicha supresión, surge la pretensión de eliminación de las consecuencias (*Folgenbeseitigungsanspruch*), que apunta a la desaparición de las *consecuencias fácticas* de una intervención contraria a Derecho y a que se restablezca la situación anterior a su ocurrencia; finalmente, como último recurso, la pretensión indemnizatoria (*Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch*), para compensar las pérdidas padecidas por causa de la intervención que no pueden ser reparadas por las vías anteriores¹⁶⁶¹.

132. La aplicación de este esquema en el caso que nos ocupa conduciría a que como cobertura primaria, *de resultar fáctica y jurídicamente posible*, el juez administrativo debería ordenar el restablecimiento material del *statu quo ante*, sin detrimento de la indemnización de los perjuicios que puede traer consigo una vía de hecho semejante. Por representar un daño que el propietario no está en el deber jurídico de soportar no reparable de otra forma, la indemnización resultaría también procedente de presentarse tales perjuicios. De esta forma se aseguraría tanto la estabilidad del derecho inherente a su garantía constitucional y el mandato de protección de su efectividad impuesto por el artículo 2 CC, como el principio de responsabilidad del Estado¹⁶⁶². Aunque la jurisprudencia administrativa reciente en materia de responsabilidad por ocupación permanente de la propiedad privada ha dejado de lado el requisito de la imposibilidad de la recuperación "*in natura*" del bien¹⁶⁶³ señalado en algunos pronunciamientos

¹⁶⁶¹ MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 648. Esto se traduce en la necesidad de articular, desde la Constitución, un sistema procesal administrativo que, como observa GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ofrezca "dos niveles o planos en cuanto a las posibilidades de defensa de los ciudadanos frente a las actuaciones de la Administración. El primero (es decir, la garantía primaria) se refiere al derecho anulatorio que ha de asistir al interesado en caso que la decisión administrativa sea disconforme con el ordenamiento jurídico. El segundo, la garantía secundaria, se refiere a las indemnizaciones procedentes en caso de que (*sic*) no se pueda hacer valer la anulación de la decisión administrativa". *Vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "Los aeropuertos y servidumbres aeronáuticas ante el urbanismo, el derecho de propiedad y la autonomía local", en *Actualidad Administrativa*, No. 12, 2004, p. 1417.

¹⁶⁶² La amplitud del enunciado que consagra la acción de responsabilidad estatal permite esta interpretación. De acuerdo con el artículo 86 CCAC, disposición sometida a examen de constitucionalidad en la sentencia C-864 de 2004, "[l]a persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa". El texto de esta disposición no condiciona, entonces, la reparación del daño a que ella se produzca a través de una indemnización dineraria.

¹⁶⁶³ *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 10 de mayo de 2001, Exp. 11783, SNFJ; 28 de abril de 2005, Exp. 13643, FJ 1; 10 de agosto de 2005, Exp. 15338, FJ 1; 4 de diciembre de 2006, Exp. 15351, FJ 3.1.

anteriores¹⁶⁶⁴, es preciso rescatarlo y destacarlo como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización que da lugar a la transferencia al Estado de la propiedad “ocupada” (artículo 220 CCAC). Máxime cuando en la actualidad la interpretación que de la cláusula de ocupación permanente efectúa el juez contencioso es tan amplia, que abarca no únicamente la *ocupación material*, sino también la *ocupación jurídica*. Esta última, ocasionada “por la limitación al ejercicio de las facultades propias de los derechos reales y del menoscabo del derecho de posesión que se ejercer respecto del predio ocupado”¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁴ Véase, en este sentido, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, las sentencias de 15 de julio de 1993, Exp. 7452 y de 28 de junio de 1994, Exp. 6806. En esta última, por ejemplo, se señala explícitamente que “el ejercicio de esta acción requiere que el particular haya sido privado del bien cuyo pago demanda, en forma definitiva. Que la posesión sobre el mismo sea irrecuperable, en forma tal que la única manera de resarcirle sus perjuicios sea pagándole el valor de dicho inmueble”. Aunque se trata de una postura un tanto restrictiva de la visión de la “reparación” que el juez contencioso puede decretar –reducida únicamente a una mera cobertura indemnizatoria–, que haría de la acción de responsabilidad del Estado (artículo 86 CCAC) un instrumento procesal subsidiario respecto de la acción de reivindicación ante la jurisdicción ordinaria (artículo 946 y ss. CCC), resulta explicable por ser anterior a la reforma legal efectuada mediante la ley 446 de 1998, que atribuyó a la jurisdicción contenciosa-administrativa el conocimiento de estos asuntos. Sobre este último aspecto, *vid.* Corte Constitucional, sentencia T-1086 de 2003, FJ 15.1.

¹⁶⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 15338, FJ 1. Este pronunciamiento cita como precedentes las decisiones adoptadas el 13 de febrero de 1992, Exp. 6643, y el 25 de junio de 1992, Exp. 6974, en los cuales se ordenó la indemnización de propietarios afectados por limitaciones establecidas por razones ambientales, por considerar que la situación que resulta de tales restricciones “no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente” (*vid.* Sentencia de 25 de junio de 1992, Exp. 6974). En la primera de ellas se reconoció indemnización porque al propietario de un inmueble se le limitó el ejercicio de su derecho de dominio y posesión sobre sus predios por causa de la declaración de parque natural, con lo cual se le impidió vender, gravar o explotar económicamente su bien. De igual manera, en la segunda, se reconoció indemnización por la limitación por parte del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INDERENA) a los derechos de propiedad y posesión de los demandantes sobre un predio, al prohibir la explotación agropecuaria del mismo sin reconocer suma alguna de dinero como compensación por los perjuicios sufridos. Se trata de una línea jurisprudencial profundamente cuestionable. La premisa fundamental por medio de la cual se asimila la delimitación del contenido de la propiedad con su ocupación permanente resulta, sencillamente, *inacceptable*. Mientras que aquella es la más pura expresión del régimen constitucional de la propiedad y de su función social, ésta no representa más que un flagrante atentado contra las exigencias constitucionales en punto a la expropiación. Si bien se trata de supuestos que podrían resultar indemnizables bajo el régimen que ampara el principio de igualdad ante las cargas públicas, ello presupondría la consideración de la función ecológica y social que constitucionalmente incumbe a la propiedad y el análisis de a partir de qué momento las restricciones impuestas traspasan el umbral de la carga pública para convertirse en fuente de una afectación patrimonial antijurídica. No obstante, la ausencia de cualquier reflexión en torno a estos aspectos es dicente de la tradicional desconexión entre propiedad privada y responsabilidad patrimonial del Estado en el medio colombiano. La actual configuración constitucional de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos exige replantear esta situación y tener en cuenta las implicaciones que en materia de responsabilidad patrimonial acarrear tanto la garantía del derecho como la proclamación de su función social y las exigencias formales que condicionan la legitimidad del instituto expropiatorio. De lo contrario, no sólo se coarta la eficacia normativa de la Constitución y se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en un marco *praeter constitutionem*, sino también principios fundamentales del ordenamiento como la igualdad y la propiedad como función social que implica obligaciones.

133. Con base en una interpretación clásica del concepto de propiedad y sin que medie reflexión o consideración alguna sobre la función social y ecológica que constitucionalmente le es inherente a este derecho, el Consejo de Estado no sólo ha ensanchado, pues, notablemente, el ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado¹⁶⁶⁶; ha convertido la acción que consagra el artículo 86 CCAC en un *instrumento para reclamar judicialmente la expropiación de bienes* afectados por limitaciones severas a la propiedad¹⁶⁶⁷. El resultado: *un crecimiento desbordado, ajurídico y asistemático del instituto expropiatorio, fruto de la discordancia entre la visión constitucional del derecho y su configuración por el legislador y la Administración en virtud de su función social, y la interpretación que de estas intervenciones efectúa el juez administrativo.*

134. Sin abordar la discusión sobre la interrelación entre la función social y ecológica de la propiedad, el instituto expropiatorio (formal y materialmente cualificado por la Constitución) y el principio de responsabilidad patrimonial del Estado¹⁶⁶⁸, el Consejo de Estado ha considerado que las limitaciones impuestas al derecho se traducen en lesiones antijurídicas que no pueden ser asumidas sin compensación¹⁶⁶⁹. Lo anterior, con el efecto legal que en el plano de la transferencia del dominio opera esta determinación por virtud de lo dispuesto por el artículo 220 CCAC. *Por virtud de sus pretendidos efectos concretos sobre un patrimonio particular, una delimitación legal del contenido del derecho de propiedad se torna en expropiación.* La homologación práctica de esta clase de intervenciones a *expropiaciones irregulares* acaba por convertir al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en un factor perturbador tanto del sistema constitucional de la propiedad –desprovisto así de toda garantía diferente a la indemnizatoria– como de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁶ Esta faceta es destacada por HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, en *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 181-183.

¹⁶⁶⁷ Recuérdese que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 220 CCAC, también examinado en la sentencia C-864 de 2004, “[s]i se tratare de ocupación permanente de una propiedad inmueble, y se condenare a una entidad pública, o a una entidad privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada, *la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio*” (cursivas fuera de texto).

¹⁶⁶⁸ Básicamente, de lo que se trataría, por un lado, es de establecer la virtualidad de que la función social opere como una causal de justificación de este tipo de afectaciones patrimoniales; por otro, de identificar los criterios a partir de los cuales debería producir este efecto o el contrario.

¹⁶⁶⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 13 de febrero de 1992, Exp. 6643, y del 25 de junio de 1992, Exp. 6974

¹⁶⁷⁰ Además de la necesidad de apreciar el carácter secundario de la cobertura indemnizatoria respecto de la garantía constitucional del derecho, es preciso considerar la interrelación que se da al interior de la garantía integral del patrimonio de los administrados entre los distintos elementos que la componen. Así, si bien es cierto que, como observa GARRIDO FALLA, “la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas es incompatible con la idea de «sacrificio especial» sin indemnización” (cfr. GARRIDO FALLA, F. “El derecho a... *Ob. Cit.*, pp. 10-11), también lo es que la determinación de qué constituya un “sacrificio especial” no puede, en

En aras de una supuesta mayor protección al derecho, ésta se ve menguada, y al tiempo que se ponen en cuestión las implicaciones prácticas de la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58 párr. 2 CC) y del mandato de protección de la efectividad de los derechos (artículo 2 CC), se somete al Estado a un régimen indemnizatorio distinto al expropiatorio y se atenta contra el principio de igualdad. Afectaciones patrimoniales que se suponen amparadas por la vinculación social del derecho son consideradas fuente de indemnizaciones expropiatorias *ad-hoc* (artículo 220 CCAC) por representar daños antijurídicos, declarados sin que antes se haya indagado sobre su posible conformidad con la Carta y la eventual aplicación de otro tipo de remedio –cobertura primaria– más acorde con una verdadera garantía constitucional del derecho, concernida con su efectividad¹⁶⁷¹. Entre tanto se quiebra la igualdad en materia de indemnizaciones y se grava al Estado con una mayor carga erogatoria: mientras que en el ámbito expropiatorio la Constitución habilita a tasar el monto de la compensación “consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58 párr. 4 frase 2 CC) y se indemniza únicamente lo amparado por la garantía constitucional de la propiedad (*lo adquirido*), en la órbita de la responsabilidad extracontractual rige el principio de indemnización plena del daño (artículo 16 de la ley 446 de 1997¹⁶⁷²).

c’’) **Recapitulación.**

135. Al declarar la constitucionalidad *incondicionada* de la previsión que de forma expresa autoriza la acción de responsabilidad por supuestos de *ocupación permanente* de la propiedad inmueble, más que asegurar un presupuesto para la operatividad del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, la Corte Constitucional ha perdido una valiosa oportunidad para ajustar y afianzar las bases en la garantía de la propiedad de la garantía integral del patrimonio de los

el orden constitucional actual, darse al margen de la influencia que la función social y ecológica de la propiedad ejerce sobre el ámbito de protección del derecho.

¹⁶⁷¹ Mal podría darse el mismo tratamiento a la *ocupación permanente* de un predio de propiedad privada *con una vía* (*cfr.* la sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 15338 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), realidad fáctica jurídicamente irreversible a pesar de encubrir una expropiación irregular, que a la definición por parte de la autoridad competente de un régimen de aprovechamiento económico limitado en consideración al valor ambiental de un predio, al amparo de la función social y ecológica del derecho (*Vid.* la sentencia 25 de junio de 1992, Exp. 6974, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).

¹⁶⁷² En concreto, sobre la aplicación del principio de reparación integral del daño a los supuestos de ocupación permanente de inmuebles y la cuantificación de la correspondiente indemnización, véase la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 10 de mayo de 2001, Exp. 11783, SNFJ. También, de esta misma corporación, la sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 15338, FJ I. Sobre las diferencias en el régimen de la indemnización procedente en casos de responsabilidad patrimonial del Estado y de expropiación, *vid. infra* el apartado B-3.2 y sus diferentes sub-apartados del Capítulo Quinto de esta investigación.

ciudadanos. Ello supone reivindicar *la prevalencia de las formas de cobertura primaria sobre el tradicional amparo puramente indemnizatorio*. En tanto que expresión del Estado de Derecho, el principio de responsabilidad debe armonizarse con la guarda y conservación de los derechos fundamentales. Esto exige al Estado evitar que sus actuaciones lesionen derechos o intereses protegidos por el Derecho, e impone que ante su ocurrencia se restablezca el derecho, bien anulando los efectos del acto que ocasiona el daño, bien suprimiendo sus secuelas, bien indemnizando al afectado¹⁶⁷³ (*ultima ratio*). Puesto que se trata de efectos regulados por la Constitución, su orden no puede ser desconocido ni invertido por el juez, como tampoco ser sometido al querer del afectado. De ahí la importancia de *apreciar el conjunto del sistema de la propiedad y su interrelación con la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*. En el caso de la propiedad, ello supone tener en cuenta que antes que como una simple *garantía de valor* del derecho, la garantía de la propiedad representa, en primer término, una *garantía de existencia del contenido adquirido o de estabilidad (Bestandsgarantie)* y una *garantía de uso (Gebrauchsgarantie)*, que mutan en la primera cuando se cumplen las condiciones previstas por la Constitución para que tenga lugar una expropiación¹⁶⁷⁴. En caso contrario, deben hacerse valer dado el carácter subsidiario de aquella.

d) Valoración global de la situación del debate y planteamiento personal sobre el tema.

136. Delimitación y expropiación deben ser debidamente diferenciadas. La polémica que ha rodeado a esta discusión en los distintos ordenamientos y los dudosos efectos de sus resultados sugieren la conveniencia de la opción adoptada por el BVerfG en su fallo de 15 de julio de 1981 (*Nassauskiesungsbeschluss*). Solo de seguir una concepción apegada a las exigencias formales de la expropiación en la Constitución ésta puede ser debidamente diferenciada de la delimitación. Ello no sólo permite la necesaria singularización de cada una de estas figuras –expresada en la correspondiente formulación de su régimen con base en su objeto, sus fines y sus límites–, indispensable para la reconstrucción del sistema constitucional del derecho de propiedad; hace posible, además, su engaste adecuado con la garantía de la responsabilidad patrimonial del Estado.

137. La inconveniencia de los criterios materiales de diferenciación no sólo resulta de la incertidumbre que les rodea, también del ya referido solapamiento entre una y otra clase de intervención. Éste lleva a que se les identifique anómalamente como figuras siamesas, prácticamente análogas, pertenecientes a una misma categoría pero discernibles por el diferente grado de penetración en el derecho y el consiguiente dato de la indemnización, con las consecuencias negativas que se desprenden de este hecho para la dogmática de la propiedad constitucional. Toda

¹⁶⁷³ MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, pp. 647-648.

¹⁶⁷⁴ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*", pp. 28-29. *Cfr.* también pp. 104-105 y 182.

vez que dificulta la consideración separada de cada una de estas formas de intervención en la propiedad, hace inviable una adecuada reconstrucción de los límites de la potestad de delimitación, promueve un desarrollo desmesurado del instituto expropiatorio –dentro de la Constitución y fuera de ella, como se ha visto- y acaba por reducir la garantía de la propiedad a una simple garantía de su equivalente económico –sin más-. Sin duda, no pocas razones para apartarse de esta concepción. La regulación constitucional del derecho de propiedad exige la adecuada articulación de su sistema y aporta las claves fundamentales para llevar a cabo este propósito. De lo contrario, como se aprecia en el caso colombiano, el intento por asegurar el derecho no supondrá más que una socavación de su verdadera tutela jurídica y un desconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución que llevan aparejadas infracciones notables al principio de igualdad.

1.3. El replanteamiento de la polémica sobre la diferenciación entre delimitación y expropiación y su incidencia sobre el carácter no compensable de las delimitaciones a la propiedad.

138. La perspectiva formal que del instituto expropiatorio defiende el Tribunal Constitucional Federal alemán en el referido fallo *Nassauskiesung* no sólo permite poner fin al debate sobre la distinción entre intervenciones delimitadoras y expropiatorias. Puesto que centra la discusión en cuáles son los presupuestos constitucionales de la expropiación y dónde se ubican los límites de la potestad de delimitación del contenido del derecho, y aísla y señala con rotundidad los efectos de su desconocimiento –la inconstitucionalidad de la medida infractora-, este criterio, al tiempo que hace posible la reconstrucción de su régimen jurídico, ofrece la oportunidad de revisar y replantear formulaciones tradicionales que se encontraban en la base del debate anterior. Es el caso del “dogma”¹⁶⁷⁵ de la no indemnizabilidad de las intervenciones delimitadoras del contenido del derecho en virtud de su función social¹⁶⁷⁶, según el cual en materia de propiedad constitucional *o bien se está ante una delimitación de su contenido no indemnizable, o bien ante una expropiación obligatoriamente indemnizable*¹⁶⁷⁷.

139. Tal como se ha podido observar en las líneas anteriores, tanto la apreciación común de que sólo las intervenciones expropiatorias son susceptibles de compensación, como la ausencia de criterios ciertos de diferenciación entre delimitaciones y expropiación, tercian en el debate de su distinción e impiden efectuar una aproximación límpida al sistema constitucional de la propiedad. En últimas, suponen condicionantes que terminan por incidir negativamente en la garantía patrimonial de los ciudadanos. Reducen la protección de la propiedad a la simple prohibición de la privación sin indemnización y desatan dinámicas tan complejas y cuestionables como la consabida ampliación de la noción de

¹⁶⁷⁵ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 186.

¹⁶⁷⁶ Así, p. ej., LEISNER, W. *Sozialbindung des... Loc. Cit.*, p. 43.

¹⁶⁷⁷ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 186.

expropiación. En Colombia ello se refleja en la coexistencia de dos regímenes expropiatorios paralelos: el que opera dentro de la Constitución, con arreglo a las exigencias formales del artículo 58 párr. 4 CC; y el que se da fuera de ella, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, en los casos de *ocupación permanente (material y jurídica)* de la propiedad. Se trata, como explica MIR PUIGPELAT, de un resultado en cierto modo comprensible: “si sólo la expropiación debe dar lugar a indemnización, y si los supuestos de daños irrogados a los particulares en aras del interés general que merecen algún tipo de compensación económica son –según el sentir actual– tantos y tan variados, la consecuencia dogmática inevitable es la ampliación del concepto expropiatorio”¹⁶⁷⁸. Ella emerge así como vía idónea para reparar perjuicios económicos que de otro modo quedarían insolutos. Sin embargo, impone una lógica binaria (delimitación sin compensación o expropiación de obligatoria indemnización) que puede resultar problemática. Se cuestiona, entonces, que solo la expropiación forzosa pueda dar lugar a indemnización.

140. Frente a la indeterminación del punto en la regulación constitucional de la función social del derecho –que no la contempla expresamente, pero tampoco la excluye–, nada obsta para que la delimitación de su contenido en ocasiones pueda venir acompañada de compensación. En aras de contener el ensanchamiento desmesurado del instituto expropiatorio que resulta de la aplicación rígida del “dogma” del carácter no compensable de las intervenciones delimitadoras, surge la pregunta sobre la conveniencia de reconocer excepciones a dicha regla para reconocer su procedencia eventual. Ello supone la ruptura del tradicional binomio delimitación no compensada/expropiación de indemnización obligatoria, para dar vida a un tercer *genus*: las *delimitaciones del contenido sujetas a compensación*. Es la posición asumida por el BVerfG a partir de la sentencia de 14 de julio de 1981, conocida como el fallo del “ejemplar obligatorio” (*Pflichtexemplarentscheidung*). Con esta decisión el Tribunal Constitucional federal sentó un presupuesto importante para asegurar la legitimidad y operatividad del esquema que deriva de su formulación de una concepción estricta del instituto expropiatorio (*Nassauskiesungsbeschluss*). Aunque con algunas críticas, como se verá enseguida, este planteamiento ha sido acogido por el Derecho alemán. La doctrina española se ha hecho eco de él, a diferencia de lo ocurrido en el entorno colombiano; en donde, sin embargo, es posible encontrar algunos ejemplos puntuales de esta figura a nivel de legislación.

2. El debate sobre el carácter compensable de algunas delimitaciones.

2.1. La discusión en el Derecho alemán.

141. Tradicionalmente se ha entendido que la función social de la propiedad brinda al legislador un espacio de configuración normativa en el que, esencialmente, no existe la obligación de compensación y que, por lo mismo, las

¹⁶⁷⁸ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Ob. Cit.*, p. 108.

limitaciones impuestas en su nombre, a diferencia de las expropiaciones, no debían ser obligatoriamente compensadas¹⁶⁷⁹. De acuerdo con este esquema, no toda intervención que reduzca la esfera de aprovechamiento del derecho origina el deber de compensación. Por el contrario, en teoría, desde un ángulo jurídico-constitucional, las delimitaciones deben moverse siempre en la esfera de lo no indemnizable y solo la abrogación o la restricción de un uso o aprovechamiento hasta el momento legalmente reconocido podría considerarse como un desbordamiento del marco de lo no indemnizable¹⁶⁸⁰. No obstante, las disfuncionalidades que se desprenden de la comprensión rígida de este planteamiento llevaron a que la jurisprudencia constitucional optara por su flexibilización. La puesta en cuestión (en sede de la jurisdicción constitucional) del carácter no compensable de las delimitaciones de la propiedad es relativamente reciente.

a) La doctrina de las delimitaciones sujetas a la obligación de compensar.

142. A finales de los años 70 el BVerfG comenzó a pronunciarse sobre las eventuales consecuencias indemnizatorias de delimitaciones demasiado incisivas¹⁶⁸¹. Los posibles efectos expropiatorios de normas objetivas que apuntaban a la mera regulación del derecho llevaron a que se hablara, entonces, de “delimitación del contenido con obligación de indemnizar”¹⁶⁸². No obstante, será en la sentencia del 14 de julio de 1981¹⁶⁸³, conocida como la decisión del “ejemplar obligatorio” (*Pflichtexemplarentscheidung*), que la categoría de las delimitaciones sujetas a compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*) cobre un verdadero realce¹⁶⁸⁴. De ahí que sea vista como el “acta de nacimiento”

¹⁶⁷⁹ Vid. en este sentido LEISNER, W. *Sozialbindung des... Loc. Cit.*, p. 43. También FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des... Op. Cit.*, p. 343.

¹⁶⁸⁰ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*”, p. 223.

¹⁶⁸¹ KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Passim*”, p. 159. ROLLER señala que aunque sin emplear expresamente el concepto, ni aplicarlo, éste se encontraba ya presente en fallos de la década anterior, como el *Feldmühle Entscheidung* (BVerfGE 14, p. 263). Cfr. ROLLER, G. “Enteignung... *Ob. Cit.*”, pp. 1005-1006.

¹⁶⁸² Así, BVerfGE 45, p. 332. También alude a los posibles efectos indemnizatorios de determinadas delimitaciones del contenido del derecho BVerfGE 52, p. 28.

¹⁶⁸³ BVerfGE 58, p. 137.

¹⁶⁸⁴ En esta ocasión el BVerfG halló contraria a la Constitución la obligación impuesta a todos los editores del Land de Hesse por la correspondiente ley de prensa de entregar de forma gratuita a la biblioteca pública que fuera indicada por las autoridades un ejemplar de cada edición producida. Ello, con el fin de recoger todas las nuevas publicaciones en colecciones públicas que estuvieran al alcance de todos los ciudadanos y que garantizaran su conservación. La imposición de esta obligación llevó a que un editor de libros de lujo y de escaso tiraje la impugnara argumentando que le ocasionaba un perjuicio especial, dadas las particulares condiciones en que desempeñaba su actividad. El Tribunal Administrativo que conocía del asunto planteó la cuestión de inconstitucionalidad al BVerfG, que afirmó que dicha medida constituía una delimitación de derechos y no una expropiación. Sin embargo, consideró que a pesar de ajustarse en términos generales a las exigencias de la GG, reñía con los principios de proporcionalidad y de igualdad al gravar por igual a todas las personas dedicadas al negocio editorial, sin reparar en la carga

de esta categoría¹⁶⁸⁵. De acuerdo con la caracterización que de ella ha efectuado el BVerfG, su aplicación procede en supuestos en los que se está en presencia de una regulación general de la propiedad que se ajusta a la Constitución, pero que en determinados casos produce *cargas especiales no justificables y no exigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad e igualdad*. Por tratarse, en todo caso, de afectaciones susceptibles de ser remediadas mediante la previsión de fórmulas de compensación, éstas deberán ser contempladas so pena de la inconstitucionalidad de la respectiva ley¹⁶⁸⁶.

143. De lo que se trata, pues, es de singularizar el régimen de las intervenciones delimitadoras. Se busca poner de manifiesto que la validez de una delimitación legal de la propiedad no se limita al simple respeto de las fronteras trazadas por el artículo 14 GG -señaladamente, abstenerse de efectuar una expropiación por vías indebidas-; sino que exige, además, el acatamiento de los principios de interdicción del exceso y de igualdad¹⁶⁸⁷. A pesar de tratarse de límites a la competencia del legislador, su infracción podría ser corregida -y enervado así el efecto anulatorio propio de este tipo de faltas- mediante la adopción de cautelas que remedien el desequilibrio generado por la decisión adoptada mediante el reconocimiento del derecho a una compensación (*Ausgleichsansprüchen*) u otro tipo de medidas compensatorias¹⁶⁸⁸. Éstas no tienen que ser necesariamente en dinero; pueden consistir también en un régimen de transición, reglas de excepción, beneficios fiscales¹⁶⁸⁹ u otras medidas técnicas o administrativas que mitiguen los rigores de la delimitación efectuada. Más que indemnizar, buscan compensar; esto es, atenuar los posibles efectos nugatorios del derecho que un determinado acto pueda llegar a comportar respecto de algunos de sus destinatarios en concreto.

desproporcionada y discriminatoria que imponía a quienes, como el impugnante, se dedicaban a las ediciones de lujo y de poca tirada. Por esta causa, razonó, al no prever una compensación adecuada que brindara cobertura a estos casos excepcionales, la norma debía ser declarada inconstitucional. A pesar de encerrar una delimitación del contenido de la propiedad perfectamente ajustada a la Constitución en su forma general y abstracta, su aplicación concreta resultaba problemática desde el prisma de los referidos principios de proporcionalidad e igualdad. El legislador no previó una regulación diferenciada, que anticipara hipótesis como la del afectado, cuyo elevado costo de producción de cada edición y reducido número de volúmenes fabricados le imponía una carga tal, que hacía de esta contribución obligatoria una delimitación desproporcionada.

¹⁶⁸⁵ KIMMINICH, O. "La propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 159.

¹⁶⁸⁶ Sobre el concepto de la delimitación sujeta a compensación, véase OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Op. Cit.*, pp. 181-182. También ROLLER, G. "Enteignung... *Loc. Cit.*, p. 1005.

¹⁶⁸⁷ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 187.

¹⁶⁸⁸ *Idem*.

¹⁶⁸⁹ OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Ob. Cit.*, p. 182. También DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Loc. Cit.*, p. 117.

b) La armonización de la doctrina de las delimitaciones con obligación de compensar y la garantía del derecho de propiedad.

144. Ahora bien, que apunten a remediar eventuales desequilibrios producidos por las decisiones adoptadas no excluye el carácter excepcional de las medidas de compensación en el marco del ejercicio de la potestad de delimitación del contenido del derecho de propiedad, ni excusa al legislador de ajustarse a las exigencias materiales de la garantía constitucional del derecho. Tal como lo estableció el BVerfG en su decisión de 2 de marzo de 1999 (Fallo *Denkmalschutz*)¹⁶⁹⁰, al declarar la insuficiencia del mero reconocimiento del derecho a indemnización establecido por el legislador en la ley de protección del patrimonio histórico de Rheinland-Pfalz, a efectos de asegurar la observancia del principio de proporcionalidad no basta con la sola la consagración del derecho a indemnización en cabeza de los afectados. La garantía de existencia del contenido adquirido (*Bestandsgarantie*) del artículo 14 GG fija unos requerimientos más elevados. *Impone, así, adoptar medidas que eviten realmente la imposición de cargas desproporcionadas y que, además, persigan conservar un aprovechamiento de la propiedad lo más amplio posible.* De ahí que una delimitación cuya consecuencia práctica sea el vaciamiento material de las facultades dominicales y la exclusión de cualquier posibilidad de aprovechamiento personal resultaría inconstitucional.

145. La previsión de normas de transición, de excepciones al régimen general o de otras medidas técnicas o administrativas que hagan llevadera la incursión en el derecho puede contribuir a asegurar la legitimidad de la medida. Sólo cuando en casos particulares (*Einzelfall*) dicho equilibrio no resulta viable *por otro medio distinto al pago de una indemnización*, su otorgamiento resulta procedente. No puede entonces erigirse en regla general. E incluso en estos casos, la previsión del derecho a indemnización en cabeza de los afectados deberá complementarse con normas procedimentales que aseguren que la decisión sobre el pago será efectivamente adoptada¹⁶⁹¹. Con todo, como ha sido destacado por ROLLER, la pretendida prevalencia de otros medios de compensación distintos a la financiera debe ser vista en el marco de los fines concretos que persigue el legislador. Esto, por cuanto, eventualmente, en sectores como el medio ambiente o la protección del patrimonio histórico-cultural, la previsión de excepciones o de regímenes especiales puede suponer una renuncia o una barrera a la efectiva cristalización de la finalidad proyectada¹⁶⁹². Más que por sujeción a una regla de precedencia absoluta de los otros medios sobre la compensación económica, la decisión de qué tipo de medida compensatoria emplear debe ser adoptada, entonces, mediante una ponderación que tome en cuenta los fines concretos que persigue el legislador y su compatibilidad real con esas otras formas de compensación.

¹⁶⁹⁰ BVerfGE 100, p. 226.

¹⁶⁹¹ Al respecto, véase PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Passim*, pp. 190-191.

¹⁶⁹² ROLLER, G. "Enteignung... *Ob. Cit.*, p. 1008.

c) Críticas a la doctrina de las delimitaciones sujetas a compensación.

146. De cualquier modo, que por medio de la figura de las delimitaciones sujetas a compensación le sea concedido al legislador adoptar medidas restrictivas de la propiedad que aunque necesarias, en principio podrían resultar desproporcionadas o contrarias a la igualdad, ha sido objeto de cuestionamiento por la literatura especializada. Como es observado por PAPIER, esta doctrina puede conducir a una situación de compensación obligatoria generalizada para las delimitaciones¹⁶⁹³. Ello no sólo supone una interpretación que descuida las diferencias formales existentes entre el párr. 1 del artículo 14 GG (que a la vez que garantiza el derecho, habilita al legislador para su delimitación *sin que enuncie un deber expreso de compensación*) con el párr. 3 *idem* (que contiene la *explícita obligación* de la indemnización expropiatoria). Conlleva, además, el riesgo que una función social permanentemente ligada al deber de compensación disuada al legislador de intervenir activa e intensivamente en la esfera de la propiedad¹⁶⁹⁴; circunstancia que puede traducirse en intervenciones más suaves de la ley en este ámbito y una consecuente reducción de la protección de bienes e intereses colectivos. Podría suponer, finalmente, también desde esta perspectiva, una menor protección de la propiedad privada. Esto, fruto del mayor margen de apreciación que se atribuye al legislador como resultado de entender que en los casos donde se raya el umbral de la expropiación la obligación de compensación acabe convertida en una exigencia general del principio de interdicción del exceso y del principio de necesidad¹⁶⁹⁵. Al entenderse que la infracción de estos límites puede ser siempre remediada mediante su compensación, las restricciones fijadas a la potestad de delimitación comienzan a perder parte de su consistencia. Lo anterior, sin contar con que contrarrestar este efecto supone enfrascarse en un debate tan álgido como el que se pretende superar: implica, en últimas, responder dónde se ubican los límites de la compensabilidad de las delimitaciones.

147. Estas razones señalan la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de esta figura. *Las delimitaciones sujetas a compensación no pueden ser la regla en materia de las regulaciones generales que conforman el régimen de la propiedad.* Como es indicado por el BVerfG en su decisión de 2 de marzo de 1999 (*Denkmalschutz Entscheidung*), deben ser vistas como la excepción. Por principio, entonces, la delimitación del contenido del derecho debe ser afrontada mediante disposiciones cuya defensa y desarrollo de la sustancia del derecho que ampara la Constitución no dependa de compensación alguna. Sólo allí donde excepcionalmente una determinación legal pueda suponer el riesgo de afectar desproporcionadamente a los propietarios la previsión de medidas

¹⁶⁹³ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 188.

¹⁶⁹⁴ *Idem.*

¹⁶⁹⁵ *Ibidem.*

compensatorias puede contribuir a evitar que dicha afectación tenga lugar¹⁶⁹⁶. De este modo, al tiempo que se salva la constitucionalidad de la norma, se fijan los contornos de la potestad de delimitación y se impide que la garantía de existencia del contenido adquirido (*Bestandschutzgarantie*) se pierda frente a la garantía de valor del derecho (*Eigentumswertgarantie*). Esto último supone además, desde luego, entender que *no toda intervención delimitadora del derecho puede ser guarecida por la previsión de medidas compensatorias*. La ley debe siempre tener en cuenta los intereses personales del propietario y considerar que a mayor grado de penetración en la garantía de existencia del contenido adquirido y de reducción de las posibilidades de aprovechamiento subjetivo del derecho, mayor ha de ser la necesidad de interés general que justifique la intervención¹⁶⁹⁷. Con todo, surge la pregunta sobre el grado de equilibrio entre los intereses patrimoniales del propietario y los intereses generales de la comunidad que la Constitución exige al legislador.

148. Por esto, quizás resulta conveniente matizar el impacto de la figura de las delimitaciones del contenido del derecho sujetas a compensación sobre el régimen general de la propiedad constitucional. Si bien supone reconocer la compatibilidad de la regulación general del derecho con el eventual deber de compensar a los afectados, las premisas fundamentales de esta materia siguen siendo las mismas. Como explica OSSENBÜHL, la delimitación del contenido del derecho se concreta en reglas generales que sientan el régimen de la propiedad. Por esta razón, en principio, no constituyen formas idóneas de afectación del derecho. En tanto que disposiciones que constituyen el orden concreto de la propiedad, no representan un atentado contra su esfera protegida. De aquí que, como apunta este autor, el derecho a compensación sólo pueda surgir en aquellos casos en los cuales una carga o uno de los deberes impuestos afecte con especial gravedad e intensidad a un particular específico, al punto de situarlo en una *situación atípica*¹⁶⁹⁸.

En estos supuestos, de ser previsible la situación especial generada, el legislador deberá prever las diferenciaciones y los mecanismos de compensación que resulten necesarios para guardar la legitimidad de la delimitación realizada. De ser imprevisible, más que frente a una delimitación sujeta a compensación, se estará frente a un acto ordinario de conformación del contenido del derecho; por ende, no sometido a compensación¹⁶⁹⁹. La previsibilidad de la situación atípica se convierte así en un dato determinante del régimen aplicable a una concreta intervención en la propiedad. En su parecer, los casos en los cuales aquella no es

¹⁶⁹⁶ ROLLER, G. "Enteignung... *Loc. Cit.*, p. 1008. El caso del editor de Hesse ofrece una representación gráfica de esta situación: de haber previsto el legislador una medida que contrarrestara el perjuicio que suponía para él el cumplimiento de la obligación legalmente impuesta (*v. gr.* una regla de excepción respecto de dicha obligación general, la posibilidad de entregar una copia a color de la obra o algún tipo de contraprestación económica) la desproporción acusada no se habría producido.

¹⁶⁹⁷ *Idem.*

¹⁶⁹⁸ OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Op. Cit.*, p. 187.

¹⁶⁹⁹ *Idem.*

previsible, la constitucionalidad de la delimitación del contenido no debe verse comprometida por la ausencia de medidas compensatorias –mal se podría reprochar al legislador no prever lo imprevisible-. La improcedencia del mecanismo de cobertura primaria haría que la reparación de los perjuicios ocasionados caiga bajo la cobertura temática general del sacrificio especial (*Aufopferungsanspruch*) y deba ser abordada bajo el instituto de la intervención expropiatoria (*enteignende Eingriff*) articulada por el BGH¹⁷⁰⁰.

149. En consecuencia, resulta plausible entender que más que producto de una alteración radical del régimen aplicable a la función social de la propiedad, la obligación de compensar predicable en algunos supuestos de delimitación es una implicación de la eventual configuración de la *situación atípica* antes referida¹⁷⁰¹. En tanto que regulación general de la propiedad, la delimitación estará llamada, por regla, a estar exenta de compensación¹⁷⁰². Más que cobijar una intervención amparada en la función social, la obligación de compensar en estos casos estará dirigida a resarcir una afectación al principio de igualdad legítimamente producida. Aunque esta aproximación no despeja todas las incógnitas que suscita esta materia –en este caso emerge la pregunta de qué es lo previsible-, encuentro que resulta pertinente, por plantear una articulación adecuada de los diferentes medios de cobertura patrimonial previstos por la Constitución –garantía del derecho, delimitación de su contenido, expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado-. Esboza, pues, una perspectiva que resulta esclarecedora

¹⁷⁰⁰ Las marcadas limitaciones de cobertura patrimonial que ofrece el esquema de responsabilidad administrativa imperante en el Derecho alemán –fundado en el ejercicio del cargo (*Amtshaftung*) y las ideas de culpa e ilegitimidad de la actuación administrativa- y la restricción al ámbito de los bienes *no patrimoniales* a que ha sido sujeta la acción por sacrificio especial (*Aufopferungsanspruch*) (vid. OSSENBUHL, F. “La responsabilidad patrimonial de los... *Loc. Cit.*, pp. 935 y ss.; también MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, pp. 73 y ss.) han llevado a que el BGH procure remediar este déficit mediante la construcción, a partir del instituto expropiatorio, de las figuras de la intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*) y de la intervención equivalente a la expropiación (*enteignungsgleicher Eingriff*). La primera cubre los supuestos en que la afectación patrimonial se desprende de una actuación legítima de los poderes públicos, mientras que la segunda lo hace respecto de las acciones ilegítimas por parte del Estado en las que no concurre culpa. Vid. OSSENBUHL, F. “La responsabilidad patrimonial de los... *Loc. Cit.*, pp. 942 y ss.; MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Ob. Cit.*, pp. 77 y ss. También MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, pp. 699 y ss. Como apunta OSSENBUHL con acierto, la razón de ser de todos estos esfuerzos dogmáticos de reconstrucción no es otra que “cubrir el flanco indemnizatorio que dejaba la institución de la responsabilidad administrativa” (cfr. *Idem*, p. 943). Las limitaciones de su cobertura han llevado a que se desarrollen estas fórmulas de “responsabilidad estatal encubierta”, innecesarias en otros sistemas en los que el instituto de responsabilidad opere dentro de un marco más holgado. También destaca la utilidad de estas fórmulas jurisprudenciales como complemento de un insuficiente sistema de responsabilidad PAPIER, Hans-Jürgen. “Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG”, en *DVBl*, 2000, pp. 1400-1401.

¹⁷⁰¹ Que la referida situación atípica sea compensada de manera distinta en los supuestos en que es previsible (directamente por el legislador, so pena de activar la cobertura primaria del derecho y comprometer la constitucionalidad de la ley) o no (en sede judicial, mediante la activación de la cobertura secundaria vía reparación de la intervención expropiatoria efectuada) en nada altera esta realidad.

¹⁷⁰² OSSENBUHL, F. *Staatshaftungsrecht... Op. Cit.*, p. 187.

para los sistemas en los cuales el instituto de la responsabilidad patrimonial representa un recurso habitual por gozar de un ámbito de aplicación amplio.

2.2. La discusión en el Derecho español.

a) El carácter no compensable de las delimitaciones.

150. Para el Tribunal Constitucional español “[l]a función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado”¹⁷⁰³. Toda vez que el artículo 33.2 CE encomienda al legislador delimitar el contenido de este derecho en atención a su función social, la determinación de estos fines ha sido insertada dentro del proceso de *regulación general o conformación del contenido normal* del derecho de propiedad. En consecuencia, se ha entendido que las medidas legales así adoptadas, “aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria”¹⁷⁰⁴. Con independencia de sus posibles efectos restrictivos sobre el patrimonio de los individuos, las delimitaciones deberán moverse entonces, en principio, en la esfera de lo no indemnizable. En últimas, como afirma BARNÉS VÁZQUEZ, la función social opera como “una suerte de síntesis de todos los deberes que ha de soportar, sin indemnización o compensación económica de ningún género, el propietario”¹⁷⁰⁵. No toda intervención estatal que reduzca la esfera de aprovechamiento del derecho origina el deber de compensación. Como explica DE MARCOS FERNÁNDEZ, ello depende, fundamentalmente, del régimen jurídico aplicable en relación con el tipo de intervención de que se trate¹⁷⁰⁶. Así, mientras que la delimitación conlleva la definición de las facultades y deberes que integran el contenido normal del derecho de propiedad no sujeta a compensación (artículo 33.2 CE), la expropiación representa una privación del derecho por razones de interés general cuya indemnización resulta obligada (artículo 33.3 CE).

151. No obstante, la ausencia de criterios ciertos de diferenciación entre actuaciones delimitadoras y expropiatorias dificulta, en la práctica, la aplicación de este esquema. A las pocas certezas que brinda el criterio del contenido esencial como factor diferenciador de unas y otras se suman las implicaciones del entrelazamiento que se produce entre ellas como consecuencia de la ampliación desmedida de la idea de expropiación (*teoría de la mutación* del Derecho alemán). Como se ha comentado ya, en ocasiones la determinación del contenido del derecho puede suponer la imposición de deberes o límites tan severos para el

¹⁷⁰³ STC 37/1987, FJ 9.

¹⁷⁰⁴ STC 227/1988, FJ 11. En sentido análogo, STC-149/1991, FJ 8.

¹⁷⁰⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 42.

¹⁷⁰⁶ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Tomo III, Op. Cit.*, pp. 6 y ss.

propietario que rayan o traspasan el umbral de lo expropiatorio. Para la posición mayoritaria, el desbordamiento de la frontera de la función social significa introducirse en el campo de la expropiación y, por ende, de las intervenciones sujetas a indemnización¹⁷⁰⁷. El contrapeso a esta postura proviene de quienes con absoluta razón se apartan del desarrollo expansivo del instituto expropiatorio y de la idea general de la pretendida singularidad del contenido esencial del derecho de propiedad¹⁷⁰⁸, y en su lugar defienden su efecto vinculante y de límite negativo, de conformidad con el papel que le corresponde cumplir a esta figura a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales¹⁷⁰⁹. De acuerdo con esta última posición, antes que el derecho a una indemnización, la infracción del contenido esencial debe dar lugar a la inconstitucionalidad de la inmisión realizada¹⁷¹⁰.

b) El paulatino apartamiento de la doctrina de la no compensabilidad de las delimitaciones.

152. A pesar de la conformidad general que despierta el esquema binario delimitación no compensada/expropiación obligatoriamente indemnizable, la importancia que en el ordenamiento español se ha reconocido al principio de responsabilidad patrimonial del Estado ha permitido matizar los efectos de este planteamiento. Así, a pesar del debate doctrinal sobre la procedencia o no de admitir la responsabilidad patrimonial del legislador¹⁷¹¹ o, en general, del Estado por actos normativos¹⁷¹², en algunas de sus sentencias el TC abrió la puerta al posible reconocimiento de compensaciones como consecuencia de decisiones legítimamente adoptadas por leyes delimitadoras de la propiedad. Ello, no obstante, y a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho alemán, sin supeditar la validez de las intervenciones efectuadas a la expresa previsión legal de dichas compensaciones.

¹⁷⁰⁷ Así, por ejemplo, véase la STC 227/1988, FJ 11. También BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 43 y ss.; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, p. 140 o MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Loc. Cit.*, pp. 240 y ss.

¹⁷⁰⁸ *Vid.* las consideraciones efectuadas *supra* al respecto, en el apartado C-2.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁷⁰⁹ Así, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, pp. 109 y ss. Para este autor, la trasgresión o inobservancia por parte del legislador de los límites a la potestad de delimitación -entre ellos, desde luego, el contenido esencial del derecho- no desvirtúa la naturaleza de la medida limitadora. En tal caso, dice, ésta no muta en expropiación para someterse a su régimen; simplemente será inconstitucional. *Cfr. Idem*, p. 113. Aunque menos explícito, aboga por separar la garantía del contenido esencial de la garantía indemnizatoria BAÑO LEÓN, J. M. "El contenido esencial de la... *Passim*, p. 1785.

¹⁷¹⁰ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Ob. Cit.*, pp. 111 y ss. AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Loc. Cit.*, pp. 945 y 951.

¹⁷¹¹ Sobre este debate, véase GALLEGO ANABITARTE, A. *Derecho general de... Op. Cit.*, pp. 276 y ss. También SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. "La teoría de la responsabilidad del legislador", en *RAP*, No. 68, 1972, pp. 57 y ss.

¹⁷¹² *Vid.* ALONSO GARCIA, M. C. *La responsabilidad patrimonial del... Passim*, pp. 16 y ss.

Así, por ejemplo, primero, en decisiones relacionadas con el anticipo de la edad de jubilación de funcionarios, aun cuando negó la configuración de un supuesto expropiatorio, “tímidamente”¹⁷¹³ insinuó la posibilidad de obtener “algún género de compensación” como forma de “paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos perjuicios económicos” que no sean corregidos de otro modo¹⁷¹⁴.

Esta posibilidad se haría más explícita años después, en las sentencias 28/1997 (FJ 7) y 248/2000 (FJ 4), sobre la legislación balear de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial. De acuerdo con lo expresado por la STC 28/1997, FJ 7 - posteriormente reiterado en la STC 248/2000, FJ 4-, el silencio guardado por el legislador en punto a la indemnización de eventuales afectaciones patrimoniales producidas por las limitaciones y prohibiciones fijadas por razones ambientales en las normas cuya constitucionalidad se cuestiona “no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto por el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”. Como ha sido señalado por la doctrina, de este planteamiento se deriva tanto que el TC entiende que en este caso se está frente a un supuesto de responsabilidad del legislador, no de expropiación legislativa; como que, por esta causa, la ausencia de una cláusula indemnizatoria a favor de los afectados por una ley no expropiatoria no comporta su inconstitucionalidad¹⁷¹⁵. Los eventuales daños que puedan surgir de esta clase de intervenciones habrán de someterse, entonces, a los principios generales de la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁷¹⁶.

¹⁷¹³ GARRIDO FALLA, Fernando. “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, No. 118, 1989, p. 38.

¹⁷¹⁴ Sentencia 108/1986, FJ 22, y posteriormente -y ahora en relación con los funcionarios públicos y maestros- en sus sentencias 99/1987, FJ 6 a), de 11 de junio, y 70/1988, FJ 3, de 19 de abril.

¹⁷¹⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “Responsabilidad del Estado legislador... *Loc. Cit.*, pp. 636-637.

¹⁷¹⁶ *Idem*. Para GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ el tratamiento dado a este caso por el Tribunal Constitucional permite deducir que en materia de responsabilidad del Estado legislador, éste ha articulado una doctrina constitucional propia fundamentada en el artículo 33.2 CE, que no puede estar en modo alguno mediatizada por el criterio restrictivo presente en el artículo 139.3 LRJPAC. En su concepto, a pesar de que lo dispuesto por este precepto podría sugerir que no hay lugar a declarar la responsabilidad del legislador sin previsión legal que expresamente contemple la indemnización de los perjuicios que se puedan ocasionar -lo cual dejaría como objeto del debate de constitucionalidad de la respectiva ley la ausencia de previsión en este sentido (esto es, el vacío legal) por presunta infracción de lo dispuesto por el artículo 33 CE-, otra es la situación imperante. Tanto de la jurisprudencia del TC como del TS se desprende, dice, que otro es el esquema aplicado en la práctica jurídica: la omisión de la cláusula indemnizatoria no compromete la constitucionalidad de la ley no expropiatoria ni excluye la posibilidad de que los afectados reclamen ante los Tribunales la reparación de los perjuicios padecidos y éstos condenen al pago de las indemnizaciones correspondientes. *Cfr. Idem*, p. 640. Como observa MARTÍN REBOLLO en su comentario al artículo 139.3 LRJPAC, las sentencias del TC (STC 28/1997) y TS (de 17 de febrero de 1998) han abierto un panorama distinto al que pretendió establecer el legislador con

153. El nexo (ocasional) entre delimitación e indemnización que el juez constitucional español reconoce no opera, así, en el plano de la validez de la medida adoptada; sino en el de la vinculación patrimonial de los poderes públicos, acotado por el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. Por ende, la compensación de las eventuales secuelas de una intervención delimitadora dependerá de su encaje dentro del sistema general de responsabilidad pública¹⁷¹⁷. De este modo, si bien jurídico-constitucional y jurisprudencialmente se admite la procedencia de compensaciones fincadas en

dicha disposición. Ello, como resultado de haber erigido a la violación de la confianza legítima y a la privación de derechos consolidados como causas generadoras de la responsabilidad del legislador. Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis. "Comentario al artículo 139.3 a la ley 30 de 1992, de 26 de noviembre", en *Leyes Administrativas*, 13 Edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 510. En estricto sentido, más que a una indemnización concedida bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado, la privación de derechos adquiridos debería sujetarse a las reglas del instituto expropiatorio. En este sentido, como apunta DE MARCOS FERNANDEZ, por desconocer que cada una de estas garantías posee su propio ámbito de aplicación, esta práctica jurisprudencial evidencia la inadecuada lectura y aplicación que de ellas se ha venido haciendo en el sistema español (*vid.* DE MARCOS FERNANDEZ, A. *El sistema de garantías... Ob. Cit.*, pp. 27 y ss.). La cuestionable regulación que de la responsabilidad del legislador por actos legislativos no expropiatorios contiene el artículo 139.3 LRJPAC se encuentra, a mi juicio, en la base de esta situación. Ignora, como se ha puesto en evidencia recientemente en el Derecho Europeo, que los poderes públicos puede ver comprometida su responsabilidad por actos normativos legítimos si éstos originan perjuicios de carácter anormal y especial. Al respecto, véase UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. "La garantía patrimonial ante actos normativos lícitos en el Derecho comunitario: entre la responsabilidad patrimonial objetiva y el derecho de propiedad", en *RAP*, No. 181, 2010, pp. 219 y ss. De este modo, al tiempo que se complementa la garantía patrimonial de los ciudadanos se establece una forma ordenada de coordinación entre los distintos elementos que la componen (*i. e.* garantía del derecho, potestad de delimitación del contenido del derecho no sujeta a compensación, expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado). El artículo 139.9 LRJPAC y su regulación restrictiva de la indemnización por actos legales no expropiatorios impide, no obstante, esta interrelación al interior del ordenamiento español. El sector doctrinal crítico e inconforme con esta disposición es numeroso. Lo integran, entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando. "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992", en *REDA*, 1993, pp. 127 y ss.; BLASCO ESTEVE, Avelino. "La responsabilidad de la Administración", en *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Libros Jurídicos Carperi, 1993, p. 422; QUINTANA LÓPEZ, Tomás. "La responsabilidad del Estado Legislador", en *RAP*, No. 135, 1994, pp. 132-133; ALONSO GARCÍA, Ma. C. *La responsabilidad del... Loc. Cit.*, p. 125; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 85 y ss. Se muestra conforme con el sentido dado por esta disposición a la responsabilidad del legislador BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. "Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado", en *Documentación Administrativa*, No. 263-264, 2002, pp. 133 y ss. Aunque con un enfoque enteramente desligado de su relación con la garantía de la propiedad privada, un completo recuento de las principales posturas registradas por la jurisprudencia y la doctrina española en punto a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes constitucionales puede verse en FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, Juan Carlos. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la jurisprudencia y legislación española (Del siglo XIX a la ley 30/1992)*, Madrid, Universidad Europea de Madrid, 2006, pp. 251 y ss.

¹⁷¹⁷ Al respecto, puede consultarse GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las... Op. Cit.*, pp. 90 y ss.

leyes no expropiatorias (*ergo* delimitadoras) ajustadas a la Constitución, ello no ha supuesto una aproximación a la doctrina de las delimitaciones sujetas a compensación del Derecho alemán. La declaración de constitucionalidad de la ley que a pesar de establecer limitaciones severas a la propiedad privada no contenía ninguna previsión indemnizatoria y su remisión al sistema general de responsabilidad patrimonial del Estado a efectos de reparar los eventuales perjuicios ocasionados por el legislador permiten afirmar lo anterior (SSTC 28/1997, FJ 7 y 248/2000, FJ 4).

154. Se trata de una postura que ha dado lugar a distintas interpretaciones por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, para GARRIDO FALLA, admitir la indemnización de daños emanados de leyes conformes a la Constitución ratifica que “[e]l concepto de expropiación forzosa se convierte (...) en el concepto clave para establecer cuándo debe indemnizar el Estado en ejercicio de su potestad legislativa”¹⁷¹⁸. Esto, bajo el entendido que la indemnización expropiatoria es la consecuencia de una *actividad lícita* de la Administración ocasionada por razones de interés general¹⁷¹⁹. Otros, como MIR PUIGPELAT, encuentran cuestionable que pueda nacer la responsabilidad del legislador por normas delimitadoras de derechos que se ajustan a la Constitución¹⁷²⁰. Ello, por entender que jurídico-constitucionalmente la responsabilidad extracontractual ha sido configurada como una institución de garantía de carácter residual frente a los daños que puedan padecer los individuos, cuya intervención se halla supeditada a la falta de operatividad de los dos mecanismos adicionales –expropiación y delimitación–, bien porque no entran en juego, bien porque su ejercicio no se ajusta al ordenamiento en un caso determinado¹⁷²¹. En contraste, para quien, como GALÁN VIOQUÉ, la responsabilidad constituye una garantía patrimonial más, que opera de manera independiente respecto de las restantes, los efectos indemnizatorios de las intervenciones legales no expropiatorias (encausados bajo el instituto de la responsabilidad del legislador) dependerán “de los perjuicios efectivos que cause a los destinatarios sin perjuicio del alcance general que tienen”¹⁷²². En esta misma dirección, y a partir de la distinción fundamental entre

¹⁷¹⁸ GARRIDO FALLA, F. “Sobre la responsabilidad del... *Ob. Cit.*, p. 53.

¹⁷¹⁹ *Idem*, pp. 52-53. Para este autor, a la luz de su distinción entre la teoría de la indemnización y la teoría de la responsabilidad, “[l]os *supuestos de indemnización* incluyen toda suerte de expropiación (en el amplio sentido que reconoce el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954) y transferencias coactivas de derechos e intereses de los particulares, *así como los daños causados en interés público en tales bienes, derechos e intereses*, como consecuencia del ejercicio de una *actividad lícita* de la Administración. Es decir, en estos casos la Administración actúa en ejercicio de unas potestades administrativas, cuyo objeto es cabalmente realizar el sacrificio en cuestión (...) la *causa jurídica* de la indemnización se encuentra en el beneficio que para el interés público se deriva de la acción causante del daño” (cursivas fuera de texto). *Vid.* GARRIDO FALLA, F. “El derecho a indemnización por... *Op. Cit.*, p. 17. Crítico con esta postura MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Ob. Cit.*, p. 123.

¹⁷²⁰ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Loc. Cit.*, p. 127.

¹⁷²¹ *Idem*, p. 126. Con una postura similar, que parte del supuesto que la función social de la propiedad permite imponer limitaciones no indemnizables DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Loc. Cit.*, pp. 13 y ss.

¹⁷²² GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Loc. Cit.*, p. 182.

expropiación y responsabilidad, QUINTANA LÓPEZ apunta que “la vocación expropiatoria que puedan tener las disposiciones con rango de Ley exige el respeto de las garantías básicas del derecho de propiedad, y su exclusión determina la inconstitucionalidad; consecuentemente también con ese planteamiento, toda lesión patrimonial derivada de la aplicación de una Ley de naturaleza no expropiatoria es el campo de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado legislador”¹⁷²³.

c) La previsión legal de fórmulas compensatorias por intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad.

155. Aunque se trata de una cuestión que no ha sido explícitamente abordada por la jurisprudencia constitucional, la doctrina también ha señalado el empleo por el legislador de fórmulas compensatorias o incluso, de manera excepcional, el reconocimiento legal del derecho a compensación económica por intervenciones delimitadoras¹⁷²⁴. Esto, como ha sido destacado en el entorno alemán, con el fin de impedir que se produzcan efectos especialmente gravosos en relación con determinados sujetos destinatarios de la delimitación efectuada¹⁷²⁵.

La legislación sectorial ofrece numerosos ejemplos de previsión legal de medidas compensatorias de diferente índole. Pueden encontrarse así exenciones y beneficios fiscales (artículos 69-73 LPHE), regulaciones de carácter transitorio (disposición transitoria 4 LC y las disposiciones transitorias 1, 2 y 3 LAg), prohibiciones con reserva de autorización (artículos 54.2 y 100.1 LAg, y 14.2 y 28.2 LCEN), reconocimiento de preferencia para el otorgamiento de créditos de fomento (art. 67 LPHE), subvenciones y ayudas económicas (artículos 65.4 y 110 LAg, 36.3 LPHE, 24 *quárter* LM y la disposición adicional 6.2 LCEN), prórrogas de la duración de los derechos sometidos a plazo con el fin de amortizar el valor de las obras realizadas (artículo 59.6 LAg). Igualmente pueden identificarse supuestos en los cuales el legislador, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 139.3 LRJPAC y con la finalidad de evitar la configuración de supuestos de vinculación singular y de excluir una eventual inconstitucionalidad por desproporción o afectación al principio de igualdad, ha conferido expresamente derecho a indemnización¹⁷²⁶. Los artículos 25, 26 y 35 LS nos muestra un ejemplo de ello, al igual que los artículos 59.3 y 65.3 LAg y el 77 de la LC.

¹⁷²³ QUINTANA LÓPEZ, T. “La responsabilidad del... *Ob. Cit.*, p. 125.

¹⁷²⁴ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* *Op. Cit.*, pp. 38-39. También PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las...* *Loc. Cit.*, pp. 91-92 y MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Ob. Cit.*, p. 127.

¹⁷²⁵ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* *Passim*, pp. 38-39.

¹⁷²⁶ *Idem*, pp. 44-45. En este mismo sentido, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Ob. Cit.*, pp. 128-129, nota a pie de página No. 214. También BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, pp. 29-30.

d) La crítica a la generalización de la compensación de las intervenciones que delimitan el contenido del derecho.

156. Con todo, a pesar de reconocer la legitimidad de la previsión legal de fórmulas compensatorias enderezadas a mitigar el efecto restrictivo del derecho derivado de las cargas impuestas por virtud de la función social, la literatura especializada ha puesto de relieve la *incompatibilidad de base* que subyace entre la definición legal de un derecho *general* a indemnización como forma de garantizar el principio de proporcionalidad y el instituto de la delimitación de la propiedad. De ser tal el caso, esto es, de ser precisa con carácter general una previsión indemnizatoria para mantener el equilibrio entre el interés general y la utilidad privada de los propietarios afectados por la medida, se ha dicho, lo procedente sería el recurso a la figura de la expropiación¹⁷²⁷. Con ello, además del pago de la indemnización, se aseguraría el acatamiento de las demás garantías previstas por el art. 33.3 CE¹⁷²⁸.

157. Si bien esta crítica resulta fundada en el sentido de no poder considerar a la generalización del reconocimiento de indemnizaciones en supuestos de inmersiones fuertes en la propiedad privada como un sucedáneo constitucionalmente admisible de las exigencias de la garantía expropiatoria, ni es éste el único motivo que obliga a apartarse de esta posición, ni puede conducir al desconocimiento de la ocasional legitimidad (e incluso necesidad y conveniencia) de tales compensaciones. En cuanto a lo primero, es claro que además de no reducir la garantía expropiatoria su contenido al mero pago de una indemnización, otras razones como el carácter de límite a la ley que incumbe tanto al contenido esencial como al principio de proporcionalidad conducen a entender que su infracción no puede ser subsanada con el pago de una compensación económica. En cuanto a los factores que delimitan negativamente la competencia del legislador, antes que en el derecho a una indemnización, su vulneración no puede traducirse más que en la inconstitucionalidad de la correspondiente medida. Lógicamente, esto no significa que en supuestos en los cuales se esté frente a delimitaciones intensas pero ajustadas a la Constitución no resulte legítimo que el legislador o en su defecto los jueces puedan valorar sus efectos perjudiciales particulares y prever o adoptar las medidas indemnizatorias que estimen apropiadas para paliar las eventuales lesiones anormales y especiales que en concreto pueda originar su aplicación. La cobertura que en estos eventos ofrece el instituto de la responsabilidad permite amparar lícitamente supuestos que no envuelven delimitaciones inconstitucionales ni expropiaciones, pero que representan inmersiones considerables en la esfera patrimonial de los individuos que pueden quebrantar la igualdad. Visto desde esta perspectiva, su definición legal no puede más que constituir un reconocimiento anticipado de las singulares implicaciones económicas negativas de una determinada medida y, por lo mismo, una forma de amparo de la propiedad constitucional y de precaver futuros litigios.

¹⁷²⁷ DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* Loc. Cit., pp. 179-180.

¹⁷²⁸ *Idem*.

2.3. La discusión en el Derecho colombiano.

a) Planteamiento general.

158. Aunque en un tono más bajo y de forma un tanto más difusa, en términos generales en Colombia el debate sobre el carácter compensable de las intervenciones delimitadoras del derecho ha seguido un camino semejante al que se ha recorrido en el ordenamiento español. Así, para la Corte Constitucional, por principio, “[l]a configuración legal de la propiedad, como traducción de la función social, puede apuntar indistintamente a la supresión de ciertas facultades, a su ejercicio condicionado o, en ciertos casos, al obligado ejercicio de alguna de ellas. La ley que, de manera no singularizada, procede a regular del modo indicado la propiedad, *no tiene carácter excepcional y contra sus intervenciones no se puede exigir indemnización*”¹⁷²⁹ (cursivas fuera de texto). En concordancia con el criterio de distinción entre delimitación y expropiación articulado en su jurisprudencia, ha entendido que de afectar el núcleo esencial del derecho la ley que determina su contenido normal “se tornaría expropiatoria y, en esas condiciones, el resultado buscado sólo será posible por esta vía y mediante el pago del equivalente”¹⁷³⁰. También en el entorno colombiano, entonces, la configuración del régimen constitucional de la propiedad permite afirmar que no toda intervención que reduzca la esfera de aprovechamiento del derecho origina el deber de compensación. Por el contrario, las delimitaciones amparadas en la función social de la propiedad deberán moverse, en principio, en la esfera de lo no indemnizable.

El Derecho positivo ofrece diversos supuestos en los cuales puede apreciarse la aplicación de este planteamiento. Un primer caso se encuentra en el artículo 68 CRNC. De acuerdo con este precepto, “[e]l concesionario o el titular de permiso de uso de recursos naturales renovables de dominio público, estará obligado a soportar, sin indemnización, las limitaciones, servidumbres y demás restricciones sobre los bienes que aproveche impuestas por motivos de utilidad pública o interés social mediante ley o convención”. Las cesiones obligatorias gratuitas para vías, zonas verdes y servicios comunales previstas en materia urbanística (artículos 7 de la ley 9 de 1989 y 37 de la ley 388 de 1997) son otro ejemplo de ello¹⁷³¹. La legislación de carreteras regula también algunos otros supuestos de delimitaciones no sujetas a compensación. Es el caso de las restricciones al *ius aedificandi* en las franjas de terreno afectadas con las reservas establecidas por el artículo 2 de la ley 1228 de 2008 (artículos 4 y 6 *idem*) y la prohibición de instalación de vallas publicitarias en esta misma zona (artículo 8 *ejusdem*). La normativa del sector financiero ofrece asimismo otro evento de delimitación de la propiedad no compensada que reviste interés. Es el caso de los títulos de deuda

¹⁷²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁷³⁰ *Idem*.

¹⁷³¹ Así lo define, expresamente, la Corte Constitucional en su sentencia C-295 de 1993, FJ d).

de inversión obligatoria temporal, denominados “Títulos de Reducción de Deuda” (TRD), previstos por el artículo 44 de la ley 546 de 1999 respecto de todos los establecimientos de crédito, las sociedades de capitalización, las compañías de seguros, los fondos comunes ordinarios, especiales y de inversión administrados por sociedades fiduciarias, los fondos de valores administrados por sociedades comisionistas de bolsa y los fondos de inversión administrados por las sociedades administradoras de inversión. Su finalidad, relacionada con el derecho a la vivienda digna de las personas (artículo 51 CC), es proveer recursos para hacer abonos sobre los saldos vigentes de las deudas individuales para la financiación de vivienda a largo plazo. De acuerdo con lo previsto por el legislador, estos títulos tendrán un plazo de diez años contados a partir de la fecha de su colocación, serán negociables, su capital será amortizado en un solo pago a su vencimiento, podrá ser prepago cuando las condiciones fiscales así lo permitan y no comportan el reconocimiento de intereses remuneratorios¹⁷³². El carácter obligatorio y no remunerado de este capital durante el lapso por el cual es aplicado a fines públicos representa, en la práctica, una delimitación de la propiedad no sujeta a compensación.

159. Esto no quiere decir que no existan excepciones al carácter no compensable de las delimitaciones del contenido del derecho de propiedad por razón de su función social. A nivel legislativo es posible encontrar supuestos en los cuales se han previsto distintas formas de compensación, incidentalmente respaldadas por la jurisprudencia constitucional. De igual modo, en consideración a la amplitud de la cobertura constitucionalmente otorgada al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), jurisprudencial y doctrinalmente se ha admitido la procedencia de la indemnización de ciudadanos afectados por decisiones normativas legítimamente adoptadas por las autoridades públicas. No obstante, que se admita el reconocimiento -incluso la obligatoriedad- de compensaciones fundadas en leyes (u otras determinaciones jurídicas) no expropiatorias (*ergo* delimitadoras) ajustadas a la Constitución no ha significado, tampoco en Colombia, la aproximación a la doctrina de las delimitaciones sujetas a compensación del Derecho alemán.

160. Como se verá enseguida, si bien el juez constitucional ha abierto la puerta a estas compensaciones, no ha supeditado a su expresa previsión la constitucionalidad de las intervenciones efectuadas en la propiedad que puedan suponer una afectación a los principios de proporcionalidad o igualdad. Por esto, a pesar de la vigencia de determinadas excepciones, mal podría decirse que en Colombia la regla general del carácter no compensable de las delimitaciones haya perdido validez. Su compensación dependerá, fundamentalmente -bien sea reconocida por el propio legislador, bien por los tribunales-, de la configuración de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado. Así, pues, *mientras que en el caso de la expropiación la exigencia de indemnización representa un requerimiento constitucional que condiciona la validez de la intervención efectuada, en el*

¹⁷³² La constitucionalidad de esta medida fue evaluada en la sentencia C-870 de 2003, en la cual se encontró que se ajustaba a la Constitución.

supuesto de las delimitaciones ella está primordialmente supeditada a la producción de una lesión resarcible y carece de implicaciones en el plano de la validez de la medida. Esto no excluye la previsión de otro género de compensaciones (no económicas) en supuestos distintos a los que pueden generar la responsabilidad patrimonial del Estado.

b) El reconocimiento directo (legal) del carácter compensable de determinadas intervenciones delimitadoras de la propiedad.

161. Un examen de la legislación permite hallar distintas formas de compensación de las limitaciones impuestas en virtud de la función social de la propiedad. Algunas normas prevén de manera directa la *compensación económica* de los afectados por sus determinaciones en consideración a su incidencia sobre la igualdad frente a las cargas públicas. Es el caso del artículo 37 de la ley 9 de 1989, que además de fijar el plazo máximo para la duración de las afectaciones por reserva para obras públicas (3 años renovables hasta un máximo de 6, y 9 en el caso de las vías públicas), prevé en su párr. 4 la celebración de un contrato con el respectivo propietario en el cual se pacta el valor y la forma de pago de la compensación debida por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación. Por razones semejantes el artículo 48 de la ley 388 de 1997 contempla la aplicación de compensaciones económicas, transferencias de derechos de construcción y desarrollo, beneficios y estímulos tributarios o de otro tipo para reajustar la situación a que se ven expuestos los propietarios de terrenos e inmuebles determinados como de conservación histórica, arquitectónica o ambiental en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen. A diferencia de lo que ocurre en España, no se contempla expresamente la indemnización de los afectados por la alteración anticipada del planeamiento¹⁷³³. No obstante, se declaran compensables los perjuicios ocasionados por la construcción de una obra pública cuando ésta lesione de manera permanente los bienes colindantes (artículo 128 de la ley 388 de 1997¹⁷³⁴).

¹⁷³³ Este vacío legal no supone la desprotección del particular. Toda vez que la licencia de construcción o de urbanización constituye un acto administrativo favorable, configura una situación de ventaja en cabeza de su titular. Por esta causa su modificación deberá ajustarse a las reglas imperantes en materia de revocatoria de esta clase de actos. Al respecto, véase SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. "La impugnación administrativa de las licencias urbanísticas", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009, pp. 83 y ss. Texto consultado en la dirección electrónica:

http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=deradmin2&NavigationTarget=navurl://b5616225777654bd3f6429ecd20271a2

¹⁷³⁴ De acuerdo con lo previsto por el párr. 2 de esta disposición la lesión patrimonial compensable debe consistir en "el menor valor de los inmuebles afectados por la construcción de la obra pública, siempre y cuando la diferencia entre el valor del inmueble al momento de solicitar la compensación y el valor de la última transacción inmobiliaria previa a la realización de la obra, actualizado con el índice de precios al consumidor para empleados, sea superior al treinta por ciento (30%)". La tutela a los principios de igualdad frente a las cargas públicas y a la proporcionalidad es aquí nítida. Con todo, para la Corte Constitucional, la restricción efectuada por el legislador en el sentido de excluir de esta compensación a quienes hayan experimentado

La legislación protectora del patrimonio histórico-cultural prevé asimismo la posibilidad de deducir la totalidad de los gastos en que se incurra para la elaboración de los Planes Especiales de Protección y para el mantenimiento y conservación de estos bienes aunque no guarden relación de causalidad con la actividad productora de renta del propietario del respectivo bien (artículo 56 de la ley 397 de 1997, modificado por el artículo 14 de la ley 1185 de 2008). Este mismo ordenamiento ofrece ejemplos de supuestos de prohibiciones con reserva de autorización (artículos 11.3 y 11.4 párr. 3 de la ley 397 de 1997) y de facultades limitadas por el deber de información a la Administración (artículo 11.4 párr. 1 y 2 *idem*). También la potestad de hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos atribuida por el artículo 57 de la ley 142 de 1994 a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios da lugar a la indemnización de “las incomodidades y perjuicios” ocasionados a los propietarios afectados. Lo mismo ocurre con las ocupaciones temporales necesarias para la ejecución de contratos de obra pública (artículo 109 del Decreto 222 de 1983)¹⁷³⁵.

162. Aunque la jurisprudencia constitucional no ha abordado frontalmente el análisis de estas compensaciones a la luz del régimen de la función social de la propiedad, se ha referido a ellas sin manifestar ninguna objeción al respecto. Así, por ejemplo, en la sentencia C-366 de 2000, al analizar la constitucionalidad de una ley que señalaba una destinación específica a un bien pretendidamente propiedad de un ente local que tenía la calidad de monumento nacional, la Corte Constitucional hizo alusión a la compensación prevista por el artículo 48 de la ley 388 de 1997 a favor de los propietarios de bienes declarados de conservación histórica, arquitectónica o ambiental. Además de manifestar que estas compensaciones “han de ser proporcionales a la limitación del derecho a la propiedad que se llegue a imponer”¹⁷³⁶, indicó que “las limitaciones que pueden llegar a imponerse, deben ser compensadas por la Nación, pues si bien lo procedente, en estos casos, sería la adquisición del bien correspondiente por

daños inferiores a dicha cuantía o no se encuentran dentro del supuesto de hecho previsto en la norma no excluye su eventual reclamación ante el contencioso administrativo. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 5.3.

¹⁷³⁵ La contratación pública ofrece asimismo otro supuesto de intervenciones delimitadoras de la propiedad (constitucional) compensable. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 ECEC las entidades estatales tienen la prerrogativa de interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. Esta afectación a la *lex contractus* se justifica a partir de la finalidad de interés general que sirve de base y condiciona la procedencia de esta clase de resoluciones: evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación. Con todo, como se prevé en el párr. 2 de esta misma disposición, “[e]n los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

¹⁷³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000, FJ 6.2.3.

parte de la Nación, cuando ésta no se dé, debe reconocerse una especie de retribución o indemnización por las limitaciones que puedan llegar a generarse por la declaración de un bien como monumento nacional, cuando el mismo pertenezca a un ente territorial o a un particular¹⁷³⁷. La poca claridad de la estructura argumental de esta sentencia y la (paradójica) insistencia en el argumento de la compensación de las limitaciones a la propiedad¹⁷³⁸, de origen legal según se ha visto, sin entrar a examinar su fundamento constitucional ni su encaje en el régimen constitucional de la propiedad privada, impide juzgar con certeza si se trata de un *obiter dictum* o de la *ratio decidendi*. De cualquier forma, permite apreciar la ausencia de reticencias por parte del juez constitucional respecto a este tipo de compensaciones. Es, sin embargo, un tema que se mantiene a la espera de un pronunciamiento que aborde su análisis de fondo a la luz de las reglas fijadas por el artículo 58 CC¹⁷³⁹.

163. A mi juicio, que la previsión legal de compensaciones fundadas en intervenciones delimitadoras de la propiedad no sea inconstitucional no supone que constituyan una exigencia de la Constitución. Menos aún cuando ésta ha previsto una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado que permite amparar residualmente los perjuicios ocasionados por la actuación legítima o ilegítima de los poderes públicos cuando quiera que de ellos resulten daños antijurídicos (artículo 90 CC)¹⁷⁴⁰. Como se verá en el apartado siguiente, su aplicación permite corregir los eventuales efectos nocivos que sobre patrimonios concretos comporte la aplicación de delimitaciones que aunque legítimas puedan suponer la imposición de cargas desiguales o desproporcionadas en determinados eventos. De ahí que no considere razonable extrapolar al entorno colombiano los efectos de la doctrina alemana de las intervenciones delimitadoras sujetas a compensación. Con todo, *que por principio general la delimitación de la propiedad no conlleve la obligación de compensar al propietario afectado –a diferencia de la expropiación– no significa que no pueda haber delimitaciones constitucionalmente legítimas que deban ser compensadas.*

¹⁷³⁷ *Idem.*

¹⁷³⁸ También alude a la indemnización de estas limitaciones en los FFJJ 4.6 y 7.

¹⁷³⁹ Similar es la situación que resulta de la sentencia C-831 de 2007. Aunque en ella se examina la constitucionalidad del proceso sumario configurado por el legislador para la imposición de servidumbres de conducción de energía eléctrica por la ley 56 de 1981 (artículos 25, 27 y 28), al valorar la justificación constitucional del trato diferencial al que procesalmente se ven sometidos los propietarios afectados por este tipo de gravámenes, el juez constitucional se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de estas servidumbres. Señala al respecto que se trata de cargas impuestas en virtud de la función social del derecho (FJ 14). Asimismo, y en relación con el cargo formulado, concluye que el proceso de constitución de servidumbre pública de conducción de energía eléctrica es legítimo en cuanto tiene como propósitos esenciales facilitar la implementación expedita de las obras necesarias para la adecuada prestación del servicio público, por un lado, y, por otro, “garantizar que el propietario o poseedor del inmueble sirviente sea compensado con una indemnización justa” (FJ 17). Es decir, encuentra ajustado a la Constitución –y aún cuando ello no es contrastado a fondo con el régimen de la función social, constituye, de hecho, un elemento fundamental de la *ratio decidendi*– que el legislador haya previsto la compensación directa de las restricciones a la propiedad impuestas para asegurar la conducción de la energía eléctrica. *Cfr.* FFJJ 15 y 25.

¹⁷⁴⁰ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 5.3.

c) El reconocimiento indirecto (judicial) del carácter compensable de determinadas intervenciones delimitadoras de la propiedad.

164. La amplitud de la fórmula que consagra el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones antijurídicas que sean imputables a sus agentes (artículo 90 CC) ha llevado a la Corte Constitucional a reconocer la procedencia de las condenas por la denominada responsabilidad del Estado legislador. Por fundarse en la idea de “daño antijurídico”, ésta, ha dicho, no puede circunscribirse a la actividad ilícita del legislador, entendida como actuación contraria a la Constitución. Su fundamento en los principios de solidaridad y de igualdad amplía su procedencia a supuestos de afectaciones patrimoniales derivadas de leyes ajustadas al texto constitucional¹⁷⁴¹. Aun cuando esta doctrina ha servido de base al Consejo de Estado para declarar la responsabilidad del Estado por *actos legítimos del legislador* que se traducen en daños o perjuicios especiales sufridos por una persona o un círculo determinado de ellas –con la correlativa ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁷⁴²–, los pronunciamientos hasta ahora emitidos en este sentido han tenido como base supuestos completamente ajenos al ámbito de las intervenciones delimitadoras de la propiedad¹⁷⁴³.

165. Lo anterior no quiere decir que no se hayan producido decisiones que declaren la responsabilidad patrimonial del Estado por esta clase de actuaciones. Como se mencionó líneas atrás¹⁷⁴⁴, ello ha tenido lugar por vía de la cuestionable interpretación que extiende analógicamente las consecuencias patrimoniales de la ocupación material permanente de un bien a su “*ocupación jurídica*”; ocasionada “por la limitación al ejercicio de las facultades propias de los derechos reales y

¹⁷⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, FJ 3.

¹⁷⁴² Véase las sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 25 de agosto de 1998, Exp. IJ-001 y de 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002; y la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 19 de octubre de 2000, Exp. 13945.

¹⁷⁴³ En las tres sentencias referidas (de 25 de agosto de 1998, de 8 de septiembre de 1998 y de 19 de octubre de 2000) el Consejo de Estado se ha ocupado de controversias derivadas de la inmunidad jurisdiccional reconocida por el Estado colombiano a los agentes diplomáticos de otros Estados acreditados ante sus autoridades como consecuencia de la ratificación de la Convención de Viena y de la subsecuente imposibilidad de reclamar ante las autoridades judiciales nacionales la reparación de los daños ocasionados por aquellos. A juicio del juez administrativo, el otorgamiento de tal inmunidad, que fuerza al desplazamiento del afectado-reclamante al país de origen del agente del daño, se ha traducido en la imposición de una carga especial para aquellas personas que son víctimas de perjuicios ocasionados por funcionarios diplomáticos. Se configura así el presupuesto para la aplicación del régimen de responsabilidad pública por daño o perjuicio especial. Según lo sostenido en la sentencia de 25 de agosto, “[s]i del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados”.

¹⁷⁴⁴ Véase las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado E-1.2 c´) de este Capítulo.

del menoscabo del derecho de posesión que se ejerce respecto del predio ocupado”¹⁷⁴⁵. Se trata, como ya ha sido expresado, de una línea jurisprudencial totalmente rechazable. Asimilar la delimitación del contenido de la propiedad con su ocupación material permanente no sólo carece de todo sentido jurídico constitucional, sino que además contraviene y desquicia la lógica del artículo 58 CC. Mientras que aquella es la más pura expresión del régimen de la propiedad privada en la Constitución -y, por ende, de su función social-, ésta no representa más que un flagrante atentado contra las exigencias constitucionales en punto a la expropiación. Difícilmente puede establecerse una analogía en tales condiciones. Que en consideración a la amplitud de la cobertura del instituto de la responsabilidad en el Derecho colombiano el legislador pueda ocasionar daños resarcibles bajo diferentes títulos -v. gr. una hipotética configuración inconstitucional del derecho (*funcionamiento anormal o falla en el ejercicio de la potestad legislativa*) o una delimitación ajustada a la Constitución pero contraria al principio de igualdad ante las cargas públicas (*daño o sacrificio especial*)- no puede significar que el juez de la Administración se encuentre exento de la obligación de realizar una adecuada fundamentación de sus decisiones estimatorias de las pretensiones indemnizatorias de los particulares. Más cuando ello supone el riesgo de alterar el compromiso de protección de la efectividad de los derechos constitucionalmente impuesto a las autoridades (artículo 2 CC) y de crear un desfase entre la concepción de la propiedad que proyecta la Constitución y la reconstrucción de su régimen por la jurisprudencia constitucional (propiedad constitucional) y la que se ampara en sede del contencioso-administrativo (¿propiedad clásica?).

166. Bajo el régimen constitucional imperante le asiste al Estado la potestad legítima de configurar el contenido del derecho de propiedad con arreglo al criterio de su función social¹⁷⁴⁶. Como toda intervención estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, se trata de un *poder limitado*. Por ende, cualquier sospecha de exceso en su ejercicio debe ser objeto de los controles previstos al respecto por el ordenamiento jurídico. Esto significa, primero, una evaluación de la legitimidad de la intervención realizada. Ella debe efectuarse desde una perspectiva general y abstracta. De producirse su declaratoria de inconstitucionalidad, los eventuales efectos patrimoniales de esta determinación habrán de sujetarse a las reglas que rigen la responsabilidad estatal por normas declaradas inconstitucionales¹⁷⁴⁷. Por otra parte, y en segundo lugar, es preciso considerar que el hecho que una delimitación sea encontrada conforme a la

¹⁷⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 15338, FJ 1. Este pronunciamiento cita como precedentes las decisiones adoptadas el 13 de febrero de 1992, Exp. 6643, y el 25 de junio de 1992, Exp. 6974, en los cuales se ordenó la indemnización de propietarios afectados por limitaciones establecidas por razones ambientales, por considerar que la situación que resulta de tales restricciones “no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente” (*Vid.* Sentencia de 25 de junio de 1992, Exp. 6974).

¹⁷⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁷⁴⁷ Al respecto, véase BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F. *Responsabilidad patrimonial del... Op. Cit.*, pp. 203 y ss.

Constitución no excluye las pretensiones indemnizatorias de quienes se consideran víctimas de una lesión antijurídica. Sobre ellos pesa la carga de demostrar que a pesar de su constitucionalidad, la intervención efectuada supone una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas que debe ser reparada¹⁷⁴⁸. En este caso la medida debe enjuiciarse desde una perspectiva particular o concreta. Si bien por regla general una delimitación del derecho que afecte derechos constitucionalmente reconocidos –entre ellos, por supuesto, la igualdad– será declarada inconstitucional, nada obsta para que, *vista en abstracto*, ésta sea juzgada conforme a la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con su validez, *la valoración de los efectos patrimoniales de una medida debe verse, en cambio, en concreto*. Más que de una particular configuración del derecho (*fase de producción normativa*), puede ocurrir que el daño surja de la aplicación en un supuesto concreto de la norma creada (*fase aplicativa del Derecho*). En últimas, como afirma AHUMADA RUÍZ, “la producción de «daños» por parte de la ley, no es necesariamente relevante en el juicio de inconstitucionalidad. Pero es determinante para la exigencia de indemnización”¹⁷⁴⁹. *Que una delimitación sea conforme a la Constitución no resulta incompatible, entonces, con su eventual carácter compensable*. Ello presupone, sí, la carga de demostrar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la configuración de la correspondiente *lesión resarcible*.

d) Crítica al desarrollo en la jurisprudencia administrativa del carácter compensable de las intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad.

167. Ahora bien, que al amparo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC) el juez contencioso pueda condenar a la Administración a resarcir el daño ocasionado a un particular por una intervención delimitadora de la propiedad considerada (en abstracto) constitucional no puede descargar a aquél de su responsabilidad frente a una construcción ordenada y coherente de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos y de un mínimo acomodo a las exigencias de la seguridad jurídica y de protección de la efectividad de los derechos impuestas por la Constitución. Como se ha insistido, *aquella encierra mucho más que el simple derecho a una indemnización por daños y perjuicios*. El texto constitucional ha integrado en ella a las distintas instituciones de contenido tuitivo de la esfera patrimonial de los ciudadanos y ha estructurado un sistema articulado en torno a la garantía del derecho de propiedad. Esta circunstancia impone la permanente interrelación de unas y otras, al tiempo que exige la interpretación coordinada del ámbito de aplicación correspondiente a cada una de ellas. Por esto, *en cuestiones que recaen*

¹⁷⁴⁸ Vid., p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. 4458.

¹⁷⁴⁹ AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en REDC, No. 62, 2001, pp. 338-339.

directamente sobre la propiedad la responsabilidad patrimonial del Estado no puede ser enjuiciada sin consideración de las implicaciones que sobre esta materia produce la regulación de este derecho en la Constitución.

La habitual desconexión entre el régimen constitucional de la propiedad privada y el instituto de la responsabilidad no sólo conduce a que se produzca un quiebre notable en la forma como este derecho es visto por los distintos tribunales (la visión de la Corte Constitucional resulta en buena parte contrastante con la visión clásica que se intuye en las decisiones del Consejo de Estado), sino a que se desconozcan asimismo el carácter secundario de la cobertura indemnizatoria y el carácter residual del instituto de la responsabilidad como forma de protección de los derechos en general y del derecho de propiedad en particular. Ello equivale a adoptar una postura que se aparta del mandato constitucional dirigido a las autoridades en el sentido de proteger los derechos de las personas y velar por su efectividad (artículo 2 CC); el cual, es lógico, no puede más que entenderse, primero, como una previsión llamada a asegurar que, en la medida de las posibilidades, estos sean eficaces *in natura*. Si bien no supone su infracción frontal, que la intervención del juez administrativo se limite a decretar una indemnización conforme con los patrones que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado tampoco satisface plenamente dicho mandato. Para ello resulta imperativa la articulación de criterios primariamente enderezados a reforzar la efectividad de los derechos (y deberes) de los ciudadanos y a hacer posible una inserción fácil y desembarazada de dicho instituto en el marco de la Constitución y de su lógica de primacía de los derechos fundamentales. De aquí que la estimación de las pretensiones indemnizatorias de los particulares no pueda sustraerse del contexto forzoso que en determinados eventos representa el régimen constitucional del derecho de propiedad.

168. Por esto, considero que las decisiones plasmadas en las sentencias del Consejo de Estado de 13 de febrero de 1992 (Exp. 6643) y de 25 de junio de 1992 (Exp. 6974), en las que se asimila erróneamente una delimitación muy incisiva del derecho de propiedad con su *ocupación jurídica* no se ajustan a las exigencias ni a las posibilidades que ofrecen el régimen constitucional de la propiedad y la garantía integral del patrimonio de los administrados establecida por la Constitución. Aun cuando ello constituye una vía para someter estos supuestos al régimen de la responsabilidad por ocupación permanente y fundamentar así tanto el deber de indemnizar como la correlativa transferencia de la propiedad al Estado (*expropiación forzosa invertida!*), su impacto negativo sobre el conjunto de normas que integran el régimen constitucional de este derecho pone de manifiesto su inconveniencia y falta de corrección. Por las razones ya apuntadas, tampoco representan un desarrollo adecuado de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos¹⁷⁵⁰. Si bien en uno y otro evento la obligación resarcitoria a cargo del Estado se justifica por la (genérica) ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, en los casos de ocupación permanente ello es consecuencia de una actuación fáctica que aunque puede suponer un

¹⁷⁵⁰ Vid. *supra* el apartado E-1.2 c') de este Capítulo.

beneficio para la colectividad (*v. gr.* la construcción de una vía¹⁷⁵¹ o la instalación de una facilidad deportiva¹⁷⁵²) desconoce las garantías inherentes al instituto expropiatorio (*causa expropriandi*, procedimiento e indemnización) y desemboca en una *vía de hecho* (actuación ilegítima). En los eventos de *vinculación singular o daño especial*, en cambio, el desequilibrio frente a las cargas públicas surge de una *actuación lícita* de las autoridades, fruto de la cual se produce una *afectación patrimonial anormal, excepcional y superior a la que ordinariamente deben sufrir los ciudadanos*¹⁷⁵³. De ahí que sea éste el régimen de responsabilidad al cual deban ser sometidos los eventuales perjuicios ocasionados por la legítima delimitación (legislativa y administrativa) del derecho de propiedad¹⁷⁵⁴. De esta forma se preservan las garantías patrimoniales de los ciudadanos tanto como la lógica interna del artículo 58 CC.

169. La responsabilidad patrimonial del Estado no puede dar la espalda a las transformaciones experimentadas por el derecho de propiedad como consecuencia de su regulación constitucional actual. Por ende, no puede desvirtuar la legítima potestad pública de conformar *-en principio, sin compensación-* el contenido del derecho de propiedad con arreglo a la función social que le es inherente, ni conducir a la disolución de las fronteras que separan a la delimitación de la expropiación; mucho menos suponer la abrogación de las formas y garantías con que ha sido tipificado el instituto expropiatorio. **Es preciso, entonces, definir su alcance a la luz del más amplio sistema de normas en el que se encuentra insertada y junto a las cuales encarna la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.** Tal es el verdadero impacto de la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado operada en el artículo 90 la Constitución de 1991.

170. Como es lógico, determinar que se ha producido un menoscabo del derecho capaz de originar el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas no es una decisión que pueda adoptarse sin antes haber reflexionado sobre la incidencia de la función social sobre el contenido de la propiedad y las potestades de intervención en su ámbito por parte de las autoridades. Esto no supone que le corresponda al juez administrativo valorar la constitucionalidad de la delimitación cuya aplicación origina la reclamación. Ello

¹⁷⁵¹ *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15351.

¹⁷⁵² *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 13643.

¹⁷⁵³ Sobre los elementos de esta responsabilidad, puede verse la sentencia de 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. También la sentencia de 25 de septiembre de 1997, Exp. 10392 de la misma Corporación.

¹⁷⁵⁴ Este planteamiento coincide con la descripción del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad por daño especial que efectúa SAAVEDRA BECERRA, R. *La responsabilidad extracontractual de la... Ob. Cit.*, p. 436. Es también la lógica que UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO atisba en el Derecho Comunitario. *Cfr.* UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. "La garantía patrimonial ante... *Passim*, p. 235. En este sentido, véase igualmente GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "Indefinición temporal y... *Loc. Cit.*, pp. 411 y ss.

es, fundamentalmente (aunque no solo), tarea del juez constitucional. Con todo, puesto que la proclamación constitucional de la vinculación social del derecho releva al Estado de la obligación de indemnizar *toda* intervención estatal que reduzca la esfera de aprovechamiento privada del derecho, la Constitución impone al juez administrativo el desafío de forjar criterios objetivos y razonables para determinar cuándo la aplicación a un supuesto concreto de una delimitación legítima de la propiedad conlleva una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. *Le corresponde, entonces, tipificar la especialidad del sacrificio impuesto*¹⁷⁵⁵.

Casos como el del editor de Hesse de la jurisprudencia alemana¹⁷⁵⁶, la declaratoria de bien de interés cultural o de reserva ambiental respecto de bienes en relación con los cuales ello supone la reducción o afectación significativa de algún aprovechamiento consolidado¹⁷⁵⁷, lo mismo que la imposición de una servidumbre que limita la altura en detrimento del derecho atribuido por el planeamiento debidamente adquirido pero no materializado, ilustran supuestos de posibles delimitaciones legítimas del derecho, cuya aplicación en eventos concretos puede traducirse en daños antijurídicos que deben ser resarcidos vía responsabilidad extracontractual del Estado. Estos perjuicios resultan de injerencias estatales que si bien no pueden ser asimiladas a expropiaciones por no comportar el desapoderamiento ni la destrucción del derecho, sí disminuyen sustantivamente sus posibilidades de uso y acaban por afectar peyorativamente su sustancia, dando lugar a la configuración de cargas especiales y exorbitantes que deben ser reparadas. Los criterios articulados por el Derecho alemán para deslindar los supuestos expropiatorios frente a las meras delimitaciones (*vid. supra* el apartado E-1.2 a) de este Capítulo), pueden aportar algunas luces a este propósito. También el criterio, legalmente empleado y convalidado en el ordenamiento español por el Tribunal Constitucional (*vid. su* sentencia STC 170/1989, FJ 8), según el cual “sólo son indemnizables aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y

¹⁷⁵⁵ Con todo, puesto que el régimen de responsabilidad por sacrificio especial presupone la actuación *lícita* o *legítima* de las autoridades, el juez administrativo no puede eludir completamente pronunciarse sobre cuáles son los cánones constitucionales (y, eventualmente, legales) que gobiernan esta actividad de los poderes públicos. Lo lógico es que ello suponga un reenvío a la reconstrucción que del régimen constitucional de la propiedad ha efectuado el juez constitucional. No obstante, esto no ha ocurrido así. La subordinación de estos supuestos al régimen de responsabilidad por ocupación permanente, que difiere del régimen de responsabilidad por sacrificio especial en el presupuesto de la legitimidad de la actuación dañina, explica este extremo. De cualquier forma, no deja de causar perplejidad la visible desconexión con el régimen constitucional de la propiedad con la que se ha manejado este tema.

¹⁷⁵⁶ Véase el comentario efectuado al respecto en el apartado E-2.1 de este Capítulo.

¹⁷⁵⁷ Aunque sin plantear la distinción entre los ámbitos de aplicación correspondientes a los institutos expropiatorio y a la responsabilidad patrimonial, aborda el estudio de la configuración de supuestos indemnizatorios como consecuencia de decisiones adoptadas para asegurar la conservación de espacios naturales protegidos, RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. “Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial espacios naturales protegidos”, en *RDUMA*, No. 164, 1998, pp. 131 y ss. La referida diferenciación si es considerada al valorar la jurisprudencia en materia de configuración de supuestos indemnizatorios por alteración del planeamiento urbanístico por MEILÁN GIL, José Luis. “La dimensión temporal de la ordenación urbanística”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, No. 145, 1995, pp. 40 y ss.

consolidado del bien". En este caso, no obstante, resulta obligado considerar que por obra del deslinde funcional constitucionalmente efectuado, la referida afectación del uso tradicional y consolidado no podrá traducirse en su privación efectiva. En dicho evento, por comportar un despojo (y no una mera carga o limitación), el supuesto debería someterse a las reglas del instituto expropiatorio. Su aplicación deberá circunscribirse, entonces, a las hipótesis de disminución o incidencias negativas sobre tales usos. El particular desarrollo que ha conocido esta materia en el Derecho europeo en aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales puede resultar igualmente útil para este fin; en especial su fórmula de la alteración del justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los imperativos de salvaguarda del derecho de propiedad¹⁷⁵⁸.

F. Límites a la potestad estatal de delimitación del derecho de propiedad.

171. A pesar de estar vinculada al cumplimiento de una función social la propiedad privada es, ante todo, un derecho subjetivo. Al igual que ocurre con cualquier otro derecho de libertad, encierra un derecho de defensa o una pretensión de abstención frente al poder público. Por esto, si bien no se trata de un derecho absoluto y puede ser ampliamente limitado por la ley, el legislador debe respetar los límites que a su vez le marca la Constitución para el ejercicio de dicha potestad¹⁷⁵⁹. De lo contrario, se activa la vertiente defensiva del derecho de propiedad, que permite repeler cualquier intervención no justificada constitucionalmente en este ámbito¹⁷⁶⁰. La garantía constitucional del derecho subraya esta circunstancia y pone de relieve que la delimitación del contenido del derecho de propiedad en virtud de su función social dista mucho de ser una prerrogativa pública susceptible de ser ejercida de cualquier modo. Si bien la vinculación social del derecho condiciona el contenido y el alcance de la propiedad y, en últimas, subordina el ejercicio que de éste lleve a cabo su titular, la configuración que de aquella realiza el legislador se encuentra igualmente condicionada por el conjunto de límites estatuidos por la Constitución en atención a la garantía del derecho. En caso de sobrepasar estos límites, como se ha apuntado ya, **una disposición delimitadora de la propiedad no se troca en una intervención expropiatoria. Mantiene su condición de norma de delimitación y como tal debe ser vista como una norma inválida**, que atenta

¹⁷⁵⁸ Vid. casos como el de *Scordino No. 2 contra Italia*, de 15 de julio de 2004; *Terazzi contra Italia*, de 17 de octubre de 2002; o la célebre sentencia de *Sporrong y Lönnorth contra Suecia*, de 23 de septiembre de 1982. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Carta de Roma, vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier y Emilio GUICHOT. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, pp. 124 y ss. También AGUILERA VAQUÉS, M. "El reconocimiento del... *Op. Cit.*, pp. 767 y ss; o GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "Indefinición temporal y... *Loc. Cit.*, pp. 410 y ss.

¹⁷⁵⁹ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 36.

¹⁷⁶⁰ Al respecto, véase las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado A-1 del Capítulo Segundo de este trabajo.

contra las exigencias de la Constitución. Por lo mismo serán igualmente inválidas las decisiones del ejecutivo adoptadas con base en dicho fundamento legal¹⁷⁶¹.

172. La identificación de los límites que debe atender el legislador en ejercicio del poder de delimitación es, pues, una cuestión decisiva dentro del régimen global de este derecho en la Constitución. Máxime si se tiene en cuenta la habilitación contenida tanto en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC como en la frase 1 del párr. 2 *idem* para que aquél intervenga y defina el contenido del derecho con arreglo al criterio de la función social. Su amplitud envuelve el riesgo de que éste acabe convertido en un derecho enteramente configurado por el legislador. Como es lógico, una interpretación de este tipo acabaría por desconocer los límites que la misma Constitución ha fijado a la ley para el ejercicio de esta potestad. Por esto, la configuración que del contenido del derecho realice el legislador debe respetar y ser compatible con las disposiciones constitucionales que rigen en esta materia¹⁷⁶². La ausencia de una formulación expresa en el texto constitucional en punto a estos límites no significa que se trate de una habilitación abierta e incondicionada¹⁷⁶³. Tipificar estas barreras resulta, entonces, imperativo. En últimas, como ha enfatizado la Corte Constitucional, si bien la propiedad ha sufrido notorias transformaciones conceptuales que suponen la relativización de su contenido, “en su condición de derecho subjetivo es objeto de garantía y protección constitucional, de modo que solamente puede ser materia de restricciones o limitaciones por las causas y con las finalidades señaladas en la propia Carta Política”¹⁷⁶⁴.

173. No se trata únicamente de que la amplitud de la potestad de intervención del legislador en el ámbito del derecho esté ligada al tipo de propiedad regulada o que, más concretamente, se halle en una relación directamente proporcional con el interés general que se pretende proteger o realizar a través de la incursión efectuada –de suerte que entre más estrecho e intenso sea el vínculo que une a un bien o derecho en concreto con un interés general específico, que haga posible establecer una “relación social” entre uno y otro, más amplias serán las posibilidades que le asisten para determinar los límites y el contenido del derecho¹⁷⁶⁵-. Tampoco de la obligación constitucional que asiste al legislador de poner en un balance adecuado los intereses de la comunidad y los personales del propietario al momento de definir el contenido dominical de cada una de las formas del derecho que acuñe. Si bien es cierto que el legislador debe atender siempre las exigencias del principio de proporcionalidad y del mandato de ponderación de los distintos intereses concurrentes, no lo es menos que los límites que la Constitución fija al ejercicio de su actividad delimitadora van más

¹⁷⁶¹ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁷⁶² *Idem*, p. 42.

¹⁷⁶³ *Ibidem*, p. 170.

¹⁷⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2004, FJ 4.

¹⁷⁶⁵ BADURA, P. “Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 343. En sentido análogo, también RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 178.

allá de las prohibiciones del exceso, el defecto y la arbitrariedad, aplicables por regla a cualquier limitación de los derechos fundamentales¹⁷⁶⁶.

174. Con el fin de asegurar una regulación del derecho razonable y conforme a las exigencias del principio de supremacía de la Constitución, la ley debe atender a la totalidad de las prescripciones constitucionales que de una u otra forma convergen en el ámbito de la propiedad. Los principios de Estado social (artículo 1), Estado democrático (artículos 1 y 3) y Estado de Derecho (artículo 1), tanto como los de igualdad (artículo 13), libertad (artículo 16), solidaridad (artículo 1), confianza legítima (artículo 83) y prevalencia del interés general (artículo 1) entran en escena. Lo mismo ocurre con los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la intimidad (artículo 15), el trabajo (artículo 25), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26), la libertad de empresa (artículo 333), los derechos a la seguridad social (artículo 48), a la salud (artículo 49) y a una vivienda digna (artículo 51), el derecho a gozar de un medio ambiente sano (artículo 79), del espacio público (artículo 81), acceder a la cultura en igualdad de oportunidades (artículo 70) y los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 78). Derechos fundamentales instrumentales como el debido proceso (artículo 29) y el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229) deben ser asimismo tomados en cuenta. Todos ellos, de una u otra manera, confluyen en el ámbito del derecho de propiedad constitucional. Igualmente inciden en él los deberes constitucionales de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (artículo 95.1), así como de proteger los recursos culturales y naturales del país y de velar por la conservación de un ambiente sano (artículo 95.8). También es el caso de reglas de competencia como las previstas en los artículos 310, 311, 313.7, 313.9, 317, 330 y 331 CC; en las cuales se efectúan especiales encomiendas a determinadas entidades territoriales respecto del manejo y regulación de su territorio.

175. Del mismo modo que la propiedad privada representa un escenario en el que convergen intereses de todo tipo presentes en la sociedad (públicos, privados y sociales), su delimitación se caracteriza por la afluencia de numerosas referencias normativas según la naturaleza y función del bien cuyo régimen se determine. Lo frondoso de esta constelación impide profundizar en ella. No es éste el espacio para efectuar un recuento detallado de cómo influye cada una de estas disposiciones en la labor de delimitación de la propiedad. Baste señalar los muchos focos que debe atender el legislador en el desempeño de esta tarea. De momento interesa señalar los límites que erige el propio artículo 58 CC a la ley que delimita el contenido del derecho en virtud de su función social. Una vez identificados y caracterizados estos límites, ante la disparidad de criterios rutinariamente empleados por el juez constitucional, se efectuará una propuesta

¹⁷⁶⁶ Así RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 21 y ss. También PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 185 y ss.

encaminada a formalizar y racionalizar el control de constitucionalidad sobre las leyes que cumplen esta labor.

1. Límites que impone el artículo 58 CC a la delimitación del contenido del derecho de propiedad por virtud de su función social.

176. Para la Corte Constitucional, además del contenido esencial, “las limitaciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad”¹⁷⁶⁷. No obstante, un análisis sistemático más detenido del artículo 58 CC permite identificar algunas barreras adicionales que el propio régimen constitucional de la propiedad ha fijado al legislador que delimita el contenido de este derecho. Los derechos fundamentales también contienen en sí mismos límites a los límites o a las delimitaciones que establece la ley¹⁷⁶⁸.

Así, del referido análisis del artículo 58 CC se desprende que constituyen restricciones a este poder legislativo el principio de razonabilidad, el interés general como idea fundamental de toda delimitación que se emprenda por razón de su función social, el contenido esencial del derecho, el mandato de ponderación, el principio de proporcionalidad y las reglas de competencia establecidas en los distintos apartados del artículo 58¹⁷⁶⁹. Dado que el respeto a estas últimas constituye un presupuesto fundamental para la validez de la intervención realizada por el legislador, su estudio será efectuado en primer lugar. En últimas, sólo si una determinada medida legislativa es acorde con las reglas competenciales fijadas por la Constitución resulta procedente examinar su sujeción a las demás restricciones previstas por su texto.

¹⁷⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2004, FJ 4. En sentido análogo, véase la sentencia C-491 de 2002, FJ 4.

¹⁷⁶⁸ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 63.

¹⁷⁶⁹ Los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación son incluidos dentro del grupo de límites emanados del propio artículo 58 CC en consideración a la particular función metodológica que cumplen y a su naturaleza eminentemente relacional. Ellas explican que su vinculatoriedad se dé siempre respecto de los derechos fundamentales u otras disposiciones constitucionales. Por esto, la calificación de una determinada medida legislativa como irrazonable, desproporcionada o no ponderada no puede efectuarse de manera aislada o en abstracto; ella presupondrá, siempre, la referencia a algún derecho fundamental o a otra disposición constitucional en concreto. Por ende, la aplicación de estos principios no permite nada distinto a corroborar si una determinada intervención legal en el ámbito protegido de un derecho fundamental vulnera o no las exigencias que se desprenden del correspondiente régimen constitucional. En relación con estos aspectos del principio de proporcionalidad, véase BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Ob. Cit.*, pp. 515 y ss.

1.1. El respeto a las reglas de competencia que fija el artículo 58 CC.

177. El artículo 58 CC define distintas reglas competenciales aplicables al legislador: una reserva de ley respecto del régimen general de la propiedad constitucional (artículo 58 párr. 1 frase 1); una encomienda –sin reserva legal– de regulación de la función social y ecológica del derecho, de la que se desprende la atribución de la potestad de delimitación de su contenido (artículo 58 párr. 2); y, por último, en materia de expropiación, una doble reserva legal: primero, respecto de los motivos de utilidad pública e interés social que le deben servir de fundamento (artículo 58 párr. 4 frase 1), y segundo, frente a la procedencia de la expropiación administrativa (artículo 58 párr. 4 frase 3)¹⁷⁷⁰.

La expropiación, como se verá en detalle en el Capítulo siguiente, es concebida como una operación compleja, que en determinados casos (expropiación judicial) presupone la implicación de los tres poderes públicos, en la cual la intervención legislativa ha sido constitucionalmente tasada: debe limitarse a la definición de la *causa expropriandi*, del procedimiento a aplicar, a la eventual habilitación de la expropiación administrativa y a la determinación de los criterios generales que han de seguir Administración y jueces al tasar el monto de la indemnización a pagar. Dada su naturaleza ablativa de derechos y de situaciones jurídicas concretas, la expropiación propiamente dicha ha sido reservada a los poderes administrativo y judicial (artículo 58 párr. 4 CC). Por ende, por exceder el ámbito de lo meramente regulativo, al legislador no le está constitucionalmente permitido realizar directamente el sacrificio de posiciones jurídico-patrimoniales concretas amparadas por la garantía del derecho de propiedad. Se erige así una notable restricción a la holgada competencia legislativa en relación con este derecho. Le estará permitido determinar su contenido y definir sus límites con arreglo al criterio de la función social, pero *cualquier privación del mismo excederá su órbita de competencia*. Esto presupone la adecuada diferenciación de la delimitación y la expropiación.

178. Las dificultades inherentes a la distinción de estas dos formas de intervención en la propiedad, examinadas de manera precedente¹⁷⁷¹, sugieren la conveniencia de adoptar un *criterio formal de deslinde* entre una y otra figura, fincado en la debida consideración de las exigencias formales establecidas por la Constitución respecto del instituto expropiatorio y la naturaleza esencialmente normativa de la actividad de delimitación¹⁷⁷². Se impone entender, siguiendo la disciplina constitucional de esta figura y la dirección trazada por el Tribunal Constitucional Federal, que la expropiación presupone una intervención

¹⁷⁷⁰ Aunque la Constitución contiene además una reserva legal en materia de procedimiento expropiatorio, ésta no se deriva de la letra del artículo 58 párr. 4 CC, sino de la dimensión procedimental de la garantía del derecho y, por ende, de lo dispuesto en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. *Vid. infra* el apartado B-2 del Capítulo Quinto de esta investigación.

¹⁷⁷¹ *Vid. supra* el apartado E-1 de este Capítulo y sus distintos subapartados.

¹⁷⁷² La palpable apertura e indeterminación de la regulación constitucional de la función social, contrastante con las reglas previstas en materia de expropiación, sugieren la conveniencia de adoptar este criterio.

concreta-individual en la propiedad, enderezada a la realización de un fin de interés general, efectuada por medio de un acto jurídico imperativo, que conduce a la privación total o parcial de una posición jurídico-subjetiva concreta amparada por la propiedad constitucional¹⁷⁷³. En vista de las restricciones competenciales señaladas con anterioridad, toda intervención legislativa en el ámbito del derecho que resulte subsumible bajo esta noción será inconstitucional. De no resultar subsumible en ella, podrá dársele el tratamiento de intervención delimitadora si se evidencia que, *prima facie*, su objeto es la regulación del derecho; esto es, la definición general y abstracta del contenido y los límites de una forma concreta de propiedad¹⁷⁷⁴. En tal caso resultará procedente su examen a la luz de los restantes límites señalados por la Constitución a esta potestad. Sobre ellos recaerá el peso de garantizar la efectividad del derecho constitucionalmente garantizado y de impedir que éste se convierta en un supuesto de libre configuración legislativa. Puesto que la diferenciación de las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias se apoya en un criterio formal, no resulta procedente valorar, en sede de este límite, la intensidad de la intervención efectuada. Ello deberá ser objeto de verificación ulterior, al analizar la proporcionalidad de la medida o su conformidad con el contenido esencial del derecho¹⁷⁷⁵.

179. *Más que en impedir el despojo velado de la propiedad por medio de una intervención delimitadora, esta primera valoración de la medida apunta a precaver la privación explícita o formal por el legislador de derechos amparados por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC.* Esta operación no sólo resulta incompatible con la potestad de delimitación, sino que desborda la competencia constitucionalmente otorgada al legislador. Por ende, su verificación supondría la inconstitucionalidad de la medida así adoptada. Se trata, pues, de un **control de supuestos límite**, que apunta a valorar formalmente la adecuación típica de la intervención efectuada como mecanismo de prevención de excesos legales.

180. Aunque de rara ocurrencia en el ámbito colombiano por causa de la histórica reserva judicial a la cual ha sido confiada la expropiación¹⁷⁷⁶, nada impide que

¹⁷⁷³ BVerfGE 58, 300. Cfr. OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht... Ob. Cit.*, p. 178. También MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, pp. 710 y ss.

¹⁷⁷⁴ Puesto que, en consideración a su vocación regulativa, las delimitaciones se presentan de manera general en la forma de normas de Derecho, esta categoría puede comprender otras formas jurídicas distintas a la ley, tales como los reglamentos o los instrumentos de planificación. Vid. JARASS, Hans. "Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?", en *NJW*, No. 39, 2000, p. 2843.

¹⁷⁷⁵ Por esto, resulta procedente considerar, junto con el BVerfG, que una intervención delimitadora del contenido del derecho no pierde su carácter incluso cuando ella "en sus efectos respecto de los afectados se aproxima o equivale a una expropiación". Vid. BVerfGE 100, p. 226 (240). Es, justamente en estos supuestos, cuando la aplicación de los límites señalados a la potestad de configuración del contenido del derecho cobra todo su sentido.

¹⁷⁷⁶ Una de las principales novedades del régimen constitucional de la propiedad en la Constitución de 1991 fue la introducción de la expropiación administrativa. Vid. *Gaceta Constitucional*, No. 46 (Ponencia "Propiedad", presentada a la Comisión Quinta por los constituyentes Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Tulio Cuevas, Iván Marulanda, Guillermo

podieran presentarse eventos de privaciones directamente efectuadas por ley¹⁷⁷⁷. Máxime en consideración a la amplitud de la habilitación otorgada por la Constitución al legislador para intervenir en la economía. Sea como sea, el alcance de su competencia en este punto se encuentra claramente demarcado y por exigencia constitucional toda operación que implique el sacrificio de un derecho o situación jurídico-patrimonial concreta amparada por la propiedad constitucional debe suponer, además de un fundamento de interés general legalmente declarado (*causa expropriandi*), un debido proceso (judicial o administrativo) e indemnización previa (artículo 58 párr. 4 CC)¹⁷⁷⁸.

181. Por último, cabe anotar que nada obsta –por el contrario, será habitual– para que una normativa destinada a regular una forma de propiedad en particular (*rectius* delimitación) incorpore cláusulas expropiatorias; esto es, un conjunto de reglas que busca definir el régimen jurídico de las expropiaciones que legítimamente pueden tener lugar en un determinado sector. Ello ocurre, por ejemplo, en materia urbanística (artículos 58 y ss. de la ley 388 de 1997) o de medio ambiente (artículo 107 de la ley 99 de 1993). En estos supuestos las decisiones delimitadoras son claramente discernibles de las que regulan casos de expropiación. Segregadas de este modo el juez constitucional puede efectuar un análisis formal de cada grupo y constatar, a la luz del régimen que resulte aplicable a cada uno, si el legislador ha observado o no los límites correspondientes.

1.2. El principio de razonabilidad.

182. Visto desde una perspectiva material, el carácter no absoluto del margen de apreciación conferido al legislador en el ejercicio de la potestad de delimitación del contenido del derecho de propiedad por virtud de la función social se desprende, en primer lugar, de su vinculación al principio de razonabilidad. Aunque este principio se introduce en la jurisprudencia constitucional por vía del denominado *test de razonabilidad* aplicable en materia de igualdad¹⁷⁷⁹ –para la Corte Constitucional el principio de igualdad, en su vertiente de la prohibición de la discriminación, conlleva la “exigencia de la razonabilidad de la

Perry y Jaime Benitez) y No. 112 (Exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en plenaria, presentada por el constituyente Augusto Ramírez Ocampo).

¹⁷⁷⁷ En el Derecho español es bien conocido el caso de la expropiación de RUMASA, examinado en diferentes aspectos por el Tribunal Constitucional en las sentencias STC 111/1983, STC 166/86, STC 67/1988 y STC 6/1991. Se trata de un supuesto en extremo controvertido, objeto de numerosos análisis en diversos sentidos. Para una valoración positiva de la expropiación del grupo empresarial RUMASA, véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto Ley 2/1983 de 23 de febrero”, en *La Ley*, No. 653, 1983, pp. 1 y ss. Una valoración en sentido contrario es expuesta por PARADA VÁZQUEZ, Ramón. “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso RUMASA)”, No. 100-102, 1983, pp. 1139 y ss.

¹⁷⁷⁸ Vid. *infra* el apartado B del Capítulo Quinto de este trabajo.

¹⁷⁷⁹ Cfr. las sentencias de la Corte Constitucional T-422 de 1992, FFJJ 13 y 14 y la sentencia C-530 de 1993, SNFJ.

discriminación¹⁷⁸⁰-, su virtualidad como límite al poder de delimitación de la propiedad privada ha sido destacado por la propia jurisprudencia constitucional¹⁷⁸¹.

183. Ahora bien, a pesar de ser un argumento recurrente en las decisiones del juez constitucional y de recibir un tratamiento consistente en cuanto límite al ejercicio del poder público, el concepto de razonabilidad no presenta un sentido unívoco. Así, en relación con la igualdad, se ha manifestado que la razonabilidad de una diferenciación alude a “lo constitucionalmente legítimo o admisible”¹⁷⁸². En cuanto a la limitación de derechos, por ejemplo en materia de inhabilidades para el ejercicio de cargos o funciones públicas, se ha dicho que la razonabilidad de una medida de esta clase significa que ella “no puede ser arbitraria sino objetivamente justificable”¹⁷⁸³. Asimismo, el denominado *test de razonabilidad*, cuya aplicación se ha extendido del ámbito de la igualdad al de la limitación de derechos fundamentales¹⁷⁸⁴, hace referencia al examen de constitucionalidad de los fines, los medios y la relación medio-fin que presenta la medida cuya validez se evalúa. Este test, susceptible de ser aplicado con una intensidad variable (estricta, intermedia o leve) dependiendo de la materia de que se trate¹⁷⁸⁵, ha sido estructurado en torno al principio de proporcionalidad¹⁷⁸⁶. Por esta razón, y teniendo en cuenta la entidad propia que le ha sido otorgada y el notable desarrollo experimentado por este último en la jurisprudencia constitucional – cuyo papel limitador ha sido expresamente reconocido tanto en materia de propiedad en particular¹⁷⁸⁷, como respecto de los derechos fundamentales en general¹⁷⁸⁸-, en aplicación del criterio de no redundancia se impone entender que el principio de razonabilidad posee un significado propio y no puede ser confundido con aquél. Su sentido ha de ser reconstruido, entonces, a partir de los datos que suministran las primeras dos acepciones. Esto conduce a identificar la razonabilidad con una decisión no arbitraria, esto es, *justificada y fundada en una razón jurídica legítima*¹⁷⁸⁹. Aunque forzosamente no deban reducirse a ello, esto dependerá en buena parte de si la razón invocada cuenta o no con respaldo expreso en la Constitución.

¹⁷⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, FJ 13.

¹⁷⁸¹ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2002, FJ 4. En sentido análogo, las sentencias C-1172 de 2004, FJ 4 y C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁷⁸² Corte Constitucional, sentencia C-530 de 1993, SNFJ.

¹⁷⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-1212 de 2001, FJ 3.

¹⁷⁸⁴ *Vid.* las sentencias C-1064 de 2001, FJ 5.2.3, C-1017 de 2003, FJ 3.3 o C-931 de 2004, FFJJ 3.2.11.4 y ss.

¹⁷⁸⁵ Véase la sentencia de la Corte Constitucional C-093 de 2001, FJ 7.1.

¹⁷⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 79. Esta relación es apreciable, p. ej., en la sentencia C-673 de 2001, FJ 7.2.

¹⁷⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2004, FJ 4. También las sentencias C-491 de 2002, FJ 4 y C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁷⁸⁸ Véase, p. ej., las sentencias T-015 de 1994, FJ 4; C-309 de 1997, FJ 11; C-741 de 1999, FJ Quinto o C-142 de 2001, FJ 8.

¹⁷⁸⁹ BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los... Loc. Cit.*, p. 69.

184. Que el legislador delimitador de la propiedad deba obrar en el marco de la razonabilidad significa, pues, que éste no es completamente libre para intervenir en el ámbito protegido del derecho de propiedad. Debe hacerlo prevalido de *una razón legítima que lo justifique*; y no de cualquier motivación, *debe tratarse de un objetivo jurídicamente relevante*. Como ha sido señalado la Corte Constitucional, “[c]uando una medida limita derechos de rango constitucional, sean o no fundamentales, su constitucionalidad depende de las razones o argumentos esgrimidos en defensa de la medida. Ello porque si bien los derechos no son absolutos, *sólo razones de suficiente peso y dimensión pueden justificar su limitación*”¹⁷⁹⁰ (cursivas fuera de texto). No puede haber, entonces, delimitaciones que impongan cargas u obligaciones a los propietarios desprovistas de justificación, inadecuadamente fundamentadas o enderezadas a la persecución de fines contrarios a la Constitución.

1.3. El interés general como idea básica de cualquier delimitación amparada en la función social del derecho.

185. Un segundo límite material viene dado por la clase de fin que sirve de fundamento a esta forma de intervenciones en la propiedad. Si, como tiene establecido la jurisprudencia constitucional, “la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad”¹⁷⁹¹, toda actuación del legislador enderezada a especificar su sentido respecto de una forma concreta de este derecho debe tener como presupuesto y finalidad la atención de un interés general¹⁷⁹². En estas condiciones, que la función social del derecho implique obligaciones (artículo 58 párr. 2 frase 1 CC) supone entonces tanto la obligación de los propietarios de servir a la comunidad, como la de los poderes públicos de efectuar una configuración tal del derecho que resalte y posibilite el cumplimiento de aquella por parte de sus titulares. La obligación de servir a la comunidad que la Constitución impone a la propiedad es, pues, a la vez, *tanto una referencia como una barrera* para la competencia del legislador en este campo¹⁷⁹³. De este modo, y aunque a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos constitucionales alemán (artículo 14 párr. 1 frase 2 GG) y español (artículo 33.2 CE) el texto de la Constitución colombiana omite cualquier referencia explícita a la atribución de la potestad de delimitación del contenido del derecho al legislador, tanto ella como este límite se encuentran implícitos en la proclamación que de la función social y ecológica del derecho se efectúa en el artículo 58 párr. 2 CC.

186. El rico contenido teleológico característico de las constituciones materiales hace posible que los distintos intereses superiores ajenos al propietario que la

¹⁷⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1017 de 2003, FJ 3.2.

¹⁷⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14. En el mismo sentido, véase la sentencia T-431 de 1994, SNFJ.

¹⁷⁹² Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1993, FJ e).

¹⁷⁹³ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, p. 171.

cláusula de función social de la propiedad permite residenciar en el ámbito interno del derecho (ordenación de la ciudad, protección ambiental, defensa de la seguridad y la salubridad públicas, atención efectiva de los servicios públicos, desarrollo económico sostenible, acceso al conocimiento, etc.) fluyan del propio texto constitucional. Consecuencia de la misión de coordinación normativa que cumple será habitual que el interés general que debe atender y representar la función social se concrete en alguno de los principios e intereses públicos y colectivos recogidos por la Carta como objetivos a realizar por el Estado social de Derecho¹⁷⁹⁴.

187. Al igual que el concepto de interés general, el grado de vinculatoriedad de este límite es relativo o variable. Depende de la naturaleza y función del bien cuyo régimen se defina. La acentuada heterogeneidad de los objetos abarcados por el derecho y los distintos requerimientos de la función social que se desprenden de esta diversidad impiden su formulación unívoca. Así, cuanto más estrecha sea la relación que une a un determinado objeto del derecho de propiedad con un intereses de la colectividad, más peso tendrá este límite y más lejos podrá llegar el legislador en su incursión dentro de la faceta subjetiva del derecho a efectos de garantizar que su ejercicio se ajuste a las exigencias del interés superior concurrente¹⁷⁹⁵.

1.4. El mandato de ponderación.

188. El mandato de ponderación constituye otra restricción que debe ser atendida por el legislador al delimitar el contenido de la propiedad. Opera en el doble sentido que presenta la ponderación, esto es, como procedimiento y como resultado¹⁷⁹⁶. Su condición de límite supone entender, entonces, que el legislador se encuentra vinculado, primero, por las exigencias que impone la ponderación *como procedimiento*. En tanto que forma de argumentar o fundamentar decisiones en Derecho, la ponderación impone al legislador la obligación de (i) identificar las variables en conflicto, (ii) atribuirles un peso relativo de acuerdo con las circunstancias del caso y (iii) definir la prevalencia de una de ellas sobre la(s) otra(s)¹⁷⁹⁷. El procedimiento de expedición de la norma (legislativo o administrativo) que delimita el contenido del derecho debe atender este requerimiento. La especial configuración del régimen constitucional de la propiedad, definida como derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) pero también

¹⁷⁹⁴ En el caso de las *limitaciones* impuestas al derecho por razón de *intereses privados* con el fin de asegurar el ejercicio coordinado de la propiedad con otros derechos (relaciones de vecindad, p. ej.) el nexo con el interés general será apenas mediato o indirecto. De ahí que estas intervenciones del legislador no respondan, en estricto sentido, a la idea de las delimitaciones.

¹⁷⁹⁵ BADURA, P. "Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 343. PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 172. También RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, p. 178 y REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 374-375. En sentido análogo, véase, entre otras, la sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁷⁹⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La ponderación de... Op. Cit.*, pp. 48 y ss.

¹⁷⁹⁷ *Idem*, p. 48.

como función social (artículo 58 párr. 2 frase 1 CC), hace de ésta una exigencia definitiva: impone al legislador la obligación de *conciliar los distintos elementos que integran su régimen*.

Es preciso, entonces, identificar los intereses contrapuestos y situar al interés general y a los intereses personales del propietario en una situación de equilibrio, que posibilite sentar las bases para una relación balanceada entre ambos elementos¹⁷⁹⁸. Por ende, el desconocimiento de este deber por una delimitación unilateral o sesgada, que favorezca o afecte únicamente a uno de los dos polos sobre los cuales bascula el régimen constitucional del derecho, resultará contrario a sus exigencias¹⁷⁹⁹. En últimas, como tiene establecido el BVerfG, “al legislador le corresponde, al definir la regulación contemplada en el artículo 14 Abs. 1 S. 2 GG, tener en consideración tanto el reconocimiento con carácter *ius fundamental* del derecho de propiedad privada por el artículo 14 Abs. 1 S. 1, como el mandato social del artículo 14 Abs. 2 GG. Debe poner los intereses dignos de protección de los afectados en un justo equilibrio y llevarlos a una relación ponderada”¹⁸⁰⁰. Mal podría ignorarse que la ponderación en cuestiones concernientes a la propiedad presenta la peculiaridad de no resolverse, como ocurre de ordinario con otras colisiones, mediante el enfrentamiento y posterior sopesamiento de cada una de las magnitudes contrapuestas, a efectos de determinar cuál de ellas presenta un mayor peso en las circunstancias concretas con el fin de solucionar el conflicto que se presenta¹⁸⁰¹. En estos casos la confrontación será siempre entre la propiedad, como garantía de utilidad individual (módulo individual), y la propiedad-función social que le es inherente (módulo colectivo)¹⁸⁰², como vehículo o receptáculo de los derechos, intereses o principios sociales que pugnan con el interés personal de propietario y se instalan en ella para asegurar su realización vía ejercicio dominical. Así, *por tener lugar entre los elementos que integran su estructura fundamental, utilidad privada y función social deben permanecer siempre como elementos reconocibles en la configuración del derecho que realice el legislador*.

189. La ponderación *como resultado* erige una segunda restricción a la discrecionalidad legislativa en esta materia. Este segundo sentido de la ponderación hace referencia a la decisión en sí y a su sometimiento a la denominada “ley de la ponderación”¹⁸⁰³, esto es, cuanto mayor sea la afectación experimentada por la variable que cede, mayor ha de ser la importancia de la variable que prevalece¹⁸⁰⁴. Este sentido de la ponderación coincide con el principio de proporcionalidad en estricto sentido, al cual se hará alusión más adelante. No obstante, como afirma RODRIGUEZ DE SANTIAGO, “el principio

¹⁷⁹⁸ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 172.

¹⁷⁹⁹ *Idem*.

¹⁸⁰⁰ BverfGE 58, 137.

¹⁸⁰¹ Así, BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los...* *Op. Cit.*, p. 97.

¹⁸⁰² REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de... *Loc. Cit.*, p. 208.

¹⁸⁰³ ALEXY, R. *Teoría de los...* *Ob. Cit.*, p. 138.

¹⁸⁰⁴ *Idem*.

de proporcionalidad no es sólo ponderación”¹⁸⁰⁵. Por esto, no deben ser confundidos¹⁸⁰⁶. Interesa ahora destacar que por virtud de esta exigencia y de la denominada doctrina del efecto recíproco (*Wechselwirkungslehre*), los límites que las leyes imponen a los derechos fundamentales deben ser, a su vez, limitados por los derechos mismos. El recurso a la ponderación permite examinar, en concreto, en qué medida el fin que busca atender la limitación establecida justifica la restricción del derecho efectuada¹⁸⁰⁷.

190. El mandato de ponderación debe impregnar, pues, tanto el proceso de formación que antecede a la expedición de la norma que delimita el contenido del derecho, como su resultado. Su acatamiento se erige así en un requerimiento mínimo del procedimiento legislativo¹⁸⁰⁸; al tiempo que en un condicionante de la validez de la decisión que al final se adopta¹⁸⁰⁹. Constituye así un claro límite, con implicaciones tanto sustanciales como procesales, a la libertad de configuración que la Constitución ofrece al legislador en este campo. Eventualmente el juez constitucional podrá entrar a examinar su decisión tanto en su aspecto formal (cumplimiento del mandato de ponderación como procedimiento), como material (adecuada identificación, consideración y valoración de los intereses en conflicto, esto es, ponderación como resultado). La manifiesta ausencia del procedimiento de ponderación –evidenciable en cualquiera de las instancias de formación de la norma– supondría, en este

¹⁸⁰⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La ponderación de... Op. Cit.*, p. 107.

¹⁸⁰⁶ *Idem*. La diferenciación de proporcionalidad y ponderación resulta valiosa y útil en consideración a la más exigente configuración de la primera. El carácter escalonado con el cual es aplicado el juicio de proporcionalidad en sus diferentes escalones conlleva la exigencia de verificar de manera previa que una medida proporcional en estricto sentido (*rectius* ponderada) sea idónea y necesaria. La aislada consideración del mandato de ponderación, en cambio, podría permitir la legitimación de medidas que aunque ponderadas pueden resultar innecesarias. *Vid. Idem*, pp. 108-109. El supuesto enjuiciado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 2006 ofrece un ejemplo claro de esta situación. Es posible que vista únicamente a la luz del mandato de ponderación, la prohibición de venta de tierras afectadas por la declaratoria de parque natural establecida en la ley examinada se mostrara como un resultado ponderado y, por ende, legítimo, en relación con la finalidad perseguida (protección de la naturaleza). No obstante, otra es la conclusión a la que se arriba si la cuestión es enfocada desde el prisma de la proporcionalidad. La exigencia de examinar *la necesidad* de la medida antes de proceder a valorar su proporcionalidad en estricto sentido (*rectius* ponderación) permitiría corroborar la presencia de otros medios igualmente eficaces para la consecución de dicho fin menos gravosos para el derecho limitado. Esta constatación permitiría fundamentar la inconstitucionalidad de la medida, por innecesaria, a pesar de su hipotético carácter de ponderada.

¹⁸⁰⁷ *Idem*, pp. 26-27.

¹⁸⁰⁸ Que el procedimiento legislativo, a diferencia del procedimiento administrativo, no se encuentre formalmente articulado como un espacio al cual pueden concurrir los titulares de los intereses eventualmente afectados por una decisión legal no puede relevar al legislador de su obligación de identificar los intereses en conflicto, atribuirles un peso relativo y justificar las razones por las cuales se otorga prevalencia a uno de ellos en concreto. El cumplimiento de esta exigencia debe figurar, cuando menos, en la exposición de motivos de la correspondiente ley. Con todo, lógicamente, en consideración al marco procedimental más adecuado para ello en el cual se surten sus actuaciones, la exigencia de ponderación ha de ser mayor respecto de la Administración.

¹⁸⁰⁹ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, p. 172.

sentido, una violación del derecho y de su régimen constitucional. Si por el contrario esta obligación ha sido atendida, corresponde al juez constitucional examinar la corrección de la decisión, con independencia de la fundamentación establecida por el legislador¹⁸¹⁰.

191. Asimismo debe considerarse el alcance puramente concreto de las diferentes ponderaciones efectuadas en los distintos casos a los que se aplique este procedimiento decisorio. En este sentido, que el módulo colectivo del derecho prevalezca en un determinado evento sobre el módulo subjetivo no puede tomarse como un canon definitivo para la articulación sistemática del régimen global de la propiedad privada. Dado que tanto función social como utilidad privada constituyen componentes estructurales del derecho, poseen un mismo rango o jerarquía constitucional. De ahí que la aplicación del criterio de la ponderación no permita más que la formulación de un *enunciado de preferencia condicionada* entre ellos, cuyo alcance se reduce a afirmar que *bajo unas determinadas circunstancias* debe prevalecer uno de estos extremos, sin que ello implique que en un supuesto diferente la balanza no pueda inclinarse a favor del otro¹⁸¹¹.

1.5. El contenido esencial del derecho de propiedad.

192. El núcleo o contenido esencial del derecho es acaso el más caracterizado de los límites señalados por la jurisprudencia constitucional a la potestad de delimitación de la propiedad privada¹⁸¹². En tanto que “reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno”¹⁸¹³, es claro que el denominado núcleo esencial tampoco puede ser desconocido por el legislador. De hecho, como se ha señalado con anterioridad,

¹⁸¹⁰ En últimas, como es puesto de relieve por PRIETO SANCHÍS, que el legislador acate este mandato y promulgue una ley ponderada no puede significar que se haya eliminado de forma general y definitiva toda forma de conflicto entre principios constitucionales. Esta posibilidad se halla latente en toda decisión con relevancia jurídico-constitucional, sin que le sea concedido al legislador decidir sobre ella. Según expresa este autor, “eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. “El juicio de... *Op. Cit.*, p. 195. Con todo, debe tenerse presente que, como observa la Corte Constitucional en su sentencia C-475 de 1997, FJ 3, “[e]n ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son *las mejores*. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales”.

¹⁸¹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La ponderación de... Loc. Cit.*, p. 41. También PRIETO SANCHÍS, L. “El juicio de... *Op. Cit.*, p. 190.

¹⁸¹² *Vid.*, p. ej., Corte Constitucional, sentencias C-006 de 1993, FJ 14; T-245 de 1997, SNFJ; T-427 de 1998, FJ C3; C-491 de 2002, FJ 4; C-1172 de 2004, FJ 4 y C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁸¹³ Sentencia T-799 de 1998, FJ 3.

es él el principal destinatario de esta garantía constitucional¹⁸¹⁴. Así, en armonía con su doctrina general en la materia¹⁸¹⁵, la Corte Constitucional ha manifestado que “el legislador puede limitar en mayor o en menor medida el espectro de protección del derecho de dominio, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, su clase y la utilización de los mismos, para hacer prevalecer intereses generales o por motivos de utilidad pública o para exigir el deber de solidaridad, pero *sin que ello signifique autorización para dejar sin efectos la garantía constitucional mínima e irreductible del derecho*”¹⁸¹⁶ (cursivas fuera de texto). De lo que se trata, en últimas, es de asegurar que a pesar del amplio margen de libertad que la Constitución otorga al legislador para definir la regulación de la propiedad, ésta no sólo garantice al propietario la conservación de la titularidad formal del derecho, sino además el respeto a un ámbito mínimo de libertad para la persecución y disfrute de la utilidad privada que le es inherente¹⁸¹⁷. Teniendo en cuenta que el núcleo esencial comienza allí donde terminan las posibilidades legítimas de regulación de un derecho fundamental¹⁸¹⁸, su reconocimiento supone la fijación de un claro límite a la intervención del legislador en la configuración del contenido dominical. De resultar indispensable una incursión de este calado, la delimitación no será el instrumento adecuado para su realización: la Constitución remite, entonces, al instituto expropiatorio.

193. No obstante, las no pocas dificultades inherentes a la figura del contenido esencial hacen de él una restricción más controvertida e incierta de lo que a primera vista puede parecer¹⁸¹⁹. Puesto que su eficacia depende, en todo, de la nada pacífica cuestión de la fórmula que se emplee para definirlo, dista mucho de ser un límite absoluto y seguro. De una parte, está ligado a la concepción (*lata* o *stricto sensu*) que se tenga de la propiedad constitucional. Para quien sostenga una visión restrictiva de este derecho, anclada en la construcción jurídico-civil del derecho real de dominio, el contenido esencial comprenderá *las tradicionales facultades de uso, goce y disposición*¹⁸²⁰. Para quién, en cambio, sostenga una noción amplia, más acorde con las exigencias materiales y metodológicas de la

¹⁸¹⁴ No debe olvidarse que su propósito fundamental es, como se puso de relieve en el apartado C del Capítulo Segundo de este trabajo, establecer un contrapeso a la reserva de ley, precaver su uso abusivo a fin de evitar una situación de inoperancia práctica o de vaciamiento del contenido de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Vid. HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 147.

¹⁸¹⁵ Al respecto, véanse las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado C-3 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁸¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁸¹⁷ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, pp. 35-36. En últimas, como sostiene LÓPEZ Y LÓPEZ, “[n]o se puede hablar de función social de un derecho inexistente o vacío totalmente de contenido”. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Ob. Cit.*, p. 167.

¹⁸¹⁸ HESSE, K. *Grundzüge des... Op. Cit.*, p. 149.

¹⁸¹⁹ Estas dificultades han sido analizadas en detalle previamente en el apartado C-3.2 del Capítulo Segundo de este trabajo, al cual se remite.

¹⁸²⁰ Así, p. ej., RAMIREZ VAQUERO, E. “Las más relevantes mutaciones... *Op. Cit.*, p. 226. En el derecho español, esta concepción ha sido recientemente defendida por MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de... Loc. Cit.*, p. 211.

Constitución -como se ha señalado con insistencia a lo largo de este trabajo-, el núcleo duro del derecho estará compuesto por *una genérica facultad de aprovechamiento privado, una indeterminada utilidad personal para su titular*¹⁸²¹. Aun cuando la jurisprudencia constitucional solía adherir a la primera postura¹⁸²², la decisión adoptada en la sentencia C-189 de 2006 y la reformulación del contenido esencial plasmada en esta decisión permiten apreciar un velado desplazamiento hacia la segunda¹⁸²³.

194. Puesto que este límite permite examinar la intervención desde el punto de vista de su intensidad y profundidad, y teniendo en cuenta que el contenido esencial de la propiedad *lato sensu* se traduce en una genérica utilidad privada atribuida a su titular, la delimitación realizada no puede ser equivalente a la exclusión de todo uso o aprovechamiento particular de que sea susceptible el bien en consideración a su situación particular. De lo contrario, de presentarse esta circunstancia, se sobrepasarían los límites de la función social por infringir el contenido esencial del derecho. *Siempre deben quedar posibilidades significativas de aprovechamiento económico en manos del propietario.* Por esto, la exclusión de una – entre varias- posibilidades de explotación posibles no representa infracción alguna de estos límites. Con todo, la propiedad debe seguir siendo rentable al propietario. Si bien pueden resultar válidas las restricciones que comportan una reducción de las utilidades de un bien o un derecho o la denegación de la posibilidad de aprovechamiento más rentable, *la utilidad privada no puede desaparecer completamente. Una carga semejante no puede ser legítimamente impuesta a un propietario en virtud de la función social del derecho.* El instituto expropiatorio entra aquí en escena.

195. Ahora bien, la notable abstracción de la fórmula del contenido esencial que se desprende de una concepción *lato sensu* del derecho se traduce en un amplísimo margen de discrecionalidad para el legislador, que acaba por neutralizar buena parte del componente de garantía inherente a la figura del contenido esencial. La imagen del derecho que el juez constitucional debe proteger se difumina tanto que surge el riesgo de legitimar conclusiones discutibles y decisiones más que dudosas –la sentencia C-189 de 2006 es un

¹⁸²¹ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Passim*, p.177. También BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Loc. Cit.*, p. 1782.

¹⁸²² Véase, entre otras, las sentencias C-006 de 1993, FJ 14; T-245 de 1997, SNFJ; T-427 de 1998, FJ C3; C-595 de 1999, FJ C; C-366 de 2000, FJ 4.4; C-204 de 2001, FJ 21

¹⁸²³ De acuerdo con lo sostenido en esta decisión, “no se desconoce el citado núcleo esencial cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales de enajenación sobre algunos bienes, o en ciertos casos, limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, *siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular -de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico- obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad*” (cursivas fuera de texto). Cfr. FJ 18. En sentido análogo, véase lo afirmado en el FJ 10. Sobre la adopción de esta nueva fórmula descriptiva del contenido esencial y sus implicaciones sobre la garantía del derecho, véase los apartados C-3.2 del Capítulo Segundo de este trabajo y E-1.2 c’) de este Capítulo.

ejemplo de ello-. Por esto, de entender –como se hace aquí- la propiedad constitucional como un derecho por medio del cual se atribuye a un sujeto *un ámbito de aprovechamiento privado* exclusivo y excluyente, sometido a una función social, cuyo contenido radica en el *interés particular en obtener una utilidad privada y el correlativo poder de aprovechamiento o explotación*, salvo que se utilice el ya referido recurso a los tipos propietarios¹⁸²⁴, el contenido esencial está llamado a perder protagonismo en sede de control de constitucionalidad. Como se evidencia en la sentencia C-189 de 2006 de la Corte Constitucional, en la cual se le utiliza como *único parámetro de control* de una ley que *suprime* el poder de disposición de los propietarios de predios afectados por la declaratoria de parque natural mediante la prohibición de su enajenación y se le encuentra ajustada a la Constitución, la adopción de una concepción *lato sensu* de la propiedad constitucional exige la incorporación de otras herramientas de control –*v. gr.* el mandato de ponderación y el principio de proporcionalidad- o la articulación de una tipología de derechos de propiedad provistos de contenidos esenciales específicos. Esto, como forma de compensar la menor tutela del derecho que representa la referida “neutralización” de la garantía de su contenido esencial y de recortar la mayor discrecionalidad legislativa que resulta de una comprensión semejante.

Como ha sido ya señalado con ocasión del análisis de la fórmula del contenido esencial de la propiedad acuñada por el juez constitucional en la sentencia C-189 de 2006¹⁸²⁵, si bien ella se encuentra dotada de la suficiente generalidad para abarcar el sinnúmero de posiciones jurídico-patrimoniales configuradas por el legislador, carece del peso conceptual y la fuerza descriptiva necesaria para cumplir la *función de límite* que corresponde al contenido esencial de un derecho fundamental. De ahí que sea preciso robustecer el repertorio de instrumentos de control con los que el juez constitucional enfrenta su labor de fiscalización de las decisiones del legislador o apelar al recurso de los tipos propietarios –lo cual, por supuesto, en nada obsta para la aplicación de insumos como el principio de proporcionalidad o el mandato de ponderación-. Debido a los problemas que presenta, esta tarea no puede ser acometida con el contenido esencial como única herramienta de supervisión de la conformidad de las leyes a la Constitución.

196. De otra parte, y aunque resulte paradójico, el énfasis puesto por la jurisprudencia constitucional en resaltar la importancia formal de este límite no ha estado siempre acompañado por una línea jurisprudencial que defienda el contenido material que se desprende de esta garantía. Esto se evidencia en una jurisprudencia en la cual el desconocimiento del núcleo esencial no siempre se traduce en la producción o en la reiteración de la única consecuencia jurídica que, en rigor, debe aparecer su infracción: la inconstitucionalidad de la medida. La idea equivocada que el derecho de propiedad encierra *únicamente* una *garantía de valor* ha llevado a que, en la práctica, la garantía del derecho sea vista sólo como

¹⁸²⁴ *Vid. supra* el apartado D y sus sub-apartados del Capítulo Segundo de este escrito.

¹⁸²⁵ *Vid.* el apartado E-5 del Capítulo Primero de este trabajo y, en especial, el apartado C-3.2 del Capítulo Segundo.

una prohibición de la privación sin indemnización. No otra conclusión puede obtenerse del planteamiento según el cual el contenido esencial *no resulta afectado de ser intercambiado por su equivalente económico*¹⁸²⁶, tal como es sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-544 de 2007¹⁸²⁷. *El valor puramente indemnizatorio que se atribuye jurisprudencialmente a la garantía constitucional de la propiedad privada*¹⁸²⁸ merma significativamente el efecto tuitivo inherente al contenido esencial de los derechos fundamentales, desvirtúa su condición de límite al poder delimitador del legislador y desquicia la sistemática del régimen constitucional de la propiedad: en últimas, como ha sido subrayado líneas atrás¹⁸²⁹, esta comprensión equivale a entender que la ley es libre de realizar cualquier configuración del derecho siempre que se atienda a las exigencias de la garantía indemnizatoria.

197. Por esto, reivindicar el papel de límite al poder de configuración del contenido del derecho que asiste al legislador que corresponde al núcleo esencial presupone tomar conciencia de las propias limitaciones de esta figura en el caso de la propiedad constitucional. De lo contrario, su empleo a espaldas de esta realidad puede conllevar el (paradójico) menoscabo de la tutela del derecho. La permanente reiteración de su existencia y su reconocimiento por el juez constitucional debe ser coherente con sus circunstancias concretas. Por ende, debe suponer, por una parte, la aplicación de la consecuencia jurídica inherente a su infracción, esto es, la inconstitucionalidad de las medidas que lo desconozcan; y por otra, debe acompañarse de las cautelas necesarias para asegurar un contrapeso efectivo a la pérdida de su fuerza astringente por causa de la menor capacidad descriptiva de la fórmula que resulta de la mayor amplitud propia de la noción constitucional de la propiedad. Como ya ha sido señalado, ello supone o bien la forzosa aplicación de insumos de control complementarios (*v. gr.* el principio de proporcionalidad o el mandato de ponderación), de suerte que no sea el contenido esencial el único parámetro de fiscalización empleado por el juez constitucional, o bien el recurso a los tipos propietarios¹⁸³⁰.

1.6. El principio de proporcionalidad.

198. El principio de proporcionalidad representa una última restricción genérica a la potestad legal de delimitación del contenido del derecho de propiedad¹⁸³¹.

¹⁸²⁶ Al respecto, véanse *supra* las consideraciones efectuadas en el apartado E-1.2 c') de este Capítulo.

¹⁸²⁷ *Vid.* FFJJ 17-20.

¹⁸²⁸ En este sentido, pueden verse también las decisiones del juez administrativo citadas en el apartado E-1.2 c') de este Capítulo.

¹⁸²⁹ *Cfr.* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado E-1.2 b) del Capítulo Cuarto de este trabajo, al abordar la discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho español.

¹⁸³⁰ *Vid. supra* la tipología propuesta en el apartado D-2 del Capítulo Segundo de esta investigación.

¹⁸³¹ Una visión general de la importancia de la aplicación de este límite a esta actividad en SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad de la Administración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 542 y ss.

Considerada como la más significativa de las restricciones que debe afrontar el legislador que delimita los derechos fundamentales¹⁸³², el principio de proporcionalidad exige que éstos sean restringidos únicamente en la medida estrictamente indispensable para la atención de los intereses públicos que buscan ser realizados mediante su limitación¹⁸³³. Su finalidad no es otra que de establecer un equilibrio razonable entre el derecho limitado y el interés general que sirve de base a la limitación impuesta. Para conseguir este objetivo introduce una lógica de relación medio a fin enderezada a establecer si una determinada medida limitadora de un derecho se justifica a la luz del fin de interés general que se pretende realizar. De esta forma, y en consideración a los tres escalones o subprincipios que lo integran (idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido¹⁸³⁴), impone que el medio de intervención elegido sea adecuado para la realización del fin perseguido (*adecuación*), que su utilización se muestre como necesaria o indispensable -es decir, que no exista otro recurso igual de eficaz para realizar el fin que resulte menos oneroso o más moderado en términos de sacrificio del derecho- (*necesidad*) y, por último, que exista una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio escogido -esto es, que desde una perspectiva (abstracta) de coste-beneficio exista un balance adecuado entre el sacrificio impuesto al derecho y la finalidad que se espera alcanzar- (*proporcionalidad en estricto sentido*).

199. El juicio de idoneidad busca excluir medios *inidóneos* para la realización del fin. Edificado sobre el de idoneidad -que es su presupuesto lógico-, el juicio de necesidad pretende desechar medios *excesivamente gravosos*: en presencia de alternativas de intervención más *suaves* o *moderadas* e igualmente eficaces para la consecución del fin, no resulta justificado el empleo de un medio más restrictivo del derecho. Por último, y superados los exámenes anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto permite rechazar intervenciones que a pesar de ser adecuadas y necesarias no compensan con sus ventajas el sacrificio que se impone al derecho. La determinación de este balance entre los costes y los beneficios de la medida supone una remisión a la denominada "ley de la ponderación"¹⁸³⁵, esto es, cuanto mayor sea la afectación experimentada por el derecho, mayor ha de ser la importancia y el peso específico de la realización del fin perseguido. En razón de su estructura, la vigencia del principio de proporcionalidad impone que las delimitaciones al contenido de la propiedad

¹⁸³² Así, en el derecho colombiano, BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los... Ob. Cit.*, p. 82. Esta condición es igualmente destacada en el Derecho alemán, *vid.* PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Op. Cit.*, p. 64. En España, BARNÉS VÁZQUEZ ha hecho referencia, por ejemplo, al carácter irrenunciable de este principio respecto del control de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales. *Vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1997, pp. 33 y ss.

¹⁸³³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La ponderación de... Loc. Cit.*, pp. 25 y 105.

¹⁸³⁴ Sobre la estructuración de estos tres escalones o subprincipios, puede consultarse BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Loc. Cit.*, pp. 688 y ss.; también BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", en *RAP*, No. 135, 1994, pp. 502 y ss.

¹⁸³⁵ ALEXY, R. *Teoría de los... Ob. Cit.*, p. 138.

sean útiles, necesarias y equilibradas para la realización de la función social que es inherente al derecho¹⁸³⁶. Esto, con la finalidad de establecer un equilibrio razonable entre la utilidad económica del propietario y el interés general que la función social busca atender en una concreta delimitación del derecho.

200. El carácter vinculante de este principio se desprende tanto de su relación con el principio de Estado de Derecho¹⁸³⁷, como del reconocimiento del contenido esencial como barrera al legislador¹⁸³⁸ y del principio de interdicción de la arbitrariedad como límite al ejercicio del poder público¹⁸³⁹. Por esta razón, opera tanto frente al legislador como frente a la Administración. No obstante, su grado de vinculación respecto de uno y otro no puede ser equiparado¹⁸⁴⁰. El primero goza de un mayor margen de discrecionalidad para determinar los fines a seguir y los medios a utilizar: mientras que la Constitución sólo de manera excepcional impone al legislador la persecución de fines o el empleo de medios específicos, la ley reduce de manera significativa la libertad de apreciación de la Administración en este sentido¹⁸⁴¹. De cualquier forma, por virtud de este principio se tiene que la amplitud de la potestad estatal de delimitar el contenido del derecho se encuentra en una relación directamente proporcional con el interés general que se pretende proteger o realizar a través de la incursión efectuada. De este modo, cuanto más estrecho e intenso sea el vínculo que une a un bien o derecho objeto de propiedad con un interés general específico alojado en la cláusula de la función social, más amplias serán las posibilidades que le asisten al legislador y a la Administración para determinar los límites y el contenido del derecho¹⁸⁴².

201. Eventualmente, el resultado negativo que arroje la aplicación del test de proporcionalidad sobre una concreta medida delimitadora podrá suponer, más que la inconstitucionalidad neta del fin propuesto, la improcedencia del instrumento empleado (*rectius* delimitación) y, por ende, cuando así lo precisen los intereses generales perseguidos, la remisión al expediente de la expropiación. El principio de proporcionalidad constituye así una importante herramienta a efectos de determinar el tipo de intervención que el legislador ha de efectuar (delimitación o expropiación). La evaluación de la medida adoptada debe ser, entonces, por regla, una *valoración general y abstracta*, es decir, no orientada a la

¹⁸³⁶ Así, de forma general respecto de la relación que debe mediar entre las limitaciones a los derechos fundamentales y el interés general BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Introducción al principio de... *Loc. Cit.*, p. 499.

¹⁸³⁷ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 63. También RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La ponderación de... Op. Cit.*, p. 106 y BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Loc. Cit.*, p. 514.

¹⁸³⁸ HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 149. En este sentido, también BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Loc. Cit.*, p. 514.

¹⁸³⁹ BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los... Op. Cit.*, p. 514.

¹⁸⁴⁰ PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Passim*, p. 64.

¹⁸⁴¹ *Idem. Vid.* Corte Constitucional, C-531 de 1993, FJ 23.

¹⁸⁴² BADURA, P. "Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 343. En sentido análogo, también RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 178. Igualmente REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, pp. 374-375.

situación concreta de un propietario específico o de un círculo determinado de ellos. Más que para el juez constitucional, la perspectiva particular resultará útil para el juez administrativo, cuando quiera que se enfrente a eventuales reclamaciones indemnizatorias de propietarios afectados por delimitaciones (legítimas) de la propiedad privada por infracción del principio de igualdad ante las cargas públicas. No obstante, esta perspectiva podrá resultar útil, en sede de control de constitucionalidad, para evaluar la validez de reglas compensatorias especiales previstas por el legislador para amortiguar los efectos negativos de eventuales sacrificios especiales originados por una delimitación legítima a la luz de la regulación general del derecho en la Constitución.

1.7. La protección de “lo adquirido”.

202. La garantía constitucional del derecho de propiedad ampara, se ha dicho ya, lo legítimamente adquirido¹⁸⁴³. Esta protección representa un caso especial de restricción al poder de delimitación del legislador. A diferencia de los anteriores, que aplican de manera general, su vigencia está limitada a los supuestos de *legislación sucesiva o de reforma*; esto es, aquella que modifica un régimen jurídico preexistente, al amparo del cual nacieron y se consolidaron derechos cubiertos por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC¹⁸⁴⁴. Este mismo enunciado somete expresamente la validez de esta clase de leyes a la observancia de este límite. De acuerdo con lo prescrito en su parte final, los derechos que constituyan propiedad constitucional “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Por ende, mal podría entenderse que la delimitación de la propiedad en virtud de su función social permite su desconocimiento¹⁸⁴⁵. De ser ello necesario por exigencias del interés general, el legislador deberá apelar al expediente de la expropiación (artículo 58 párr. 4 CC), cuyo objeto específico es la *legítima privación* de bienes de propiedad particular por razones de utilidad pública o interés social¹⁸⁴⁶. Una vez delimitada por el legislador en un régimen jurídico general y abstracto e incorporada a un patrimonio concreto, la propiedad comienza a gozar de la protección constitucional que la Constitución confiere a “lo adquirido”. Por ende, su privación le está vedada al legislador delimitador. Una intervención de esta naturaleza queda remitida al cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 58 párr. 4 CC en materia de expropiación.

203. Esta circunstancia condiciona de manera notable la actuación del legislador de reforma al definir el nuevo régimen: al tiempo que le impone el deber de observar y respetar la existencia de las posiciones jurídicas preconstituidas

¹⁸⁴³ En este sentido, véase PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, pp. 28 y ss.; KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Passim*, p. 160; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Ob. Cit.*, pp. 35 y ss.

¹⁸⁴⁴ Al respecto, ver las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁸⁴⁵ En este sentido, también DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, p. 181.

¹⁸⁴⁶ *Idem*, pp. 181-182.

consolidadas en vigencia de la normatividad antecedente, le obliga a contemplar cuidadosamente su incidencia sobre tales posiciones, a regular con celo los efectos de la nueva normativa en el tiempo y, de ser preciso, definir las reglas expropiatorias correspondientes. Lo acontecido en el ordenamiento español con la demanialización de las costas es un buen ejemplo de ello¹⁸⁴⁷. Salvo claros motivos de utilidad pública e interés social que así lo requieran, la ley no puede privar a los particulares de los bienes o derechos que ingresaron definitivamente a su patrimonio. Y en caso de presentarse tales razones, dicho sacrificio deberá efectuarse con arreglo a las prescripciones del artículo 58 párr. 4 CC; esto es, deberá dar lugar a que se produzca la definición por el legislador de la *causa expropriandi* (motivos de utilidad pública o interés social), se adelante un proceso (judicial o administrativo) de expropiación y se pague la correspondiente indemnización¹⁸⁴⁸. Solo el cumplimiento de estas exigencias convalida la privación de un derecho legítimamente adquirido. De lo contrario, se habrá efectuado una intervención contraria a la Constitución y, por lo mismo, invalida.

204. Naturalmente no toda incursión legislativa que afecte una posición jurídico-patrimonial consolidada bajo un régimen anterior amerita su expropiación. Como ha sido ya destacado, es preciso distinguir entre las intervenciones que conllevan la *desaparición de lo adquirido*, de aquellas que únicamente comportan la *modificación de sus condiciones de ejercicio*¹⁸⁴⁹. Más que la previsión de reglas

¹⁸⁴⁷ Al respecto, véase la decisión STC 149/1991, FJ 8 B). Antes que establecer una privación de “lo adquirido”, como se puede apreciar en las SSTC 227/1988, FJ 11, y 14/1998, FJ 4, respectivamente relacionadas con reformas al régimen de las aguas y de la caza en la Comunidad Autónoma de Extremadura, estas controvertidas modificaciones del ordenamiento jurídico español comportaron meras alteraciones del régimen de ejercicio (*rectius cambio de condiciones de disfrute*) de derechos previamente engendrados. Así, por ejemplo, como se evidencia en el texto de la STC 227/1988, FFJJ 11 y 12, en relación con la reforma a ley de aguas, contrario a lo que puede sugerir la problemática e innecesaria alusión a las expropiaciones derivadas de ataques al contenido esencial del derecho (FJ 11), el legislador no excedió su competencia delimitadora al regular este asunto. *Más que privar de un derecho* a los particulares, en ella el legislador *modificó las condiciones de su ejercicio*. Esto, por cuanto el derecho amparado en este caso por la propiedad privada constitucional (el derecho a un aprovechamiento privativo de agua) se mantuvo inalterado. Variaron, sí, de manera general, sus condiciones de uso. Lógicamente, la disposición que impone *pro futuro* un máximo de 75 años a la duración de esta clase de aprovechamientos comporta una delimitación severa respecto de aquellas concesiones que habían sido otorgadas a perpetuidad. No obstante, la no previsión de un término de duración de una concesión no altera la naturaleza del título. Como afirma con acierto GALLEGO ANABITARTE, “todo concesionario de dominio público aunque sea a perpetuidad, permanece concesionario y no pleno propietario, porque está sujeto a unas condiciones y modos en la concesión cuyo incumplimiento puede producir sanción caducidad” (cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A. y J. M. DÍAZ LEMA. *El derecho de aguas en... Loc. Cit.*, p. 212, nota a pie de página No. 83). En estas condiciones, mal podría controvertirse que tanto la especialidad de la propiedad amparada (una concesión sobre un bien público) como del recurso sobre el que recae y la magnitud de los intereses públicos concurrentes bien justifican una medida de esta índole. Sobre la distinción entre supresión o eliminación de una posición jurídica-subjetiva y la reforma o modificación de sus condiciones de ejercicio, véase *supra* el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁸⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2002, FJ 3.1.2. En sentido análogo, la sentencia C-147 de 1997, FJ 2.1 *in fine*.

¹⁸⁴⁹ *Vid. supra* en el apartado A-1.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

expropiatorias, lo procedente en este último supuesto –que constituye, por lo demás, el habitual- será la articulación de un *régimen de transición* adecuado y una correcta definición de los efectos de la nueva legislación en el tiempo¹⁸⁵⁰. Esto, teniendo en cuenta que si bien resulta prácticamente imposible que el legislador no afecte o incida de una forma u otra sobre el pasado y que este tipo de intervenciones pueden resultar justificadas a la luz del interés general, la Constitución –en especial los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y proporcionalidad- impone ciertas condiciones que deben ser atendidas¹⁸⁵¹.

2. Propuesta en materia de control de constitucionalidad de las leyes delimitadoras del contenido de la propiedad.

205. A pesar de ser casi en su totalidad referencias usuales de la jurisprudencia constitucional, la aplicación de estos límites por parte del juez constitucional dista mucho de ser constante o consistente y es, en todo caso, asistemática. En ocasiones el juicio de constitucionalidad se orienta a la mera constatación de la conexión de la delimitación efectuada con el interés general¹⁸⁵²; otras se apoya (únicamente) en el contraste de la medida evaluada con el contenido esencial del derecho¹⁸⁵³. También se ha apelado al canon de la razonabilidad de la intervención¹⁸⁵⁴. Recientemente se han emprendido esfuerzos notables de sistematización de límites, que han resultado en la aplicación integral de las restricciones que derivan del contenido esencial, el interés general como fundamento de esta clase de intervenciones y los principios de razonabilidad y

¹⁸⁵⁰ Con el fin de respetar la prohibición de retroactividad de la ley, el legislador no podrá pretender modificar *a posteriori* situaciones jurídicas concluidas o agotadas en el pasado (*retroactividad propia*). Este supuesto es visiblemente distinto del de la denominada *retroactividad impropia*, en el cual no existe verdadero efecto retroactivo. Al determinar la aplicación *pro futuro* de una nueva ley a situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, pero no concluidas ni agotadas, su efecto se limita únicamente a afectar o incidir sobre el pasado, mas no a modificarlo. Sobre esta distinción, véase BACIGALUPO SAGESSE, M. “Límites constitucionales a la... *Loc. Cit.*, pp. 108 y ss.

¹⁸⁵¹ *Vid. supra* el apartado A-1.3 (y sus dos sup- apartados) del Capítulo Segundo de este escrito.

¹⁸⁵² Véase, en este sentido, la sentencia C-491 de 2002, FJ 5, en la cual se debate la constitucionalidad de la potestad reconocida a los alcaldes para ordenar la reparación de las construcciones o el arreglo de las fachadas de los bienes que se encuentran en su jurisdicción que se encuentran en mal estado de conservación o de presentación. A pesar de aludir en su argumentación al contenido esencial del derecho, la decisión se decanta, al final, por el criterio de la conformidad de la limitación establecida con el interés de la colectividad.

¹⁸⁵³ Es el caso, tantas veces referido, de la sentencia C-189 de 2006 y su prohibición de venta de tierras de los predios afectados por una declaración de parque natural. *Vid.* FFJJ 9 y 18.

¹⁸⁵⁴ Es el caso de la sentencia C-119 de 2006, FJ 10. En ella se valora la constitucionalidad de un conjunto de medidas que obligan a las instituciones bancarias a cargo de la recaudación de los depósitos judiciales a girar a la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el producto trimestral de estos dineros, propiedad de las partes de determinados procesos judiciales. Aunque el de la razonabilidad no es el único límite empleado –hay también una referencia a la función social del derecho y a como “aunque la Constitución garantiza la propiedad privada (...) no garantiza el máximo beneficio de ella” (FJ 9)-, el que se trata de un “fin constitucionalmente legítimo” es destacado de manera especial por el juez constitucional en su argumentación.

proporcionalidad¹⁸⁵⁵. No obstante, en otras oportunidades el análisis realizado ha prescindido de la consideración de cualquiera de estos parámetros, para efectuarse desde la más genérica -y menos garantista- perspectiva de la conformidad de una determinada carga con la idea de la función social de la propiedad¹⁸⁵⁶. Aunque esta subsunción podría parecer legítima, por un lado, encubre un margen de discrecionalidad tan amplio que resulta inasumible¹⁸⁵⁷; por otro, desconoce que se está frente a la limitación de un derecho fundamental, situación que origina unas exigencias argumentativas bastante más elevadas. También se ha llegado, incluso, al extremo de desestimar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra una ley delimitadora de la propiedad rural a partir de la simple manifestación de que la propiedad constitucional no es absoluta y que se encuentra sujeta a las limitaciones que el legislador “juzgue necesario introducir en aras del superior beneficio de la comunidad”, seguida de una interpretación de la ley impugnada enderezada a mostrar que los cargos carecían de fundamento. Esto, sin antes haber examinado el fondo de la cuestión planteada desde la perspectiva jurídico-constitucional que corresponde al juez constitucional, habiendo mérito para ello¹⁸⁵⁸.

206. En este contexto, la sistematización de los límites anteriormente efectuada y la evidente falta de una línea jurisprudencial constante en material de control de constitucionalidad de las intervenciones legales que delimitan el contenido de la propiedad, sugieren la conveniencia de realizar una propuesta en este campo. Consiste en la formulación de un *test integrado de constitucionalidad*. Como se puede apreciar con el denominado *test de razonabilidad* articulado por la Corte Constitucional en materia de igualdad¹⁸⁵⁹, la idea de los test no resulta extraña a la jurisprudencia constitucional colombiana. En el Derecho comparado el

¹⁸⁵⁵ En este sentido es destacable la ya referenciada sentencia C-544 de 2007, relativa a la imposición de la servidumbre de tránsito en supuestos de no desconexión total de un predio con la vía pública.

¹⁸⁵⁶ Así, la sentencia C-295 de 1993, en la cual se examina la validez de las cesiones urbanísticas gratuitas. *Vid.* FJ d).

¹⁸⁵⁷ Lo contrario sería hacer abstracción del hecho que la cláusula de función social representa un enunciado normativo formulado a manera de principio -esto es, carente de una estructura condicional hipotética, con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica determinada-, con lo cual su aplicación escapa al método tradicional de la subsunción. Su interpretación y aplicación exige, por esta causa, el recurso a insumos más sofisticados que los empleados de manera tradicional. Más cuando a ella irá siempre ligada la restricción del momento o módulo subjetivo del derecho de propiedad. Recursos como la ponderación o el principio de proporcionalidad emergen, en este contexto, como pertinentes para asegurar la efectividad de la garantía constitucional del derecho.

¹⁸⁵⁸ Es el caso de la sentencia C-223 de 1994, en la cual se impugnaba la restricción fijada por el legislador a los predios rurales de extensión inferior a 3 hectáreas, considerados indivisibles “para todos los efectos legales”. Tanto este cuestionable proceder, como la decisión final adoptada son objeto de un serio reproche en el voto particular suscrito por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Con acierto, el magistrado disidente llama la atención sobre el hecho que el indiscutible carácter limitado del derecho de propiedad no puede significar el carácter ilimitado de la potestad legislativa de delimitación de su contenido.

¹⁸⁵⁹ *Cfr.* las sentencias de la Corte Constitucional T-422 de 1992, FFJJ 13 y 14 y la sentencia C-530 de 1993, SNFJ.

ordenamiento de los EEUU y su *balancing test* sobre las intervenciones regulatorias de la propiedad privada, orientado a determinar si las limitaciones impuestas a los propietarios son legítimas o resultan excesivas (*taking*)¹⁸⁶⁰, ofrece asimismo un claro ejemplo de la utilidad de esta clase de instrumentos en esta materia.

207. Toda vez que los límites señalados en los apartados anteriores encuentran su fundamento en el artículo 58 CC, el juez constitucional podrá emplearlo siempre que se argumente que una determinada medida legislativa infringe el derecho fundamental garantizado por esta disposición. De esta forma, y sin perjuicio de poder graduar la intensidad del juicio de conformidad con el tipo de propiedad implicada o la gravedad de la intervención realizada, existirá claridad tanto para el legislador como para la ciudadanía en general respecto de cuáles son los patrones constitucionales que gobiernan el ejercicio de esta potestad legislativa. Toda vez que la restricción que deriva de la protección de “lo adquirido” aplica únicamente a los supuestos de *legislación sucesiva* o *de reforma* y que presupone el debate sobre si la incursión afecta la existencia del derecho o sus condiciones de ejercicio, este límite no es incluido dentro del test propuesto. Por esto, si el cargo elevado contra una determinada medida legislativa consiste en su supuesta infracción de dicha restricción, ella deberá dar lugar a un análisis por separado. El referido test estaría integrado, entonces, por seis escalones, de verificación sucesiva, que operaría de la siguiente manera:

- i) Escalón Uno: *Juicio de la competencia del legislador*: De conformidad con lo establecido en el apartado 1.1 del literal F anterior, esta fase está enderezada a determinar la adecuación típica de la medida efectuada, esto es, a definir mediante un examen formal si se está frente a una intervención delimitadora o expropiatoria.
- ii) Escalón Dos: *Juicio de razonabilidad*: Siguiendo lo definido en el apartado 1.2 del literal F anterior, esta fase tiene como finalidad valorar la legitimidad de la justificación que sirve de base a la intervención realizada en el ámbito de la propiedad. Apunta, pues, a verificar si ésta se encuentra justificada por un objetivo constitucionalmente relevante.
- iii) Escalón Tres: *Juicio de conformidad con el interés general*: Teniendo en cuenta el límite señalado en el apartado 1.3 del literal F anterior, el tercer paso de este test apunta a corroborar que se está frente a un supuesto de delimitación del derecho por virtud de la función social. Toda vez que pueden existir casos de delimitación fundados en otros derechos particulares y no en intereses colectivos¹⁸⁶¹, y que éstos se encuentran sometidos a otro régimen, resulta pertinente determinar

¹⁸⁶⁰ Sobre el *balancing test* en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los EEUU, véase AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuesta para... *Ob. Cit.*, pp. 958 y ss.

¹⁸⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007, FJ 15.

este extremo. Es preciso, entonces, que la intervención realizada tenga como finalidad servir o realizar un interés de la comunidad.

- iv) Escalón Cuatro: *Juicio de ponderación*: Definido que se trata de una delimitación del contenido dominical amparada por la función social del derecho, y en consideración al carácter dual de éste, resultará procedente examinar su conformidad con el mandato de ponderación como procedimiento –su faceta de resultado ha de ser abordada en el último escalón, al examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida-. Por ende, y de acuerdo con lo señalado en el apartado 1.4 del literal F anterior, no puede tratarse de una medida unilateral o sesgada, que ignore la compleja estructura dual del derecho y la obligación que pesa sobre el legislador de conciliar los distintos elementos que convergen en él. En atención a las exigencias del mandato de ponderación resulta procedente, entonces, corroborar si el legislador identificó los diferentes intereses afectados por la decisión (fundamentalmente los intereses públicos o sociales, de un lado, y los personales del propietario, de otro), consideró su peso en el caso concreto y procuró establecer un balance adecuado entre ellos. Las particularidades del procedimiento legislativo dificultan esta comprobación, por lo cual no sólo debe intentar derivarse estas claves del producto final; el conjunto de los antecedentes legales resulta determinante.
- v) Escalón Cinco: *Juicio de conformidad con el contenido esencial del derecho*: Verificado que se trata de una intervención delimitadora, amparada en la cláusula de función social de la propiedad, que atiende tanto a las exigencias del interés general como del interés particular del titular del derecho, el quinto nivel de análisis busca confrontar la conformidad del ámbito dejado al interés personal del propietario con el contenido esencial del derecho. Su definición, ya sea genérica o por tipos, resulta entonces decisiva en relación con el grado de efectividad de este límite.
- vi) Escalón Seis: *Juicio de proporcionalidad*: Superadas las fases anteriores, será preciso examinar la proporcionalidad de la medida. Para ello, y según se explicó de manera precedente en el apartado 1.6 del literal F, resulta procedente examinar la idoneidad de la medida para alcanzar el fin previsto, su condición de necesaria o indispensable para ello, lo mismo que su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el derecho sacrificado no tenga un mayor peso que el interés, derecho o principio que se pretende realizar.

208. La aplicación de este test no sólo contribuiría a paliar la actual situación de incertidumbre imperante en relación con los cánones de control aplicables por el juez constitucional a este tipo de intervenciones legales, sino que permitiría efectuar una construcción racional, ponderada y fiel a la Constitución de una

materia tan importante como el régimen constitucional de la propiedad privada. Así, al tiempo que se racionaliza y formaliza el debate sobre el alcance del poder de delimitación de la propiedad, el reconocimiento de un número plural de límites permite encarar la equivocada e inconveniente idea según la cual al legislador delimitador no obedece más que a un vaporoso y huidizo contenido esencial; que por lo demás es visto como susceptible de un libre intercambio por su equivalente económico. El énfasis puesto en este repertorio de límites, además de mitigar la ausencia de fórmulas mágicas que respondan a la pregunta de hasta dónde puede llegar el legislador que delimita el contenido del derecho, permite singularizar el régimen jurídico-constitucional de la actividad delimitadora del derecho, brindarle a este último una mayor protección y definir condiciones más aptas para un cabal desarrollo legislativo de su función social.

Capítulo Quinto

La expropiación

“La expropiación no es una limitación, una restricción o, menos aún, la negación de la protección constitucional de la propiedad, sino su consecuencia”.

O. KIMMINICH¹⁸⁶²

209. La expropiación es quizás la más clásica y conocida representación del carácter no absoluto de la propiedad privada. Como se puede apreciar en el artículo 17 de la DDHC de 1789 o en la quinta enmienda de la Constitución de los EEUU de 1787, aun en los más rutilantes momentos de la propiedad liberal, el reconocimiento de este derecho ha ido acompañado de la atribución de la potestad expropiatoria al Estado. Más que una anomalía o una antinomia, constituye una forma de asegurar que su vigencia y garantía no impedirán ni entorpecerán el progreso ni el bienestar general. Por un lado, asegura la prevalencia del interés general sobre los intereses personales del titular del derecho; por otro, tanto la preservación del derecho en cuanto institución, como de los intereses patrimoniales del expropiado, mínimamente afectados a causa de las garantías que le son inherentes. Por esto, como afirma IHERING, la expropiación es, ante todo, una “solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario”¹⁸⁶³. Más que relativizar o anular la garantía constitucional de la propiedad, la institución de la expropiación supone su confirmación e incluso su fortalecimiento: *sólo allí donde existe una propiedad constitucionalmente amparada puede haber expropiación*¹⁸⁶⁴; y su procedencia está condicionada al lleno de los requisitos que la Constitución le ha fijado, justamente, en consideración de la mayor efectividad de aquella¹⁸⁶⁵. No resulta

¹⁸⁶² KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Passim*, p. 160.

¹⁸⁶³ IHERING, R. v. *El fin del... Op. Cit.*, p. 253. La prevalencia de la idea individualista de propiedad privada hacía que este autor efectuara este planteamiento en términos radicales, no aplicables a día de hoy por causa del extendido reconocimiento de la función social del derecho. En su concepto “[l]a expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario; sólo ella hace de la propiedad una institución prácticamente viable, que, sin ella, sería para la sociedad un azote”. *Cfr. Idem.*

¹⁸⁶⁴ De lo contrario no podrá haber expropiación; habrá, quizás, una afectación de la confianza legítima o un trato contrario al principio de igualdad –como ocurre, por ejemplos, en algunos supuestos de innovación normativa–, pero no una privación subsumible bajo el régimen constitucionalmente previsto para el instituto expropiatorio.

¹⁸⁶⁵ KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Ob. Cit.*, p. 163.

entonces exagerado afirmar que potestad expropiatoria y garantía de la propiedad son “haz y envés de la misma institución unitaria”¹⁸⁶⁶.

210. En este contexto se inscribe el artículo 58 CC. Siguiendo la tradición reciente y en línea con el constitucionalismo económico de la posguerra, además de proclamar la función social del derecho (artículo 58 párr. 2 CC), contiene tanto la garantía de la propiedad privada (artículo 1 párr. 1 frase 1 CC), como la habilitación al legislador para definir la necesidad de expropiar ciertos bienes de los particulares cuando así lo exija la realización de un interés público o social (artículo 58 párr. 4 CC). Este mismo esquema puede encontrarse también, entre otras, en las Constituciones alemana de 1949 (artículo 14) y española de 1978 (artículo 33). Al tiempo que se encomienda al Estado la protección y garantía del derecho, le atribuye el poder de delimitar su contenido con arreglo al criterio de la función social y de tomar la propiedad de los ciudadanos cuando se cumplan las condiciones constitucionalmente establecidas para ello.

211. Por cuanto supone el despojo (total o parcial) de una posición jurídico-patrimonial amparada por la propiedad de manos de su propietario, la expropiación constituye el ataque más frontal que el Estado puede dirigir sobre derechos legítimamente adquiridos y legítimamente ejercidos¹⁸⁶⁷. Su fundamento reposa tanto en la necesidad de asegurar la prevalencia del interés general – especialmente en supuestos en que éste pueda demandar bienes concretos en manos privadas-, como en el carácter no absoluto y condicionado a aquél con que se reconoce el derecho de propiedad¹⁸⁶⁸. Con todo, los requisitos fijados por la

¹⁸⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, p. 38. La validez de esta afirmación se puede verificar en la historia constitucional colombiana, como se comprueba al examinar el texto de las Constituciones de 1821 (artículos 3 y 177), 1853 (artículo 5.3), 1858 (artículo 56.3), 1863 (artículo 15.5) y de 1886 (artículos 31 y 32). Además de asegurar de forma expresa la protección de la propiedad privada, en ellas se contemplaba expresamente la posibilidad que el Estado efectuara una legítima privación de los bienes amparados por este derecho siempre que se observaran los requisitos señalados. De hecho, tal es el grado de compenetración de la garantía del derecho con la institución de la expropiación, que en algunas de las primeras constituciones republicanas la falta de reconocimiento explícito de la primera era suplida o debía entenderse implícita en la proclamación de la segunda. Es el caso, p. ej., de las Constituciones de 1830 (artículo 146), 1832 (artículo 193) y 1843 (artículo 162).

¹⁸⁶⁷ A diferencia de la expropiación, que recae sobre derechos de propiedad legítimamente adquiridos y legítimamente ejercidos cuyo sacrificio exige el interés general, la extinción del dominio tiene por objeto la privación de derechos viciados en alguno de estos dos extremos. De ahí que a diferencia de la expropiación, se practique sin contraprestación alguna para el particular afectado. Esta figura se analizará en detalle en el Capítulo Sexto de este trabajo.

¹⁸⁶⁸ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y Herminio LOSADA GONZÁLEZ. *Tratado de Derecho Administrativo*, 12ª Edición, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2006, p. 277. Esto no significa, como equivocadamente se sugiere en ocasiones, que el instituto expropiatorio sea un desarrollo o una manifestación de la función social de la propiedad (*Vid.* p. ej., la sentencia de la Corte Constitucional C-119 de 2006, FJ 4; también ARTEAGA CARVAJAL, J. *De los bienes y su... Op. Cit.*, p. 55; HERRERA ROBLES, Aleksey. “Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia. Análisis desde el Derecho Público”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, No. 20, 2003, p. 73; o BARRERA CARBONELL, Antonio. “La expropiación por vía administrativa”, en *La nueva constitución*, Bogotá, Universidad Gran Colombia, 1992, pp. 177-178). Como se ha enfatizado a lo largo del Capítulo Cuarto de este trabajo, la adecuada interpretación

Constitución para su validez (*causa expropriandi* legalmente definida, procedimiento e indemnización) mitigan el impacto negativo de esta incursión sobre el derecho. De ahí su engaste pleno dentro del sistema constitucional de la propiedad. No cualquier privación o afectación de la propiedad por parte del Estado puede ser catalogada de expropiación: lo será únicamente si se atienden los presupuestos que la Constitución ha definido para su validez¹⁸⁶⁹. De lo contrario habrá simplemente una intervención inconstitucional (*vía de hecho*) respecto de la cual deberá activarse la vertiente defensiva del derecho para ser repelida¹⁸⁷⁰. Esto explica que a partir de la exigencia constitucional de llevar a cabo una expropiación siempre que razones de utilidad pública o interés social demanden la toma de un bien de propiedad privada el instituto expropiatorio puede ser visto **no sólo como una herramienta al servicio del Estado y sus fines de bien común**, sino adicionalmente como **una garantía para los propietarios**¹⁸⁷¹. Esta circunstancia, que mana directamente de la Constitución, debe representar una referencia ineludible para la interpretación del conjunto de disposiciones que integran el sistema normativo de la propiedad constitucional y, desde luego, de la disciplina concreta del instituto expropiatorio.

212. Anclada en la idea del sacrificio singular (*Aufopferung*), la expropiación busca impedir que las consecuencias económicas de una intervención imperativa y legítima del Estado efectuada por razones de interés general en el patrimonio concreto de un particular -en este caso, la privación o el despojo total o parcial de un derecho- deban ser asumidas exclusivamente por él. El principio de la igualdad frente a las cargas públicas exige la redistribución de esta afectación entre la comunidad, concretada en el reconocimiento de la correspondiente indemnización. Por esta razón, el Derecho alemán considera a la expropiación, desde un punto de vista material, como un caso especial de la institución general

del régimen constitucional de la propiedad privada definido por el artículo 58 CC exige la elaboración de un concepto técnico-jurídico de la función social; un concepto, por ende, estricto y operativo únicamente en el ámbito de la delimitación del contenido del derecho. Una aproximación histórica a estas dos figuras permite apreciar que se concibieron separadamente: el reconocimiento del instituto expropiatorio precede claramente a la idea de función social de la propiedad. De igual forma una aproximación dogmática hace visible cómo a pesar de compartir actualmente las mismas bases constitucionales (el principio de prevalencia del interés general y el carácter no absoluto de la propiedad) y de encerrar intervenciones en el derecho, sus diferentes regímenes aconsejan su separación clara para evitar confusiones que resten efectividad a la garantía del derecho.

¹⁸⁶⁹ HESSE, K. *Grundzüge des... Ob. Cit.*, p. 195.

¹⁸⁷⁰ De aquí que, como se ha explicado ya *supra* (Vid. el apartado E-1.2 c´) del Capítulo Cuarto), no resulte constitucionalmente adecuado entender que lo procedente frente a esta clase de intervenciones sea su *indemnización directa*, sin una *valoración previa de la posibilidad de activar la cobertura primaria del derecho*, esto es, una reparación *in natura*, antes que una reparación meramente indemnizatoria (cobertura secundaria). Lo contrario, esto es, reconocer al afectado o a los jueces la opción de escoger entre la indemnización por la actuación ilegal o una garantía verdadera de la efectividad del derecho y la obligatoriedad de las formas constitucionalmente previstas respecto de la expropiación supone una dispensa notable de la fuerza normativa de la Constitución.

¹⁸⁷¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA. E. *Los principios de la... Loc. Cit.*, p. 99.

del *Aufopferung*¹⁸⁷². Con todo, los cambios experimentados por el sistema jurídico por impulso de las transformaciones políticas, económicas y sociales vividas desde los comienzos de esta institución le han permitido cobrar autonomía conceptual y registrar una notable evolución. Como se apreciará a continuación, del sentido restringido que poseía en sus comienzos, a semejanza de lo ocurrido con la idea misma de propiedad privada, la expropiación ha experimentado un ensanchamiento de su objeto y una flexibilización de sus presupuestos. Además de exponer esta evolución, a lo largo de este Capítulo se analizará el concepto constitucional de la expropiación, los presupuestos definidos para su procedencia y los tipos de expropiación previstos en el texto de la Constitución. Su estudio no sólo permite apreciar la importancia de una aproximación a esta temática presidida por la garantía del derecho; también hace posible corroborar la utilidad y el valor de la reflexión jurídico-constitucional sobre instituciones que a pesar de su larga tradición deben acoplarse hoy a las exigencias que el texto constitucional les impone.

A. El concepto constitucional de expropiación.

1. Algunos antecedentes del debate sobre el concepto constitucional de expropiación.

213. A pesar de representar invariablemente un atentado contra la propiedad y envolver un instituto caracterizado por buscar asegurar tanto la prevalencia del interés general como la preservación de los intereses del propietario afectado, el concepto de expropiación no ha sido siempre el mismo. En ocasiones la Constitución perfila su régimen, pero sin definirlo. Por esto, su evolución ha corrido pareja a los cambios experimentados por la sociedad y el ordenamiento jurídico desde sus primeras manifestaciones normativas concretas¹⁸⁷³. De una concepción clásica restrictiva, ligada a la noción tradicional de la propiedad como derecho real, se ha pasado a una visión un tanto más ensanchada y flexible. Al tiempo que amplía el objeto de la expropiación a cualquier posición jurídico-patrimonial, ésta pone el énfasis en el dato objetivo de la privación –y no en la

¹⁸⁷² OSSENBUHL, F. *Staatshaftungsrecht...* Op. Cit., p. 146. Una postura semejante es defendida en España por GARRIDO FALLA, F. “Sobre la responsabilidad del... Ob. Cit., p. 50. También la Corte Constitucional expone esta visión acerca del fundamento del deber indemnizatorio asociado al instituto expropiatorio. Vid. la sentencia C-153 de 1994, FJ 5.

¹⁸⁷³ Se asume aquí, con GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, que la regulación moderna del instituto expropiatorio arranca, en rigor y formalmente, con el artículo 17 de la DDHC de 1789, de acuerdo con el cual “[s]iendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de...* Ob. Cit., p. 212. A esta norma le seguirían otras disposiciones como el artículo 545 del *Code Civil* y la ley napoleónica de 8 de marzo de 1810 en Francia, la ley de 17 de julio de 1836 en España o las leyes 56 y 119 de 1890 de Colombia. En el Derecho alemán se ha considerado que los artículos 74 y 75 de la Introducción del ALR constituyen los antecedentes jurídico-positivos fundamentales del desarrollo de la institución expropiatoria. Cfr. MAURER, H. *Allgemeines...* Loc. Cit., p. 692 y ss.

trasferencia del derecho de un patrimonio a otro- y relaja las exigencias que se derivan de la fundamentación de la *causa expropriandi* –que no exige, a día de hoy, la presencia de una empresa o tarea pública concreta-. De lo que se trata, en últimas, es de optimizar el recurso a este instrumento y de hacer compatible su uso más frecuente con la garantía del derecho y las exigencias de seguridad jurídica que la sociedad actual impone.

214. Ahora bien, como se puede apreciar con nitidez en el Derecho alemán, no ha sido ésta una evolución lineal: si bien en una primera fase se observa una clara tendencia a la expansión del objeto y a la disolución de los perfiles formales del instituto, ésta se contrae en un segundo momento para desplazarse (aunque no completamente) en la dirección contraria, con un claro sesgo hacia su formalización y recorte de su ámbito de aplicación (mas no de su objeto). El análisis comparado de los ordenamientos alemán, español y colombiano resulta una vez más de utilidad para apreciar de manera gráfica el recorrido pendular de esta institución: mientras que en el primero de ellos éste se está completando ya, el Derecho español se encuentra en un estadio intermedio (concepción material de la expropiación) y el ordenamiento colombiano aguarda todavía un tratamiento frontal y sistemático de la cuestión que permita superar la fase inicial en la que todavía se encuentra (concepción clásica de la expropiación).

1.1. La evolución del instituto expropiatorio en el Derecho alemán.

a) El concepto clásico de expropiación.

215. El Derecho alemán ilustra con nitidez la evolución pendular del instituto expropiatorio descrita de manera precedente. En un comienzo, en el siglo XIX, la necesidad de contar con predios para la construcción de calles, canales, vías de tren y otras obras de interés para la comunidad, y su condición de bienes no siempre disponibles para la compra, hizo que se expidieran leyes de expropiación. En ellas se fijaban las condiciones y el procedimiento para su realización y se prescribía como regla el pago de una compensación al sujeto expropiado. De esta normatividad y de la garantía de la propiedad en las Constituciones entonces expedidas la doctrina decantó los distintos elementos que permitieron la articulación del denominado **concepto clásico de expropiación** (*klassische Enteignungsbegriff*). De acuerdo con éste, la expropiación se operaba mediante un acto administrativo fundamentado en la ley que imponía la *privación y posterior traspaso al Estado de un bien* (básicamente un inmueble) de propiedad privada con el fin de atender una exigencia de interés general¹⁸⁷⁴. El instituto expropiatorio cobraba así autonomía conceptual respecto de la más genérica figura del sacrificio singular (*Aufopferung*) y se caracterizaba como proceso para proveer al Estado los bienes necesarios para el cumplimiento de sus

¹⁸⁷⁴ Cfr. MAURER, H. "Enteignungsbegriff und... Loc. Cit., p. 295. También OSSENBÜHL, F. *Staatshaftungsrecht...* Op. Cit., p. 146.

funciones (*Güterbeschaffungsvorgang*)¹⁸⁷⁵. Le era inherente, entonces, una función de transferencia (*Übertragungsfunktion*)¹⁸⁷⁶.

216. De acuerdo con JELLINEK¹⁸⁷⁷, los elementos esenciales de la expropiación en su sentido clásico eran:

- i) Fundamento legal (*gesetzliche Grundlage*): En tanto que intromisión de especial gravedad en la esfera jurídico-patrimonial de los individuos, la expropiación debía contar con un *fundamento legal que la autorizara*.
- ii) Objeto: Por lo general, en el sentido clásico, la expropiación recaía sobre *un predio* adecuado para la realización de la *causa expropriandi* legalmente definida.
- iii) Partes: Al igual que en un proceso judicial, una expropiación daba lugar a una relación que involucra a *distintas partes*. En este caso, un interesado (el titular –persona pública o privada– del interés que se va a realizar y que sirve de *causa expropriandi*), el expropiante (el Estado o la autoridad pública titular de la competencia para expropiar) y el expropiado o afectado (titular del bien que se expropia).
- iv) Una necesidad de interés general que le sirviera de justificación: Presupuesto para la validez de la expropiación era la necesidad de satisfacer una *empresa pública concreta* (construcción de escuelas, hospitales, vías y otras obras de infraestructura, etc.) que demandara la transferencia del bien a manos públicas. Por esto, no resultaba procedente la expropiación basada en la satisfacción de intereses privados, ya sea de particulares o del fisco. También por esta causa no podían calificarse de expropiatorias intervenciones legislativas en las que no había transferencia del bien a manos públicas¹⁸⁷⁸.
- v) La compensación (*Entschädigung*): Dentro de la visión clásica de la expropiación, ésta suponía el *pago en dinero de una compensación* a favor del afectado.
- vi) El procedimiento expropiatorio: Una característica particular de la expropiación clásica era su realización a través de un *procedimiento estricto*. A pesar de ser posible encargar a un mismo organismo la realización de las distintas actividades envueltas en la expropiación de un bien (identificación y reconocimiento del interés público concreto a realizar,

¹⁸⁷⁵ MAURER, H. "Enteignungsbegriff und... *Ob. Cit.*, p. 296.

¹⁸⁷⁶ MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, p. 718. Tal era la importancia de esta función, que para ANSCHUTZ, la expropiación es "siempre transferencia". Cfr. ANSCHUTZ, G. *Die Verfassung des... Op. Cit.*, p. 708.

¹⁸⁷⁷ JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht... Op. Cit.*, pp. 388 y ss. De forma resumida, MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 694.

¹⁸⁷⁸ Así, ANSCHUTZ, G. *Die Verfassung des... Op. Cit.*, p. 708.

corroboración de la idoneidad del predio para la realización del proyecto, definición del monto de la compensación, exigibilidad de la expropiación), la visión clásica opta por separar la figura del interesado de la del expropiante. La competencia para realizar la expropiación era confiada así a las más altas autoridades del Estado, administrativas o, cuando lo ameritaba el caso, jurisdiccionales.

- vii) El acto administrativo como forma jurídica típica de la expropiación: El carácter particular de sus efectos permitía a la doctrina descartar su calificación como ley en un sentido material. Su carácter imperativo sugería entonces que el *acto administrativo* era el *cauce formal* de este tipo de determinaciones e imponía su *ejecución por la Administración*.

217. En suma, de acuerdo con esta concepción, válida durante el siglo XIX y parte del XX, tenían la consideración de expropiación aquellas intervenciones estatales que suponían (i) la privación de un bien (generalmente terrenos) (ii) por la Administración mediante acto administrativo (iii) para la realización de una empresa concreta de utilidad común y (iv) su transferencia a manos públicas¹⁸⁷⁹. Se asumía así una noción restringida de la idea de expropiación.

b) El ensanchamiento de la noción de expropiación.

218. Aunque la Constitución de Weimar de 1919 siguió en sus trazos fundamentales la línea heredada de la tradición anterior¹⁸⁸⁰, rápidamente el Tribunal Imperial (RG) y la doctrina mayoritaria se apartaron de la concepción clásica de la expropiación. Más adelante, el BGH continuó esta tendencia y profundizó aún más la denominada expansión del concepto de expropiación. El referido ensanchamiento de la noción de expropiación se concretó, esencialmente, en los siguientes aspectos¹⁸⁸¹:

- i) En cuanto al objeto de la expropiación, éste pasó de abarcar fundamentalmente predios a cubrir *toda posición jurídico-privada de contenido patrimonial* (derechos reales, derechos personales, acciones, derechos de propiedad intelectual, etc.). Se produce así la disociación entre

¹⁸⁷⁹ MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, p. 694.

¹⁸⁸⁰ Con la salvedad que la indemnización expropiatoria podía ser excluida por decisión del Parlamento Imperial, la regulación del instituto expropiatorio contenida en el artículo 153 WRV fue análoga a la precedente: la expropiación se configuraba como privación efectuada para atender una causa de interés general condicionada al pago de la correspondiente indemnización. Las principales novedades del artículo 14 GG respecto de su antecesor fueron la expresa convalidación de las expropiaciones legislativas, lo mismo que la obligación impuesta al legislador de pronunciarse directamente sobre la forma y la medida de la indemnización expropiatoria (*Junktimklausel*) y la habilitación para ponderar los intereses del afectado y de la comunidad al tasar el monto de la indemnización.

¹⁸⁸¹ Al respecto, puede consultarse MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, pp. 694-695. También PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Passim*", pp. 193 y ss.

expropiación y propiedad de la tierra. Ello, como consecuencia de la asunción por parte de la jurisprudencia y la doctrina de *un concepto amplio de propiedad* (M. WOLF)¹⁸⁸², cuya protección se expandía, primero, a todo derecho patrimonial de los ciudadanos nacido en el ámbito del Derecho Privado, y luego a toda posición jurídico patrimonial en cabeza de los particulares.

- ii) En cuanto a la forma jurídica de la expropiación, ésta pasó de ser únicamente el acto administrativo fundamentado en una ley, a ser *también* la ley misma. La expropiación dejó de ser monopolio de la Administración para comenzar a aceptarse asimismo su realización directa por el legislador. El criterio formal de la intervención individual (*formalen Einzelaktstheorie*) como determinante de la expropiación, que restringía las hipótesis expropiatorias a privaciones decretadas vía acto administrativo, dio paso a un criterio modificado del acto individual (*modifizierte Einzelaktstheorie*), según el cual la intervención individual expropiatoria podía revestir también la forma de una ley. *La expropiación dejaba de ser así identificable por sus formas*. Era preciso, en consecuencia, reparar también en el contenido del acto. El número de afectados por la decisión cuestionada se tornó, entonces, en un criterio determinante a estos efectos¹⁸⁸³.
- iii) En cuanto al fenómeno jurídico operado, la expropiación dejó de ser únicamente un mecanismo de transferencia de bienes de manos privadas a manos públicas. Toda vez que la calificación de expropiatoria de una intervención ya no dependía de su forma sino también de la intensidad de incursión realizada, resultaba viable predicar efectos expropiatorios de meras delimitaciones generales del derecho (p. ej. la prohibición de reformas en un edificio afectado por una declaratoria de bien de interés cultural o la exclusión de un determinado uso de un predio). Con ello, la necesidad de articular criterios materiales de diferenciación de las intervenciones expropiatorias respecto de las delimitadoras se hizo manifiesta.
- iv) En cuanto a la finalidad que sirve de justificación a la expropiación, dejó de exigirse la consagración a una empresa pública concreta, para comenzar a admitirse como válida la invocación genérica de necesidades de interés general. *La causa expropriandi* comenzó a desligarse del destino concreto de los bienes expropiados.

219. La expropiación pasó a ser así “una intervención en la propiedad que, bien en la forma de privación, bien en la forma de carga, afecta de manera especial y desigual a un individuo o a un grupo de ellos con un sacrificio impuesto por la

¹⁸⁸² Sobre esto, *vid. supra* el apartado B-2 del Capítulo Primero de este trabajo.

¹⁸⁸³ *Vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado E-1.2-a) del Capítulo Cuarto de este trabajo.

comunidad no exigible a los demás”¹⁸⁸⁴; todo “agravio a una posición jurídica amparada por la propiedad que está más allá de la función social de la propiedad (determinación del contenido y los límites del derecho) según el artículo 14 I 2 GG y que, por lo tanto, representa un sacrificio especial para el afectado”¹⁸⁸⁵. *El concepto material de expropiación desplazó a la concepción formal precedente y dilató significativamente sus fronteras. Lógicamente, paralela a esta expansión de la órbita de aplicación de la idea de expropiación se produjo el correlativo recorte de la esfera de actuación en materia de delimitaciones no indemnizables concedida al legislador. Asimismo, consecuencia de esta situación, la línea divisoria entre las intervenciones expropiatorias y delimitadoras perdió claridad y la labor de diferenciación entre uno y otro instituto comenzó a exigir el empleo de nuevos criterios. Los criterios formales anteriormente empleados para este fin (v. gr. el criterio del acto o la intervención individual, de la transferencia, etc.) se tornaron insuficientes e inadecuados y el debate sobre la distinción de una y otra forma de intervención en la propiedad cobró una relevancia notoria*¹⁸⁸⁶, solo superable gracias al progresivo y parcial “retorno” a la concepción clásica de la expropiación¹⁸⁸⁷.

220. Como explica MAURER, se trata de una evolución que debe ser entendida en el contexto de las transformaciones políticas, económicas y sociales relacionadas con la sociedad industrial y el Estado social de Derecho¹⁸⁸⁸. Mientras que bajo el esquema anterior la propiedad inmueble constituía el eje central del sistema económico y principal índice de riqueza, ella pierde protagonismo en la sociedad moderna; más todavía en el entorno de la sociedad postindustrial, cuyo principal foco de atención parece ser la generación, procesamiento y distribución de intangibles como la información o el conocimiento. La subsistencia individual, la acumulación de capital y el desenvolvimiento de las fuerzas económicas dependen cada vez menos de aquella y cada vez más de otras formas de propiedad (salarios, acciones, patentes y derechos de propiedad intelectual, etc.)¹⁸⁸⁹. Al ganar importancia, éstas devienen igualmente dignas de la tutela jurídica que originalmente se dispensa al derecho en su versión tradicional. Máxime cuando la ampliación de los cometidos estatales fruto de la consolidación del Estado social se traduce en un correlativo incremento de las intervenciones estatales en la esfera de los derechos patrimoniales de los individuos. El ensanchamiento de los conceptos de propiedad y expropiación resulta, así, apenas coherente con las necesidades de expandir de forma paralela las órbitas de protección del derecho y de intervención estatal en este ámbito¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁴ BGHZ 6, 270 (280).

¹⁸⁸⁵ MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, p. 701.

¹⁸⁸⁶ *Vid. supra* el apartado E-1.2 a) de este Capítulo.

¹⁸⁸⁷ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, pp. 194 y ss.

¹⁸⁸⁸ MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 695.

¹⁸⁸⁹ *Idem*.

¹⁸⁹⁰ *Ibidem*.

c) El “retorno” a la concepción formal de expropiación y la instauración de la prevalencia de la cobertura primaria del derecho.

221. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal se encargaría de poner fin a esta evolución expansiva del instituto expropiatorio. Ello sería el resultado de la relativamente reciente reivindicación por parte de este órgano de la noción constitucional de expropiación. Frente a las dificultades teóricas y prácticas originadas por la concepción ensanchada de la expropiación derivada de los planteamientos del RG y del BGH, el juez constitucional replanteó su antigua adhesión a la visión material de este instituto y optó por precisar sus contornos a partir de la regulación que de él efectúa el artículo 14 párr. 3 GG. Este esfuerzo, que le ha llevado a resaltar los rasgos formales con los cuales la Constitución ha caracterizado a la expropiación, se ha traducido en la formulación de un concepto más estrecho o estricto de ella, en una correlativa reducción de su ámbito de aplicación y, finalmente, en una revalorización de la propiedad como derecho fundamental¹⁸⁹¹. Se ha producido, así, como ha señalado la doctrina, un paulatino y parcial “retorno” a la concepción clásica de la expropiación¹⁸⁹². La expropiación dejó de representar así una intervención en la propiedad que por su intensidad y gravedad, allende el umbral de la función social, implica un sacrificio no exigible a una persona o a un grupo determinado de ellas; para pasar a ser la privación total o parcial de una posición jurídico-patrimonial amparada por el artículo 14 GG mediante un acto jurídico imperativo, teleológicamente dirigido, que se efectúa para la realización de una finalidad de interés general¹⁸⁹³.

222. El análisis detallado de la noción constitucional de expropiación articulada por el BVerfG será efectuado más adelante (*vid. infra* apartado 2 de la letra A de este Capítulo). De momento interesa subrayar dos aspectos. De un lado, que además de poner fin al debate sobre la distinción entre delimitaciones y expropiación, la reducción del ámbito de aplicación del instituto expropiatorio ha traído como consecuencia un correlativo incremento de la órbita correspondiente a las delimitaciones. Esto no ha significado, no obstante, la ampliación de las posibilidades reconocidas al legislador para intervenir *sin compensación* en la esfera patrimonial de los particulares¹⁸⁹⁴. La figura de las *delimitaciones sujetas a compensación*, jurisprudencialmente articulada por el BVerfG, es la responsable de esta situación¹⁸⁹⁵. El carácter compensable de la intervención deja de ser así un

¹⁸⁹¹ *Idem*, pp. 696 y ss.

¹⁸⁹² PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Op. Cit.*, p. 196.

¹⁸⁹³ BVerfGE 24, 367 (395 y ss.); 58, 300 (330 y s.). Con más referencias a la jurisprudencia alemana MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, pp. 710-711. También PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, pp. 192 y ss.; OSSENBÜHL, F. *Staatshafungsrecht... Op. Cit.*, p. 178; JARASS, H. “Inhalts- und... *Loc. Cit.*, pp. 2843 y ss.; EHLERS, D. “Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Ob. Cit.*, pp. 236 y ss. o BURGI, Martin. “Die Enteignung durch «Teilweise» Rechtsentzug als Prüfstein für die Eigentumsdogmatik”, en NVwZ, No. 6, 1994, p. 528.

¹⁸⁹⁴ PAPIER, H. J. “Die Weiterentwicklung der... *Loc. Cit.*, p. 1401.

¹⁸⁹⁵ Sobre la figura de las delimitaciones sujetas a compensación, véase *supra* el apartado E-2.1 del Capítulo Cuarto de este trabajo.

criterio relevante de diferenciación entre expropiación y delimitación. De otro, que la reivindicación por el juez constitucional de una concepción estricta de la institución expropiatoria esclareció y estableció *la prevalencia de la protección directa de la garantía del derecho o de su cobertura primaria (Vorrang des Primärrechtsschutzes)* frente a su protección meramente indemnizatoria (cobertura secundaria). La defensa de esta noción del instituto expropiatorio supone la adecuada separación de las intervenciones delimitadoras respecto de las expropiatorias. Por ende, de cara a asegurar la efectividad del régimen jurídico-constitucional correspondiente a cada forma de intervención suprime la “teoría de la mutación”: presupone la imposibilidad de catalogar como expropiatorias intervenciones delimitadoras que exceden los límites que la Constitución fija al legislador para el ejercicio de esta potestad; ellas serán, sin más, inconstitucionales.

223. Bajo estas condiciones, una intervención expropiatoria sólo resulta legítima si atiende íntegramente los requisitos impuestos por la Constitución en su artículo 14 párr. 3; esto es, cuando se fundamenta en una ley que además de definir la *causa expropriandi* regula la forma y extensión de la indemnización¹⁸⁹⁶. La falta de regulación sobre este último extremo no habilita a los afectados a dirigirse a los tribunales a reclamar la correspondiente indemnización cuando quiera que se vean afectados en su propiedad por una intervención de esta clase; supone la inconstitucionalidad de la medida y, por ende, la imposibilidad de afectar legítimamente la propiedad privada.

224. Esta inconstitucionalidad conlleva, entonces, tanto la activación de la faceta defensiva del derecho respecto de las incursiones así realizadas, como la estructuración de un sistema escalonado y jerarquizado de protección del derecho, dentro del cual el carácter secundario y subsidiario de la cobertura indemnizatoria¹⁸⁹⁷ es notorio. Ello no sólo impide que una infracción a la Constitución sea birlada con una indemnización; además *refuerza la protección jurídica del derecho* e introduce un valioso criterio para la construcción sistemática del régimen constitucional de la propiedad y, todavía más, de la garantía patrimonial de los ciudadanos. Esto, por cuanto niega la opción que anteriormente asistía al afectado de elegir entre la impugnación de la intervención contraria a derecho o la indemnización del perjuicio sufrido. Tal derecho de elección (*Wahlrecht zur Klage*) resulta excluido por la obligación que se le impone de impugnar la medida que no llena la totalidad de los requisitos que la Constitución establece; obligación que únicamente resulta excusable cuando a pesar de la procedencia de la protección primaria, esta no puede ser aprovechada por razones que no le son imputables al titular del derecho. El recurso a la protección primaria tanto respecto de intervenciones expropiatorias como delimitadoras resulta, así, imperativo. De no ser este el caso, en perjuicio de los ciudadanos y del derecho amparado, reducida a una mera cobertura indemnizatoria, la protección de la propiedad corre el riesgo de acabar

¹⁸⁹⁶ Cfr. BVerfGE 58, 300.

¹⁸⁹⁷ Vid. MAURER, H. “Entgeignungsbegriff und... *Passim*, pp. 314 y ss.

convertida en todo lo contrario¹⁸⁹⁸. El legislador no puede reducir ni mucho menos excluir las garantías básicas que el ordenamiento ha previsto a favor de los expropiados¹⁸⁹⁹.

1.2. La evolución del instituto expropiatorio en el Derecho español.

a) De la regulación tradicional del instituto a la ley de expropiación forzosa de 1954.

225. También el ordenamiento español conoció la necesidad de atender las demandas de terrenos no siempre disponibles procedente de la construcción de ferrocarriles, vías, tranvías y otras obras de infraestructura. Comenzando con la ley de 17 de julio de 1836, que introdujo formalmente en España la primera regulación moderna de esta institución, a lo largo del siglo XIX y hasta la primera mitad del XX, el instituto expropiatorio experimentó un desarrollo limitado. Su condición de “figura auxiliar” de las obras públicas¹⁹⁰⁰ y la prevalencia de una concepción clásica de la propiedad y de su garantía constitucional impusieron ver en ella un instrumento para la adquisición coactiva de bienes raíces necesarios para tareas públicas, al tiempo que determinaron su figuración “circunscrita y mínima”¹⁹⁰¹. Sus notas características fueron (i) la necesidad de un *fundamento legal*; (ii) la obligatoriedad del *pago previo* de la correspondiente *indemnización*; (iii) tener a la *propiedad inmueble como objeto*; (iv) a la *transmisión del derecho como contenido*; (v) operar mediante un *procedimiento* (administrativo o judicial); y (vi) encontrar en la utilidad directa para una *obra pública su causa legitimante*¹⁹⁰².

226. La expedición de la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 1954 modificó sustancialmente esta situación. Ella no sólo reformó aspectos puntuales del régimen anterior –sistema de valoración, elementos subjetivos, etc.- y se propuso sistematizar y unificar la regulación existente en esta materia, sino que además ensanchó significativamente su objeto e introdujo un nuevo concepto de expropiación forzosa¹⁹⁰³. Adicionalmente amplió el supuesto de la *causa*

¹⁸⁹⁸ *Idem*, pp. 316-317. Es lo que ocurre en Colombia como consecuencia de la analogía establecida por la jurisprudencia administrativa entre “ocupación permanente” (jurídica) y la delimitación demasiado incisiva de la propiedad por el legislador y la Administración. *Vid. supra* el apartado E-1.2 c’’) del Capítulo Cuarto de este trabajo.

¹⁸⁹⁹ En últimas, como señala KIMMINICH, “[l]a reserva legal, la observancia de la forma prescrita por la ley, los presupuestos de legitimidad del acto expropiatorio y sobre todo la pertinente indemnización –igualmente impuesta por la Constitución- no son sólo simples elementos accesorios, sino partes integrantes del concepto de expropiación”. *Vid. KIMMINICH, O. “La propiedad en la... Op. Cit.*, p. 160.

¹⁹⁰⁰ NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Op. Cit.*, p. 68.

¹⁹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Passim*, p. 42.

¹⁹⁰² *Idem*, pp. 41-42. También SANCHÉZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo... Ob. Cit.*, p. 703.

¹⁹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Passim*, pp. 211-212. Tal es el impacto de esta reforma, que en opinión de NIETO gracias a ella “[l]a institución, de simple figura accesoria de las obras públicas, pasa a constituirse nada menos [que] en clave de las

expropriandi tanto a razones de utilidad pública como de interés social. De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1, constituye una expropiación “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”. La entera esfera patrimonial de los ciudadanos quedó así sometida a la potestad expropiatoria reconocida al Estado¹⁹⁰⁴, y por lo mismo, ensanchada en idéntica medida la cobertura de la garantía constitucional de la propiedad¹⁹⁰⁵. De ahí que abarque tanto los supuestos de enajenación plena, como aquellos que no excluyen la continuidad de la titularidad del derecho en cabeza del propietario expropiado -por concretarse en la privación de facultades parciales de goce y disposición¹⁹⁰⁶-; lo mismo que hipótesis tanto de adquisición forzosa del derecho expropiado, como de su mera desaparición o pérdida de su titularidad (“cesación en el ejercicio del derecho”)¹⁹⁰⁷. Así perfilada, la expropiación se desliga de la tradicional función de transferencia de bienes a manos públicas. Con el objetivo de bridar a la expropiación un “contenido máximo”, se optó por ofrecer cobertura al mayor número posible de actuaciones administrativas de carácter ablatorio¹⁹⁰⁸. Por esto, como se enuncia en su artículo 1, la expropiación comprende privaciones derivadas de supuestos de venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o de mera cesación en el ejercicio de un derecho o interés patrimonial legítimo. La privación supone, entonces, un despojo, la desposesión total o parcial, transitoria o definitiva, de un derecho o interés patrimonial legítimo, por oposición al concepto de delimitación, que alude a los límites normales del contenido del derecho¹⁹⁰⁹.

227. La amplitud del radio de acción del instituto expropiatorio así configurado exige la identificación de un criterio que permita determinar cuándo se presenta una privación. Según lo previsto por el artículo 1 LEF, ella presupone la *afectación singular* de un propietario o de un círculo determinado de ellos, a quienes se impone un *sacrificio especial* en beneficio de toda la comunidad. Este sacrificio, que conlleva la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica el carácter indemnizable de la intervención así realizada. Por estar

relaciones de fricción económica entre la Administración y los particulares”. *Vid.* NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Op. Cit.*, p. 68.

¹⁹⁰⁴ Según comenta GARCÍA DE ENTERRÍA, tal es la amplitud de la fórmula empleada por el artículo 1 de la LEF que “[ú]nicamente quedan fuera de la misma los derechos personales y familiares”. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, p. 51.

¹⁹⁰⁵ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, p. 38; también más recientemente, de este mismo autor, en su trabajo *La responsabilidad patrimonial del... Ob. Cit.*, p. 190. Igualmente PARADA, R. “Evolución y crisis del... *Passim*, p. 47, nota a pie de página No. 11 y BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la ... *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, p. 75.

¹⁹⁰⁷ BERMEJO VERA, José *et al.* *Derecho Administrativo, Parte especial*, 7ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009, p. 95.

¹⁹⁰⁸ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo general*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2004, p. 441.

¹⁹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Op. Cit.*, p. 157 y ss.

fundamentado en el criterio formal del enfrentamiento entre lo singular y lo general, este concepto ha sido descrito como *concepto formal de expropiación*¹⁹¹⁰.

b) El concepto material de expropiación como expresión de la regulación constitucional del instituto expropiatorio.

228. Aun cuando en un primer momento el Tribunal Constitucional optó por entender que con el artículo 33.3 CE se había operado la “constitucionalización” del concepto de expropiación establecido en la legislación de 1954¹⁹¹¹, esta postura fue posteriormente replanteada. La idea de la incertidumbre e insuficiencia del criterio cuantitativo de la privación singular como caracterizadora de la intervención expropiatoria estaba en la base de las objeciones frente al concepto formal heredado de la legislación preconstitucional y de las reivindicaciones de un *concepto constitucional o material de expropiación*¹⁹¹². Toda vez que aquél excluye la indemnización de las privaciones generalizadas – de imponerse una determinada medida con carácter general no se configura el referido sacrificio especial que subyace a la privación singular y se excluye, por ende, su indemnizabilidad¹⁹¹³- el criterio de la LEF se mostraba insatisfactorio a la luz de la regulación constitucional del derecho, en especial frente a la problemática envuelta en las denominadas leyes de “contenido expropiatorio”. En ellas el legislador que de manera general y abstracta define el régimen de un determinado derecho patrimonial (*rectius* delimitación de la propiedad) adopta decisiones que pueden comportar o bien la privación o supresión formal de situaciones jurídicas individuales amparadas por la garantía de la propiedad constitucional (artículo 33.1 CE), o bien la imposición de deberes o límites tan gravosos que desbordan el ámbito de cobertura de la función social (artículo 33.2 CE). En uno y otro supuesto, se dice, el legislador se introduce en el campo de la expropiación y, por lo tanto, de las intervenciones sujetas a indemnización de conformidad con la garantía indemnizatoria que el artículo 33.3 CE asoció al instituto expropiatorio¹⁹¹⁴. Por ende, se consideró preciso ajustar la idea de expropiación a la nueva realidad normativa impuesta por la Constitución¹⁹¹⁵.

¹⁹¹⁰ Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁹¹¹ En este sentido, p. ej., la STC 99/1987, FJ 6 b) o la STC 227/1988, FJ 11. Expone este planteamiento GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del... Ob. Cit.*, p. 193. También en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Loc. Cit.*, p. 220.

¹⁹¹² Cabe anotar que las reservas frente al criterio empleado por la LEF en relación con supuestos de legislación materialmente expropiatoria no constituyen una novedad que trajo consigo la Constitución de 1978. Ya antes de su expedición la doctrina se había pronunciado sobre las falencias de la distinción singular/general como criterio técnico para tipificar supuestos expropiatorios. *Cfr.* VILLAR PALASÍ, J. L. “Justo precio y... *Loc. Cit.*, p. 16. También NIETO, A. “Evolución expansiva del... *Passim*, p. 86 y MARTÍN MATEO, R. “El estatuto de la... *Loc. Cit.*, pp. 139-140 y 146-147.

¹⁹¹³ *Vid.* MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Ob. Cit.*, p. 158.

¹⁹¹⁴ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁹¹⁵ *Idem*, pp. 53-54.

229. Frente a las restricciones que en este sentido presenta el criterio de la extensión numérica de la intervención, jurisprudencia y doctrina han encontrado en el contenido esencial del derecho una fórmula de consenso: “[a] los efectos jurídico-constitucionales, existe expropiación, por tanto, *siempre y cuando se sacrifique el contenido esencial del derecho*, ya implique un sacrificio singular o generalizado, parcial o total, temporal o permanente”¹⁹¹⁶ (cursivas del texto). Ello supone asumir un concepto amplio de expropiación, que engloba tanto los supuestos típicos (expropiación administrativa) como los que no lo son (*v. gr.* las expropiaciones legislativas singulares, las nacionalizaciones, las reservas al sector público o las privaciones que resultan de regulaciones generales del derecho materialmente expropiatorias). Además, atiende tanto a la sustancia de la regulación (y no a su forma)¹⁹¹⁷, como a las exigencias que se desprenden del régimen constitucional de la propiedad (en especial, a las ideas de respeto al contenido esencial y a la garantía indemnizatoria aneja a la expropiación)¹⁹¹⁸; al tiempo que, desde un punto de vista metodológico, parte de un criterio fundamentado en estas últimas reglas y no en elementos externos a él (como es el caso del principio de igualdad)¹⁹¹⁹.

230. Para ofrecer una mayor garantía patrimonial a los individuos, el artículo 33.3 CE abarcaría, según el planteamiento anterior, las dos clases de expropiación ya referidas¹⁹²⁰: la primera, *la expropiación tradicional o formal*, llamada a operar frente a las actuaciones que comportan la *privación singular* de una propiedad, bien en su forma habitual de intervención administrativa, bien en su forma excepcional de actuación directa del legislador (que priva a una persona o a un grupo determinado de ellas de bienes jurídicos concretos). La segunda clase, *la expropiación material*, aplica fundamentalmente frente a intervenciones legislativas, pero esta vez no de carácter singular, sino de alcance general y vocación regulatoria: tiene lugar cuando el legislador, en ejercicio de la potestad de configuración del contenido del derecho que le asiste, traspasa los límites impuestos por el contenido esencial, anulando o excluyendo materialmente la facultad de goce o de disposición respecto de una forma concreta de

¹⁹¹⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Loc. Cit.*, p. 370. También en este sentido MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad del...* *Op. Cit.*, pp. 240-241; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 183 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de...* *Op. Cit.*, pp. 247-248; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del...* *Ob. Cit.*, pp. 194 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *La propiedad en las...* *Loc. Cit.*, p. 59; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres...* *Op. Cit.*, pp. 68 y ss.; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* *Op. Cit.*, pp. 131-132; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del...* *Passim*, pp. 138 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Loc. Cit.*, p. 43; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la...* *Loc. Cit.*, pp. 168-169; MONTÉS PENEDES, V. *La propiedad privada en el...* *Ob. Cit.*, pp. 165 y ss. y 226-227. *Vid.* en este sentido las sentencias STC 227/1988, FJ 11 y 204 de 2004, FJ 5.

¹⁹¹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Op. Cit.*, p. 183

¹⁹¹⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional...* *Loc. Cit.*, pp. 369 y ss.

¹⁹¹⁹ *Idem*, pp. 371 y ss.

¹⁹²⁰ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, pp. 182 y ss.

propiedad¹⁹²¹ (caso de las restricciones impuestas al derecho por la regulación ambiental o de protección del patrimonio histórico-cultural), o aboliendo o suprimiendo formalmente su existencia (caso de la abolición de la esclavitud).

Esto significa que las expropiaciones legislativas pueden tomar cuerpo de dos maneras diferentes: por medio de leyes formalmente expropiatorias (p. ej. las leyes de nacionalización, reserva o de expropiaciones singulares), o mediante leyes que a pesar de no implicar una transferencia formal del dominio de un determinado bien o grupo de bienes y de su naturaleza delimitadora original, por sus efectos, pueden ser catalogadas de materialmente expropiatorias¹⁹²². El Tribunal Constitucional recoge esta diferenciación y alude a “medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto” (*expropiación tradicional o formal*) y medidas legales de delimitación o regulación general del derecho que suprimen o privan a su titular de su contenido esencial¹⁹²³ (*expropiación material*). En este último evento, afirma, “no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo [en referencia al contenido esencial] que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en *un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente*”¹⁹²⁴ (cursivas fuera de texto).

231. De este modo, la evolución registrada por el instituto expropiatorio en el Derecho español presenta una clara tendencia a la expansión: no sólo se experimentó un notable ensanchamiento de su objeto, extendido a toda forma de “propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos” (artículo 1 de la LEF); la referida onda expansiva incluye asimismo a *su concepto, su función y sus formas*. Lo primero, por cuanto la expropiación (constitucional) ya no sólo abarca el concepto formal construido sobre la idea de la privación singular, sino también el concepto material de afectación del contenido esencial; lo segundo, por cuanto aquella deja de estar relacionada con el traspaso a manos públicas de un bien de propiedad privada (función de transferencia) para pasar a cumplir igualmente una función de compensación por la afectación del contenido esencial del derecho. Por último, la referida ampliación comporta la liberación del instituto de las exigencias formales que tradicionalmente le vinculaban, especialmente en lo relativo al procedimiento y a la individualización de la propiedad tomada. Por esta razón, y toda vez que lo relevante es el resultado final (la afectación del contenido esencial), las delimitaciones del derecho también pueden registrar alcance expropiatorio, ser catalogadas de tal y, en consecuencia, obligar al pago de la correspondiente indemnización. En este caso,

¹⁹²¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 52. En sentido análogo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 183-184. También alude a la “expropiación material” para comentar jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el vínculo existente entre intervención expropiatoria y afectación del contenido esencial MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, p. 99.

¹⁹²² BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, p. 52.

¹⁹²³ STC 227/1988, FJ 11.

¹⁹²⁴ *Idem*.

la no previsión por el legislador de la respectiva cláusula indemnizatoria (en armonía con el requerimiento fijado por el artículo 33.3 CE para las expropiaciones) comprometerá la constitucionalidad de la medida así practicada¹⁹²⁵.

1.3. La parálisis conceptual del instituto expropiatorio en el Derecho colombiano.

232. A diferencia de lo ocurrido en los ordenamientos alemán y español, en Colombia la regulación constitucional del derecho de propiedad y de la expropiación parece no haber incidido sobre la concepción clásica que se tiene de este instituto. La ausencia de debate en torno a los conceptos constitucionales de propiedad y expropiación explica esta situación. Aferrados a la visión tradicional de uno y otro, legislación, jurisprudencia y doctrina se han mantenido impermeables a los cambios que la Constitución de 1991 operó en estos frentes. La aparente continuidad en las fórmulas empleadas por los enunciados que los consagran desde la Constitución de 1886 (y su posterior reforma en 1936) contribuye a alimentar esta postura¹⁹²⁶. Sin embargo, como se ha tenido oportunidad de señalar a lo largo del Capítulo Primero de este trabajo, asumir que la regulación constitucional de estos institutos choca con toda tentativa de innovación frente a la tradición constitucional o no representa más que la simple constitucionalización de los conceptos canónicos elaborados por el Derecho Civil (con el añadido de la función social, para el caso del derecho de propiedad) constituye una aproximación no aceptable, por resultar contraria tanto a las exigencias materiales como metodológicas de la Constitución vigente. Por un lado, supone ignorar las necesidades de implementación de una protección global de los intereses patrimoniales de los ciudadanos en una economía social de mercado y una sociedad industrial –más aún en una sociedad post-industrial–,

¹⁹²⁵ Así, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 377; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Ob. Cit.*, pp. 165 y ss. y 226-227; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Loc. Cit.*, pp. 168-169; BARNÉS VÁZQUEZ, J. "El derecho de propiedad en la... Loc. Cit.", p. 43; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Passim*, pp. 138 y ss; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, pp. 131-132; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Op. Cit.*, pp. 68 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del... Ob. Cit.*, pp. 197 y ss.; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. "Las garantías constitucionales de la... Loc. Cit.", pp. 183 y ss.

¹⁹²⁶ Así, para el caso particular de la expropiación, siguiendo con la tradición iniciada por el artículo 15.5 de la Constitución de 1863, el artículo 58 párr. 4 de la Constitución actual caracteriza a este instituto como la privación de una propiedad privada por razones de interés general judicialmente declarada y previa indemnización. Su principal novedad en este frente, como se debatió en la Asamblea Nacional Constituyente, además de habilitar que el monto indemnizatorio fuera tasado consultando los intereses de la comunidad y del afectado, fue la incorporación de la posibilidad de romper la reserva judicial imperante en este campo para permitir la excepcional procedencia de expropiaciones administrativas. *Vid. Gaceta Constitucional* No. 46, p. 27 (Ponencia "Propiedad", presentada a la Comisión Quinta por los constituyentes Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Tulio Cuevas, Iván Marulanda, Guillermo Perry y Jaime Benítez). También en *Gaceta Constitucional*, No. 83, p. 4 y No. 82, pp. 7 y 8 (artículos aprobados en las comisiones conjuntas Primera y Quinta).

lo mismo que las demandas de ensanchamiento de la esfera de intervención estatal en la órbita económica de cara a asegurar la realización de los cometidos impuestos al Estado social de Derecho¹⁹²⁷. Por otro, desconoce las exigencias metodológicas que se desprenden de la instauración de una Constitución material y normativa¹⁹²⁸.

233. Las encendidas discusiones que sobre estos conceptos han tenido lugar en otros ordenamientos de estructura normativa semejante a la colombiana (caso de Alemania y España) no sólo contrastan con el silencio que al respecto impera en Colombia; son además la viva evidencia de la anómala parálisis que en este frente ha experimentado el Derecho (Público) colombiano. Si bien el juez constitucional ha advertido el riesgo que para la efectividad de la propiedad representa la posibilidad de una regulación materialmente expropiatoria, bien porque se le vacía de contenido o se le sacrifica o suprime como derecho¹⁹²⁹; lo mismo que la necesidad de ensanchar las fronteras tanto de la función social de la propiedad como del instituto expropiatorio a los distintos elementos y fases de la producción, circulación, distribución, utilización y consumo de los bienes y la prestación de servicios públicos y privados¹⁹³⁰, estos planteamientos generales no han conducido ni a un replanteamiento global del concepto clásico de expropiación, ni a la ampliación de su objeto. No, al menos, de forma consistente o sistemática.

234. Ciertamente, al referirse a la expropiación, la Corte Constitucional ha oscilado entre la defensa de una concepción clásica, que armoniza con la plasmada en la legislación¹⁹³¹, y una visión más amplia, expuesta incidentalmente

¹⁹²⁷ En últimas, como ha recalcado la Corte Constitucional, es claro que la expropiación “ha sido prevista en la Constitución bajo distintas modalidades con miras a asegurar que el Estado Social de Derecho cumpla de manera eficiente la función que le corresponde, en especial para la redistribución equitativa y razonable de las tierras rurales y urbanas, así como para la realización de muy diversos objetivos de utilidad pública e interés social que la ley habrá de señalar” (*Vid.* la sentencia C-192 de 1998, FJ 2). Por esto, continúa a espacio seguido el juez constitucional, “[e]l artículo 58 de la Constitución hace posible la expropiación, previo el cumplimiento de los requisitos que contempla, sin excluir de tal procedimiento -que corresponde a una potestad del Estado- ningún bien ni tipo de bienes, ninguna forma de propiedad, ni a ninguna persona”.

¹⁹²⁸ *Vid.* las consideraciones efectuadas *supra* en los apartados C y E del Capítulo Primero de este trabajo.

¹⁹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14.

¹⁹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2003, FJ 5. En sentido análogo, véase la sentencia C-192 de 1998, FJ 2.

¹⁹³¹ El ordenamiento jurídico colombiano carece de un régimen general en materia de expropiación forzosa. Su regulación se encuentra dispersa en distintas normas. Por un lado, y teniendo en cuenta que la expropiación judicial constituye la regla general (*vid.* las sentencias de la Corte Constitucional C-531 de 1996, FJ 2; C-1074 de 2002, FJ 3.2 y C-476 de 2007, FJ 3.2.1), el Código de Procedimiento Civil contiene las normas que rigen el proceso judicial que constituye el cauce genérico para adelantar este tipo de operaciones (artículos 451-459). Por otro lado se encuentran las regulaciones sectoriales que definen reglas especiales aplicables a determinadas expropiaciones judiciales, atribuyendo, por ejemplo, su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa (p. ej. el caso de las expropiaciones en materia de puertos -artículo 16 de la ley 01 de 1991- o de reforma agraria -artículo 33 de la ley 160 de 1994-). Por último, se encuentran las regulaciones sectoriales que, como ocurre en materia urbanística, definen reglas particulares

en algunas de sus decisiones. La primera postura, retomada recientemente, define a este instituto como “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”¹⁹³². La referencia a la “tradición del dominio privado al dominio público” evoca directamente la visión clásica de la institución, que restringe su campo de acción a supuestos en los cuales razones de interés general demandan la adquisición forzosa de predios y su consecuente paso a manos públicas. Objeto restringido fundamentalmente a bienes inmuebles y función de transmisión patrimonial son, así, las notas más destacadas de esta versión de la expropiación. Ellas son la expresión de *una visión estricta y reducida del instituto*.

La segunda postura, por otro lado, amplía su objeto a “todos aquellos bienes pertenecientes a cualquier particular que sean necesarios para garantizar los objetivos comunes del Estado y de sus asociados”¹⁹³³ y prescinde de la alusión concreta a la función de transferencia de la titularidad del derecho expropiado a manos públicas. Con mayor rigor técnico, define la expropiación como “un instituto, un negocio o una operación de derecho público, por medio de la cual el Estado, por razones de utilidad pública o de interés social, priva coactivamente de la titularidad de un determinado bien a un particular, de acuerdo con un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización”¹⁹³⁴. Aun

aplicables a las expropiaciones administrativas autorizadas de manera excepcional por el legislador para esos supuestos especiales (artículos 63 a 72 de la ley 388 de 1997). A pesar de las diferencias formales existentes entre una y otras modalidades de expropiación, ellas tienen en común (i) recaer fundamentalmente sobre propiedad inmueble, (ii) tener la finalidad de asegurar la transferencia de la titularidad del derecho expropiado a manos públicas; (iii) practicarse para atender razones de interés general legalmente declaradas ulteriormente precisadas por la Administración; (iv) surtirse a través de un procedimiento y (v) estar sujetas a indemnización. Un cuadro, en suma, coincidente con la (ya superada) versión clásica que del instituto expropiatorio se tuvo tanto en el Derecho alemán como en el español. De manera excepcional la legislación de derechos de autor (Ley 23 de 1982) contempla en su artículo 80 la posibilidad de expropiar los derechos patrimoniales “únicamente cuando la obra haya sido publicada, y cuando los ejemplares de dicha obra estén agotados, habiendo transcurrido un período no inferior a tres años, después de su última o única publicación y siendo improbable que el titular del derecho de autor publique nueva edición”. La normativa vigente en materia de propiedad industrial (Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN–) no prevé la posibilidad de expropiar este tipo de derechos, a pesar de la relevancia que para el interés público pueden llegar a tener hoy en día determinadas patentes. Contiene sí, un régimen de licencias obligatorias (Capítulo VII del Título II) cuyo alcance, por no encerrar despojo alguno del derecho, se asemeja más al régimen de las delimitaciones (con compensación) que al de la expropiación.

¹⁹³² Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 4. En este mismo sentido, véase las sentencias C-1074 de 2002, FJ 3.3 y C-476 de 2007, FJ 3.1. En sentido análogo, véase la sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

¹⁹³³ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1994, FJ 3 A. También en este sentido, véase la sentencia C-192 de 1998, FJ 2.

¹⁹³⁴ Corte Constitucional T-284 de 1994, FJ 3 A. En igual sentido, véase la sentencia C-474 de 2005, FJ 6. Se trata de una definición inspirada en la doctrina y la jurisprudencia española, como se reconoce en el propio texto de las sentencias. La referencia es a PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y Luis ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 266-267.

cuando esta caracterización resulta más holgada y constitucionalmente adecuada que la anterior, su falta de desarrollo (jurisprudencial, doctrinal y legal) impide ver en ella algo más que una oportunidad para superar la parálisis anunciada al inicio de este apartado.

235. No deja de causar perplejidad que a pesar de las múltiples transformaciones jurídicas, económicas y sociales operadas en Colombia a lo largo de los últimos años, un instrumento tan valioso como el expropiatorio se haya mantenido prácticamente inalterado en su concepción desde su formulación inicial en el siglo XIX. Más que por un prurito meramente teórico, es ésta una preocupación con un indiscutible asidero en la práctica: permite constatar la irregularidad que a la luz de la Constitución envuelve el actual carácter *no expropiable* de ciertas propiedades privadas como consecuencia de las restricciones derivadas de la legislación aplicable¹⁹³⁵. Además de entronizar una visión anticuada del instituto, ajena a las exigencias de la moderna sociedad industrial (¿post-industrial?), esta concepción de la expropiación conlleva el otorgamiento de privilegios injustificados a favor de ciertos particulares y la erección de barreras inconstitucionales a la prevalencia del interés general. De ahí que la reflexión sobre el alcance y la configuración que en el texto constitucional vigente posee éste instituto se muestre como un imperativo para quien aborde el análisis del régimen de la propiedad privada en la Constitución.

2. El concepto constitucional de expropiación en Alemania.

2.1. La noción de expropiación en la GG y su carácter formal.

236. Como se ha mencionado ya, para el BVerfG la expropiación en sentido constitucional hace referencia a la privación intencional total o parcial de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial amparada por el artículo 14.1.1 GG por medio de un acto jurídico-público unilateral y vinculante, cuya finalidad es la atención de una determinada exigencia de interés general¹⁹³⁶. No

¹⁹³⁵ Es el caso lancinante de la propiedad industrial, pero también el ya denunciado supuesto de las posiciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial que nacen de determinados actos administrativos favorables (p. ej. casos de urbanismo y medio ambiente), tal como fue demostrado en el apartado A-3.3 a´) del Capítulo Tercero de este trabajo. El contraste con la situación imperante en materia de extinción del dominio es notable. En este ámbito, el legislador ha definido expresamente como sujetos a la extinción del dominio todos los bienes “que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad” (artículo 3 de la ley 793 de 2002). *Vid. infra* el apartado A-2.5 del Capítulo Sexto de esta investigación. Ello resulta cuando menos paradójico si se tiene en cuenta que la privación decretada vía extinción del dominio no obedece, como es el caso de la expropiación, a razones de interés general que deben ser atendidas.

¹⁹³⁶ *Vid.*, p. ej., BVerfGE 52, s. 1 (27); 56, s. 249 (260); 58, s. 300 (321); 70, s. 191 (199). La doctrina ha respondido positivamente a esta visión de la expropiación y la ha asumido en sus trazos fundamentales de forma generalizada. *Vid.* PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, pp. 194 y ss.; MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, pp. 710 y ss.; JARASS, H. “Inhalts- und... *Loc. Cit.*, pp. 2842 y ss.; BURGI, M. “Die Enteignung... *Ob. Cit.*, pp. 528 y ss.; EHLERS, D. “Eigentumsschutz,

cualquier despojo o afectación de la propiedad puede, entonces, tenerse por expropiatoria. Lo será únicamente en la medida en que cumpla con los presupuestos y atienda las formas impuestas por el artículo 14.3 GG¹⁹³⁷. De esta manera, y en relación con el objeto de las denominadas intervenciones equivalentes a la expropiación (*enteignungsgleiche Eingriff*) o materialmente expropiatorias (*enteignende Eingriff*) -actuaciones del poder público en la esfera patrimonial de los ciudadanos igualmente sujetas a compensación-, la expropiación en sentido constitucional, en tanto que intervención en la propiedad privada, presenta *un mayor grado de formalización*¹⁹³⁸.

237. Esta concepción formal del instituto expropiatorio permite simplificar y esclarecer la diferenciación entre medidas delimitadoras y expropiaciones: determinar qué constituye una expropiación no se remite ya a la discusión sobre los tradicionales criterios materiales como el de la utilidad privada o de la gravedad, intensidad o exigibilidad de la intervención, sino a la revisión de *aspectos formales* de la misma. De este modo se pone fin a la frontera movедiza o fluida tradicionalmente existente entre una y otra clase de intervención. Por virtud del aislamiento conceptual que de esta manera tiene lugar, se definen con claridad ámbitos específicos y regímenes concretos para el desarrollo de la actividad de delimitación y otros para el de la actividad de carácter expropiatorio. Por esto no podrá considerarse que una ley delimitadora de la propiedad que se excede en la realización de la delimitación (bien porque desatiende el componente de utilidad privada que la Constitución asegura a la propiedad, o atenta contra los principios de proporcionalidad o de igualdad) deba o pueda convertirse en una ley expropiatoria. La transgresión del umbral de la función social no comportará la mutación de la intervención delimitadora en una expropiación. La consecuencia natural de tal infracción será su inconstitucionalidad. Así las cosas, *no por exceder los límites que la Constitución le impone una delimitación pierde su naturaleza para mutar en una norma de naturaleza expropiatoria*¹⁹³⁹. La expropiación es un acto formal y como tal debe mantenerse.

2.2. Elementos del concepto constitucional de expropiación en el Derecho alemán.

238. Aunque la Constitución alemana no aporta una definición expresa de lo que es la expropiación, el artículo 14.3 GG ofrece suficientes elementos para reconstruir esta noción. De acuerdo con la comprensión mayoritariamente

Sozialbindung und... *Passim*, pp. 236 y ss., también PIEROTH, B. y B. SCHLINK. *Grundrechte... Ob. Cit.*, p. 231. Se aparta de esta postura y expone una visión material de la expropiación, que pivota sobre la defensa de la "sustancia del derecho", BADURA, P. "Eigentum... *Op. Cit.*, pp. 362-363.

¹⁹³⁷ HESSE, K. *Grundzüge des... Passim*, p. 195.

¹⁹³⁸ PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 194.

¹⁹³⁹ *Cfr.* OSSENBUHL, F. *Staatshaftungsrecht... Ob. Cit.*, p. 178.

admitida de este instituto en el Derecho alemán¹⁹⁴⁰, éste presupone (i) un acto jurídico-público, unilateral y vinculante, (ii) un derecho o bien amparado por la propiedad constitucional, (iii) su privación o despojo, (iv) intencionada, (v) realizada con fines de interés general.

239. Debe tratarse, entonces, en primer lugar, de una operación realizada por medio de un *acto jurídico de autoridad*. Esto significa que la expropiación implica la presencia de un acto jurídico-público unilateral y vinculante. Por ende, se encuentran excluidas de esta calificación las afectaciones a la propiedad que resultan de una actuación material (*Realakt*) o jurídico-privada de la Administración. La expropiación se circunscribe, entonces, a las privaciones operadas mediante leyes, normas o actos administrativos. En el primer caso se configurará una expropiación legislativa (*Legislativenteignung*); en los dos últimos, una expropiación administrativa (*Administrativenteignung*), que deberá contar con la correspondiente cobertura legal. El carácter vinculante de la actuación impone al particular afectado la obligación de consentir la intervención efectuada.

240. En segundo lugar, la expropiación presupone una *posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial amparada por el artículo 14.1.1 GG*. “[S]ólo donde hay una propiedad constitucionalmente protegida debe procederse a la expropiación siempre y cuando no sea posible que el poder público adquiriera el bien de otro modo y se cumplan los requisitos del artículo 14.3 GG”¹⁹⁴¹. En consecuencia, y teniendo en cuenta la amplitud del radio de cobertura del artículo 14.1.1 GG, *la expropiación puede recaer prácticamente sobre cualquier derecho patrimonial en manos de los particulares*¹⁹⁴². La idea constitucional de propiedad desborda el estrecho concepto de dominio que perfila el Código Civil. Por ende, puede recaer no sólo sobre predios, sino también sobre derechos reales distintos a la propiedad, lo mismo que sobre derechos de crédito, acciones, patentes, derechos de autor, títulos de deuda pública, concesiones u otra clase de posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial emanadas de un contrato público o de un acto administrativo debidamente adquiridas por un sujeto de Derecho. Toda vez que la protección de la propiedad constitucional no ampara las meras expectativas, las simples posibilidades de rentabilidad o ganancias, ni los beneficios eventuales, éstas no podrían ser objeto de expropiación. Por lo tanto no deberían

¹⁹⁴⁰ Al respecto, véase PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, pp. 194 y ss.; MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, pp. 710 y ss; JARASS, H. “Inhalts- und... *Ob. Cit.*, pp. 2843 y ss. A estos autores me remito, en lo fundamental, en adelante, en lo que concierne a los elementos de la noción constitucional de expropiación.

¹⁹⁴¹ KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 163.

¹⁹⁴² Sobre el objeto amparado por la garantía de la propiedad privada del artículo 14.1.1 GG, véase MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, pp. 711 y ss. También BADURA, P. “Eigentum... *Op. Cit.*, pp. 347 y ss. o KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Loc. Cit.*, p. 152. De igual forma, pueden verse las consideraciones realizadas *supra* en el apartado B-2 del Capítulo Primero y, aunque de manera genérica –pero con referencias al Derecho alemán– en los apartados A-2 y A-3.1 del Capítulo Tercero de este trabajo.

ser tenidas en cuenta a la hora de calcular el *quantum* de la respectiva indemnización expropiatoria.

241. La configuración de una expropiación presupone, además, la *privación o despojo* de una posición jurídico-patrimonial concreta amparada por el artículo 14.2 GG. Este es, según el BVerfG, el rasgo decisivo de la expropiación¹⁹⁴³. Exige que la intervención estatal singularice o individualice el derecho o el conjunto de derechos que se va a afectar. No puede, pues, tratarse de una privación decretada en abstracto. Este requerimiento permite formular su oposición conceptual frente a las delimitaciones, caracterizadas por encerrar determinaciones generales y abstractas sobre el contenido y los límites del derecho.

Además de poder ser individual o en grupo, la privación puede ser total o parcial. Cuando es total no ofrece mayores dificultades: supone la completa desposesión del titular de un derecho amparado por el artículo 14.1.1 GG como resultado de la actuación del Estado. Por esto, en este caso, luego de la operación realizada, el propietario queda con las manos vacías. Es el caso típico de las expropiaciones realizadas en el marco de los proyectos de infraestructura. La privación parcial, en cambio, eleva numerosas preguntas. Las principales, sin duda, cuándo se configura y cuál es su objeto. En el caso de un predio, es claro que la privación parcial supondrá la toma de una parte del globo de terreno sobre el que recae el derecho. Para el caso de otros sustratos de la propiedad constitucional la privación parcial recaerá sobre partes independientes o susceptibles de ser jurídicamente separadas de la posición jurídico-patrimonial amparada por la propiedad constitucional¹⁹⁴⁴. Del derecho como un todo se desprende una parte, lo cual presupone tanto su separabilidad jurídica como su aptitud para ser objeto (independiente o autónomamente considerada) de un derecho de propiedad como tal y, por ende, en sí misma merecedora de la protección que otorga la garantía de una posición jurídica a la que se reconoce esta condición. Por esto, mientras que el caso de la imposición de una servidumbre de paso a un predio configura un supuesto de expropiación parcial, ello no ocurre con las restricciones al uso del bien impuestas, por ejemplo, en materia de protección del patrimonio histórico cultural¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴³ BVerfGE 83, 201 (211).

¹⁹⁴⁴ Vid. EHLERS, D. "Eigentumsschutz, Sozialbindung und... *Op. Cit.*, p. 236. También BURGI, M. "Die Enteignung... *Passim*, p. 530.

¹⁹⁴⁵ Sea como sea, la fórmula de la separabilidad de determinadas facultades de la propiedad como objetos autónomos del derecho como criterio para determinar la configuración de una expropiación parcial resulta, en todo caso, incierta y controversial. De ahí que autores como JARASS aboguen por su complementación con criterios adicionales como un mayor énfasis en el elemento teleológico y la existencia de un beneficiario. El primero supondrá que la privación tenga lugar para una causa pública concreta; el segundo, que la posición jurídico-patrimonial despojada pueda ser empleada por una persona susceptible de ser identificada como beneficiario de la expropiación. Para ello es necesario, dice, que concurra una persona (pública o privada) que pueda disfrutar de al menos una parte de las posibilidades de acción y aprovechamiento que se reconocían al propietario expropiado. No basta, por ende, una simple restricción de las facultades del titular del derecho y que ello se traduzca en un beneficio de la comunidad; es preciso que

242. La privación en que consiste la expropiación debe ser, adicionalmente, *intencionada*. En consecuencia, no puede ser un resultado accidental, producto del azar o una secuela involuntaria o colateral de una determinada acción estatal; tiene que ser un resultado querido y perseguido por la Administración o el legislador. De ahí que se diga que la privación debe ser producto de un acto jurídico *teleológicamente dirigido* contra una propiedad en concreto.

243. Por último, la expropiación debe ser realizada *para la satisfacción de una causa pública o la realización del interés general*. Por esto, una intervención expropiatoria no puede perseguir intereses privados, sea de terceros, sea de los propios propietarios (caso de algunas operaciones urbanísticas). Así, la privación no sólo debe ser un resultado intencionado o voluntariamente perseguido por la Administración o la ley; debe ser producto de una *operación teleológicamente fundamentada*: debe servir al bien común. Aunque en un principio esta vinculación teleológica implicaba la transferencia del derecho o bien expropiado a manos públicas para su destinación a una obra o proyecto público determinado (*función de transferencia*), en la actualidad la *causa expropriandi* se ha desvinculado del destino de la cosa. Ello habilita, por ejemplo, la expropiación de bienes o derechos cuya subsistencia se opone a la materialización de una determinada decisión o política pública. En este caso el despojo es consecuencia de su supresión jurídica, no siendo imprescindible para el perfeccionamiento de la operación expropiatoria su transferencia a manos públicas. En este supuesto, la expropiación cumple una función de superación (*Überwindungsfunktion*)¹⁹⁴⁶.

exista un beneficiario concreto a favor del cual se reconozcan poderes de decisión y disposición sobre el derecho o la cosa. *Vid.* JARASS, H. "Inhalts- und... *Ob. Cit.*, pp. 2844-2845.

¹⁹⁴⁶ STEINBERG, Rudolf y Andreas LUBBERGER. *Aufopferung, Enteignung und Staatshaftung*, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 104. También MAURER, H. *Allgemeines... Loc. Cit.*, p. 718. Ahora bien, con ser cierto que dentro de la comprensión de la expropiación impulsada por el BVerfG no ha sido exigido que ésta se enmarque en un proceso de adquisición de bienes (*Güterbeschaffungsvorgang*), también lo es que este aspecto parece haber sufrido una modificación. Así, si bien para el BVerfG "[p]ara que exista una expropiación no es necesario que se transfiera el bien; [ya que] su característica determinante es la privación de la propiedad y la pérdida de patrimonio y de derechos que ello produce, pero no la transferencia del objeto expropiado" (BVerfGE 83, 211), como apunta PAPIER, la sentencia de 22 de mayo de 2001 (BVerfGE 104, 1) y su referencia a la vinculación de la expropiación a la realización de "tareas públicas determinadas" (**zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben**) puede suponer el replanteamiento de esta tesis. Con ella, señala este autor, se evidencia un mayor acercamiento a la concepción clásica de la expropiación en lo que concierne al fundamento concreto que debe servir de justificación a la privación efectuada. La expropiación presupondría, entonces, la privación de una posición jurídica concreta con una finalidad igualmente determinada. En este sentido, véase PAPIER, H. J. "Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, p. 196. Con todo, nada obsta para que esa finalidad determinada exigida a la intervención expropiatoria pueda tener un objeto distinto al que poseía en vigencia de la concepción clásica del instituto (*rectius* adquisición forzosa de bienes para su paso al dominio público).

3. El concepto constitucional de expropiación en España.

3.1. La dualidad de conceptos de expropiación en el Derecho español.

244. De acuerdo con lo previsto por el artículo 33.3 CE, “[n]adie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. Aunque este enunciado constitucional articula expresamente la expropiación como una técnica de despojo de la propiedad privada (en sentido *lato*) por parte del Estado para atender exigencias de interés general, como se ha señalado ya, la evolución experimentada por este instituto ha llevado a que se desarrollen dos conceptos diferentes de expropiación: uno formal, aplicable a la Administración y al legislador que realiza expropiaciones singulares; y otro material, útil frente al legislador que delimita el contenido del derecho¹⁹⁴⁷.

En este último evento, caso de las denominadas leyes de efectos expropiatorios, la ley efectúa una regulación general del derecho, que como tal afecta a un número indeterminado de sujetos y disciplina situaciones jurídicas abstractas, pero en la práctica, por envolver un atentado contra su contenido esencial, se traduce en el despojo de derechos hasta entonces existentes¹⁹⁴⁸. Ante la magnitud e intensidad de la intervención realizada, se concluye, (i) ésta deberá ser calificada de expropiatoria, (ii) la indemnización será inexcusable y (iii) su no previsión por parte del legislador determinará la inconstitucionalidad de la medida por violación de la garantía indemnizatoria que caracteriza a la expropiación¹⁹⁴⁹. El contenido esencial emerge así, pues, como elemento “básico y

¹⁹⁴⁷ Vid. en este sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 183. También BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 38.

¹⁹⁴⁸ STC 227/1988, FJ 11. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Loc. Cit.*, pp. 224 y 247.

¹⁹⁴⁹ Así, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 377; MONTÉS, V. *La propiedad privada en el... Ob. Cit.*, pp. 165 y ss. y 226-227; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Loc. Cit.*, pp. 168-169; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Loc. Cit.*, p. 43; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Passim*, pp. 138 y ss; DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Op. Cit.*, pp. 131-132; CARRILLO DONAIRE, J. A. *Las servidumbres... Op. Cit.*, pp. 68 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del... Ob. Cit.*, pp. 197 y ss.; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 183 y ss. Aunque para MUÑOZ GUIJOSA el contenido esencial del derecho constituye “el elemento básico y decisivo en la determinación de la calificación como delimitación o privación de las medidas que afecten el derecho de propiedad” (MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Passim*, p. 240), en su concepto no toda medida que afecte el contenido esencial puede calificarse de expropiatoria. A partir de la diferenciación entre función social y utilidad pública e interés social (*causa expropriandi*) esta autora distingue entre intervenciones expropiatorias de las delimitadoras. Según comenta, “[l]a utilidad pública o el interés social deben concurrir, por tanto, para que quepa calificar determinada privación del derecho de propiedad de expropiatoria, y no simplemente de inconstitucional” (*Idem*, p. 243). La “sustancial diferencia” entre función social y utilidad pública o interés social (alude a la distinta *naturaleza jurídica* que una y otra figura presentan constitucionalmente:

decisivo” de la tipificación de una determinada intervención estatal en la propiedad como expropiatoria o delimitadora¹⁹⁵⁰.

245. Debido a esta dualidad de conceptos los perfiles constitucionales del instituto se desdibujan; éste pierde consistencia dogmática y efectuar una descripción unitaria de su objeto y sus presupuestos con apego a su régimen constitucional y a los aportes jurisprudenciales y doctrinales que dominan la materia resulta difícil. Las diferencias que median entre una y otra forma de expropiación impiden formular un concepto técnico satisfactorio tanto a la luz del régimen constitucional de la propiedad privada, como del singular desarrollo que ha experimentado el instituto expropiatorio en el medio español. Así, por una parte, decir que se presenta una expropiación en sentido constitucional siempre que haya un atentado contra el contenido esencial del derecho es, como se verá enseguida, alienar a esta última figura de su función genuina según lo previsto por el artículo 53.1 CE, desconocer los efectos que según esta misma disposición se desprenden de la infracción de este reducto protegido de los derechos fundamentales, rebajar la garantía del derecho (artículo 33.1 CE), desnaturalizar la potestad de delimitación de su contenido (artículo 33.2 CE) y prescindir de los rasgos formales con que el artículo 33.3 CE ha troquelado a este instituto. Por otra, afirmar, como señala el artículo 1 LEF, que es sólo “cualquier forma de *privación singular* de la propiedad privada o de derecho o intereses patrimoniales legítimos” (cursivas fuera de texto), es ir en contravía tanto del desarrollo experimentado por el instituto a partir de la expedición de la Constitución de 1978, como de las críticas que le fueron formuladas desde su expedición en 1954 y que apuntan al hecho que una privación no deja de serlo por afectar por igual a un número plural de personas. Frente a este panorama, resulta procedente detenerse tanto en los problemas que origina la referida dualidad de conceptos de expropiación, como en el examen de una propuesta de concepto constitucional de expropiación anclado en la regulación de esta figura por el artículo 33.3 CE.

3.2. Problemas originados por la dualidad conceptual imperante en materia de expropiación.

246. Como se ha comentado con anterioridad, la expansión del ámbito de aplicación y del concepto tradicional de la expropiación que resulta de su tipificación como “destrucción del contenido esencial del derecho de

mientras que la primera constituye un elemento integrante de la propia estructura del derecho de propiedad, estas últimas resultan ser *ajenas* al derecho, que avienen al mismo *ad extra*), dice, explica esta situación. Aunque por razones menos formalistas, BAÑO LEÓN comparte este planteamiento. A su juicio “[a]mbos conceptos no parecen intercambiables, ya que la función social de la propiedad *per se* no permite la expropiación salvo que haya una razón cualificada. El límite que el art. 53.1 impone a las obligaciones que la función social puede exigir a los propietarios es distinto a la garantía indemnizatoria”. *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, p. 1786.

¹⁹⁵⁰ Así, MUÑOZ GUIJOSA, M. A. *El derecho de propiedad... Op. Cit.*, p. 240.

propiedad”¹⁹⁵¹ origina numerosos problemas teóricos y prácticos¹⁹⁵². Más cuando a ello se suma la paulatina proliferación y profundización de la actividad estatal delimitadora sobre las formas más relevantes de propiedad privada¹⁹⁵³. Esta concepción no sólo ha propiciado cierta confusión dogmática¹⁹⁵⁴; ha llevado asimismo, según se ha señalado ya, a que las fronteras entre delimitación y expropiación se desdibujen y a que se haga más difícil, en la teoría y la *praxis*, su diferenciación¹⁹⁵⁵. La depreciación de la garantía del derecho, reducida a una mera tutela indemnizatoria, como consecuencia de la desaparición práctica de la garantía del contenido esencial, es otra de las secuelas negativas de la adopción de esta concepción amplia o material de la expropiación¹⁹⁵⁶. Ella envuelve una habilitación implícita al legislador para intervenir de forma *incondicional e ilimitada* -de cualquier modo y con cualquier intensidad- sobre el derecho de propiedad, *siempre que prevea la correspondiente indemnización*. Poco importa que el artículo 53.1 CE no releve al legislador de su obligación constitucional de respetar su contenido esencial cuando regula el derecho de propiedad, la idea que éste representa un *caso especial* sirve de pretexto para vulnerarlo a cambio de una indemnización expropiatoria: no toda intervención que atente en su contra resulta inconstitucional y se encuentra, por ende, proscrita. Lo será sólo si, se dice, se desconocen las exigencias del art. 33.3 CE; disposición que envuelve una habilitación directa para penetrar legítimamente en ese ámbito y despojar a los particulares de su propiedad¹⁹⁵⁷.

247. Garantías como el procedimiento (exigido tanto por el artículo 33.3 CE, como por el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE y por la vertiente procedimental del derecho de propiedad que garantiza el artículo 33.1 CE)¹⁹⁵⁸ o la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* de la

¹⁹⁵¹ BERMEJO VERA, J. *et al. Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 102.

¹⁹⁵² *Cfr. supra* el apartado C-2.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁹⁵³ PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las... Passim*, p. 17.

¹⁹⁵⁴ No de otra forma pueden entenderse, por ejemplo, afirmaciones como que “[l]a noción de expropiación, en rigor, no brota del artículo 33.3 CE, sino del contenido esencial del dominio en cuya anulación pueden confluir formas dispares”. *Cfr. BARNES, J. La propiedad constitucional... Ob. Cit.*, p. 379. Aunque se trata de un planteamiento marginal y claramente superado, resulta elocuente de la escasa atención que doctrinal y jurisprudencialmente se ha prestado a la caracterización formal del instituto expropiatorio como garantía o técnica de defensa del derecho de propiedad. Véase en este sentido la crítica de PARADA, R. “Evolución y crisis del... *Loc. Cit.*, pp. 50 y ss.

¹⁹⁵⁵ *Cfr. MIR PUIGPELAT, O. La responsabilidad patrimonial de la... Ob. Cit.*, pp. 108 y ss.

¹⁹⁵⁶ Denuncia esta situación BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Op. Cit.*, pp. 1782-1783.

¹⁹⁵⁷ Así, por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional... Passim*, pp. 370 y ss. También DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías... Loc. Cit.*, p. 132; GALÁN VIOQUÉ, R. *La responsabilidad del... Ob. Cit.*, p. 138; COLINA GAREA, R. *La función social de la... Op. Cit.*, p. 384; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, pp. 46-47; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la... Loc. Cit.*, p. 169.

¹⁹⁵⁸ *Vid. STC 048/2005, FFJJ 5 y 6. También PARADA, R. “Evolución y crisis del... Loc. Cit.*, pp. 64 y ss. Se afirma, sin ofrecer una razón justificativa de la excepción, que “la delimitación del contenido dominical con efecto o impacto materialmente expropiatorio por desbordar el contenido esencial del derecho, que de ordinario no se traduce en la entera privación del bien ni

intervención expropiatoria¹⁹⁵⁹ (impuestas por la garantía del contenido esencial y por el principio de Estado de Derecho a los cuales va ligado el principio de proporcionalidad) son así desechadas sin fundamento alguno. La preocupación por la realización de la cobertura primaria de los derechos fundamentales -en lugar de su mera cobertura indemnizatoria- que impone el compromiso con la defensa de los derechos fundamentales¹⁹⁶⁰ (artículo 9.2 CE) y por una construcción de la garantía integral del patrimonio ordenada y respetuosa de la efectividad de estos últimos queda igualmente arrumbada. Lo anterior, a pesar de que, como bien destaca PARADA, “el artículo 33.3 de la Constitución invita a reflexionar sobre la firmeza y operatividad de los aspectos formales de la garantía que el instituto expropiatorio ha protagonizado desde que como procedimiento de específica protección contra la desposesión de la propiedad se impuso”¹⁹⁶¹.

248. No se entiende cómo si el propio artículo 53.1 CE impone la obligación general de respetar la garantía del contenido esencial en sede de regulación de los derechos fundamentales incluidos en el Capítulo Segundo del Título I CE, sin excluir de ella al derecho de propiedad, los poderes públicos constitucionalmente legitimados para delimitar su contenido puedan considerarse habilitados para hacer desaparecer o sustraer de su interior todo ámbito de aprovechamiento y de utilidad privada del propietario a cambio de una indemnización; garantía prevista por el propio texto constitucional respecto de otra modalidad de intervenciones: las expropiatorias. Hacer del contenido esencial el umbral de transición entre la actividad de delimitación y de expropiación no sólo supone la enajenación de aquél de sus genuinos campo de aplicación y función de acuerdo con la Constitución (*rectius*: la regulación de los derechos y servir de límite a esta actividad). Conlleva asimismo el riesgo de confusión y solapamiento de dos actividades constitucionalmente diferenciadas, con la subsecuente imposibilidad de apreciar con nitidez los límites que enmarcan cada una de ellas, en claro detrimento de la garantía del derecho. Lo anterior, por supuesto, sin contar con que a la postre todo ello desemboca en la *desaparición de la garantía del contenido esencial, reducida a una mera garantía indemnizatoria*¹⁹⁶². Que el legislador cuente con un margen de apreciación significativo en uno y otro caso no puede suponer que únicamente se encuentra vinculado por la obligación de prever las indemnizaciones correspondientes por la afectación del contenido esencial, como se deduce de la concepción amplia de la institución expropiatoria. La mera

en su transferencia o destino a un fin de interés general, no parece estar sujeta necesariamente a la garantía del procedimiento entendida en sentido clásico (sí, en cambio, a la de los fines y a la indemnizatoria)”. *Vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁹⁵⁹ Resalta este límite DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. *El sistema de garantías...* *Ob. Cit.*, p. 220. En este sentido, también BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Op. Cit.*, p. 54.

¹⁹⁶⁰ MAURER, H. *Allgemeines...* *Ob. Cit.*, p. 648.

¹⁹⁶¹ PARADA, R. “Evolución y crisis del... *Loc. Cit.*, p. 50.

¹⁹⁶² BAÑO LEÓN, J. M. “El contenido esencial de la... *Ob. Cit.*, pp. 1782 y ss. *Vid.* al respecto las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado C-2.2 a) del Capítulo Segundo de este trabajo.

previsión de una compensación no colma las exigencias de la garantía del derecho¹⁹⁶³.

249. Es preciso reivindicar la valía jurídico-subjetiva y el régimen de garantía que la Constitución confirió al derecho de propiedad¹⁹⁶⁴. Ello impone asumir, entre otras, que tanto el reconocimiento constitucional del derecho por el artículo 33.1 CE, como la caracterización formal del instituto expropiatorio por el artículo 33.3 CE y la atribución de un contenido esencial por el artículo 53.1 CE, suponen que **para la Constitución la propiedad es más que una simple prohibición de privación sin indemnización y la expropiación, más que la mera ablación de un derecho con obligación de indemnizar al afectado.** *Por ende, toda intervención delimitadora que afecte su contenido esencial debe ser considerada inconstitucional*¹⁹⁶⁵; lo mismo que toda intervención expropiatoria que desatienda las condiciones formales y materiales establecidas por el artículo 33.3 CE. De un lado, ni la garantía del contenido esencial del derecho puede ser confundida con la garantía indemnizatoria; ni, de otro, las exigencias constitucionales respecto de la procedencia de una intervención expropiatoria pueden ser reducidas al simple pago de una indemnización.

Esta última circunstancia ha sido puesta de relieve por el juez constitucional en la sentencia STC 048/2005, al señalar el carácter excepcional de las expropiaciones legislativas y la importancia que dentro de la operación expropiatoria tienen tanto el procedimiento como el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁹⁶⁶. Es preciso entender, por tanto, que *el legislador que delimita el contenido del derecho de manera general y abstracta tiene constitucionalmente vedado privar a los individuos de su propiedad*. Ello supondrá una intervención inconstitucional en el ámbito protegido del derecho. De ser necesario dicho desapoderamiento, constitucionalmente legítimo conforme a las reglas establecidas en materia de expropiación por el artículo 33.3 CE, la ley debe encontrarse frente a razones de peso que justifiquen la excepcional utilización del instrumento legal como vía para llevar a cabo una actuación que la tutela de los derechos fundamentales (señaladamente el derecho a la tutela judicial efectiva, pero también la dimensión procedimental del derecho de propiedad) y principios como la seguridad jurídica, la igualdad y la proporcionalidad configuran como administrativa¹⁹⁶⁷. Esto, sin contar con que

¹⁹⁶³ AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Loc. Cit.*, p. 951.

¹⁹⁶⁴ En este mismo sentido, aunque enfocado desde otra perspectiva, eleva un llamado BAÑO LEÓN, J. M. "El contenido esencial de la... *Passim*, pp. 1781 y ss.

¹⁹⁶⁵ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la... Ob. Cit.*, p. 380. En este mismo sentido MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la... Op. Cit.*, p. 111 y AGUILERA VAQUÉS, M. "Propuestas para... *Passim*, p. 945.

¹⁹⁶⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. "El nuevo criterio de «la tutela materialmente equivalente» en relación con las expropiaciones legislativas (la STC 048/2005)", en *Teoría y realidad constitucional*, No. 19, 2007, pp. 406 y ss.

¹⁹⁶⁷ Al respecto, véase el interesante y fructuoso análisis que de la STC 048/2005 realiza ORTEGA BERNARDO, Julia. "Límites constitucionales en la adopción por ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias", en *RAP*, No. 172, 2007, pp. 294 y ss. El

deberá arbitrar mecanismos que mínimamente le permitan singularizar dicho resultado y atender los requerimientos fijados por la Constitución a esta clase de actuaciones (*i. e. causa expropriandi*, procedimiento e indemnización)¹⁹⁶⁸. En últimas, a pesar de las diferencias que impone el foro legislativo en relación con la expropiación administrativa, se trata de cuestiones formales, que en nada singularizan el proceso jurídico que se surte por esta vía: también en sede legislativa, la expropiación es, ante todo, una privación legítima de una posición jurídico-patrimonial amparada por la propiedad constitucional¹⁹⁶⁹, cobijada, por ende, por las mismas garantías.

3.3. Una propuesta de concepto constitucional de expropiación a la luz del artículo 33.3 CE.

250. Los problemas originados por la concepción material de la expropiación exigen su replanteamiento. Es preciso formular un concepto que al tiempo que desarrolle el precepto contenido en el artículo 33.3 CE, aísle conceptualmente al instituto expropiatorio de la delimitación y permita separar la garantía del contenido esencial de la garantía indemnizatoria de la expropiación. El texto de la Constitución aporta suficientes datos para llevar a cabo esta operación: separa formal y materialmente las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias y del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, caracteriza a la expropiación como un despojo formal exigido por razones de interés general y extiende su objeto a toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial.

251. Por una parte, entonces, se tiene que la Constitución reconoce al contenido esencial como garantía frente al legislador que *regula el derecho* (artículo 53.1 CE); en consecuencia, su infracción debe acarrear, pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la medida¹⁹⁷⁰. Por otra, frente al legislador o a la Administración que por razones de interés general precisan el sacrificio de posiciones jurídicas amparadas por la propiedad la Constitución ha previsto la garantía expropiatoria. Con ella se ha querido asegurar que “[n]adie podrá ser privado de sus bienes o derechos, sino con causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con las leyes” (artículo 33.3 CE). Es preciso, entonces, separar ambas instituciones.

carácter excepcional de la expropiación legislativa en el ordenamiento alemán es puesto de relieve por KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Loc. Cit.*, p. 166.

¹⁹⁶⁸ Lo ocurrido con la demanialización de las costas, en la cual el legislador previó los efectos que su regulación general y abstracta de estos bienes iba a producir sobre posiciones jurídico-patrimoniales individuales e implementó los mecanismos legales y las compensaciones necesarias para cumplir los requerimientos del artículo 33.3 CE es un buen ejemplo de ello. Ella es, en esencia y en su mayoría, una ley delimitadora (artículo 1 LC) con disposiciones expropiatorias (artículo 1 Disposiciones transitorias LC). *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional STC 149/1991, FJ 8 B).

¹⁹⁶⁹ MAURER, H. *Allgemeines...* *Op. Cit.*, p. 716.

¹⁹⁷⁰ REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la...* *Ob. Cit.*, p. 380. En este mismo sentido MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* *Op. Cit.*, p. 111 y AGUILERA VAQUÉS, M. “Propuestas para... *Passim*, p. 945.

Siguiendo la línea trazada por el BVerfG, para este efecto resulta imperativo sustantivar los regímenes correspondientes a cada una de estas formas de intervención en la propiedad.

252. Además de la indemnización, la Constitución exige a la expropiación una *causa expropriandi* y un procedimiento acordado por ley¹⁹⁷¹. Con todo, el concepto clave es la *privación de la propiedad constitucional*. La privación pura y simple. No ha de ser una “privación singular”, en el sentido de la LEF; tampoco una afectación del contenido esencial, en el sentido de la concepción material del instituto¹⁹⁷². No importa que proceda de una ley, reglamento o acto administrativo, que afecte a uno o a mil propietarios; una expropiación ha de ser siempre *el sacrificio concreto de la propiedad de uno o más individuos*, “la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos”¹⁹⁷³. La expropiación no supone afectación alguna a la propiedad como institución jurídico-objetiva; es siempre *un atentado contra una posición jurídico-subjetiva concreta* amparada por este derecho. De ahí que deba ser siempre *individualizada*. Por otra parte, la referencia directa del artículo 33.3 CE a la privación de “bienes y derechos” ratifica la ruptura con la concepción clásica del objeto de la expropiación realizada en 1954 por el artículo 1 LEF y habilita el reconocimiento del carácter expropiatorio de privaciones totales o parciales¹⁹⁷⁴.

Igualmente resulta relevante a la luz del artículo 33.3 CE la finalidad perseguida por la expropiación practicada. No sólo debe tratarse de la privación de un derecho o bien amparado por la propiedad constitucional. Debe ser una privación justificada *por razones de utilidad pública o de interés social*. La propiedad privada no admite ser sacrificada por vía de expropiación por cualquier causa: su abatimiento debe servir al interés general. No obstante, la amplitud de los fines públicos referidos por la Constitución abre un notable margen de posibilidades al legislador a la hora de tipificar esta causa, que no necesariamente debe suponer la exacta predeterminación del destino al que se someterá el bien expropiado¹⁹⁷⁵. Esto hace posible que la expropiación pueda ser empleada cuando quiera que una necesidad pública requiera *la transferencia, la desaparición o la transformación de una determinado bien o derecho amparado por el artículo 33.1 CE*, complementando así

¹⁹⁷¹ STC 166/1986, FJ 13.

¹⁹⁷² El carácter singular de la privación o la afectación del contenido esencial dejan de ser relevantes por cuanto lo determinante a efectos de distinguir la expropiación de las delimitaciones será la valoración del cumplimiento de las exigencias formales que la Constitución impone a cada una de estas intervenciones.

¹⁹⁷³ STC 227/1988, FJ 11.

¹⁹⁷⁴ En este caso, como ocurre en el Derecho alemán, la configuración de una privación parcial presupone el recurso a criterios auxiliares. El criterio de la existencia de un beneficiario, sugerida por GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta un instrumento útil a efectos de determinar cuándo se configura esta clase de privación. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Loc. Cit.*, pp. 71-72. También en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Op. Cit.*, pp. 247-248. Señala otros criterios como el de la exclusividad en el uso, la existencia de un beneficiario o la relación estrecha con un bien demanial PONS CÀNOVAS, F. *La incidencia de las... Ob. Cit.*, p. 85.

¹⁹⁷⁵ STC 166/1986, FJ 13 A).

la amplitud de contornos del instituto que ya perfila la dilatada configuración de su objeto¹⁹⁷⁶.

También impone la Constitución el requisito del procedimiento. En este sentido ha entendido la jurisprudencia constitucional la referencia a que la expropiación se efectúe “de conformidad con las leyes”¹⁹⁷⁷. Que la expropiación deba surtirse a través de un procedimiento legalmente definido significa que debe proceder de una *actuación jurídica formal*. Las actuaciones materiales quedan, así, excluidas como fuente de una intervención expropiatoria. La no previsión de una reserva de Administración en esta materia supone, asimismo, según ha admitido el Tribunal Constitucional, la legitimidad de las expropiaciones llevadas a cabo por el legislador¹⁹⁷⁸. Con todo, su procedencia se encuentre limitada a supuestos excepcionales en consideración a las severas restricciones que suponen para el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados y a la garantía del procedimiento expropiatorio¹⁹⁷⁹. Este condicionamiento hace de la administrativa la vía normal para formalizar esta clase de actuaciones y del procedimiento expropiatorio una verdadera garantía.

253. Por último, la proclamación por el artículo 106.2 CE del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como complemento y pieza de cierre de la garantía patrimonial de los ciudadanos aporta un último rasgo característico de la institución expropiatoria: *cubre las privaciones queridas o intencionalmente producidas por el Estado y como consecuencia de una actuación jurídica de carácter imperativo*. Mientras que aquél opera *prima facie* respecto de los daños incidentales, accesorios al funcionamiento de los servicios públicos, cuyo acaecimiento *no resulta directamente exigido* por el interés general; la expropiación representa *una potestad* cuyo objetivo fundamental es el legítimo desapoderamiento de los particulares de su propiedad (daño) para atender una causa de utilidad pública o interés social. Se trata, entonces, de privaciones (daños) deliberadamente ocasionadas, directamente exigidos y justificados por el interés general¹⁹⁸⁰. Su legitimidad requiere la verificación de las condiciones establecidas por la Constitución en el artículo 33.3 CE (*causa expropiandi*, procedimiento e indemnización); de lo contrario, se configurará una intervención inválida, frente a la cual deberá reaccionar la dimensión defensiva del derecho o,

¹⁹⁷⁶ Es la denominada función de superación (*Überwindungsfunktion*) del instituto expropiatorio, complementaria a su tradicional función de transferencia (*Übertragungsfunktion*). Cfr. STEINBERG, R. y A. LUBBERGER. *Aufopferung, Enteignung und...* Loc. Cit., p. 104. También MAURER, H. *Allgemeines...* Loc. Cit., p. 718.

¹⁹⁷⁷ STC 166/1986, FJ 13 C).

¹⁹⁷⁸ STC 166/1986, FJ 13. Con todo, la importancia conferida al elemento procesal ha llevado a señalar (aunque con limitada utilidad en el caso de la STC 166/1986) que la validez de las expropiaciones legislativas “no autoriza al legislador a prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las leyes generales de expropiación”. Cfr. *Idem*, FJ 13 C).

¹⁹⁷⁹ STC 048/2005, FJ 6. Vid. también ORTEGA BERNARDO, J. “Límites constitucionales en la... Op. Cit., pp. 301 y ss.

¹⁹⁸⁰ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la...* Ob. Cit., pp. 119 y ss.

de resultar irresoluble, subsidiariamente, el instituto de la responsabilidad como mecanismo de cobertura secundaria.

254. La expropiación emerge así como una potestad que busca imponer a los particulares una decisión del poder público enderezada a asegurar la prevalencia del interés general, al tiempo que proteger los intereses patrimoniales de los expropiados. De ahí que pueda ser ejercitada tanto por el ejecutivo como por el legislativo, y se encuentren excluidas las afectaciones a la propiedad producidas fuera del marco de los actos jurídicos unilaterales vinculantes. De ahí, también, que a manera de contrapartida, su legitimidad esté condicionada a la observancia plena de los presupuestos de validez que la Constitución le señala. No cualquier despojo de la propiedad puede asumirse, así, como una expropiación válidamente realizada. Debe tratarse, pues, de una privación total o parcial justificada por razones de interés general operada a través de un procedimiento mediante actos jurídicos de autoridad directamente dirigidos a la producción de ese resultado. De darse estas condiciones su indemnización será imperativa y el particular se verá legítimamente despojado de su propiedad.

255. La expropiación constitucional puede definirse entonces, en el ordenamiento constitucional español, como *la privación, total o parcial, intencionada, de una posición jurídica-subjetiva amparada por el artículo 33.1 CE, acordada imperativamente, que se encuentra justificada por una causa de utilidad pública o interés social*¹⁹⁸¹.

4. El concepto constitucional de expropiación en el Derecho colombiano.

4.1. La necesidad de replantear el concepto tradicional de expropiación a la luz de su regulación constitucional actual.

256. De todos enunciados que conforman el artículo 58 CC y disciplinan las diferentes piezas sobre las cuales se articula el régimen del derecho de propiedad en la Constitución (garantía del derecho –artículo 58 párr. 1 frase 1-, principio de prevalencia del interés general –artículo 58 párr. 1 frase 2-, función social –artículo 58 párr. 2 frase 1- y función ecológica del derecho –artículo 58 párr. 2 frase 2-, reconocimiento de la propiedad asociativa y solidaria –artículo 58 párr. 3- e instituto expropiatorio –artículo 58 párr. 4-), son los incluidos en el párr. 4 los que ofrecen un contenido material más rico en orden a la caracterización de la institución que regulan. De acuerdo con lo previsto por el artículo 58 párr. 4 CC “[p]or motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”. En él se establecen los presupuestos de procedencia de la expropiación ordinaria (*causa expropiandi* legalmente declarada, procedimiento e

¹⁹⁸¹ En sentido análogo, véase *Idem*, pp. 119-120.

indemnización), se definen sus distintos tipos (judicial y administrativa) y se reglamentan cuestiones relativas a la indemnización (*v. gr.* su carácter previo o su tasación) o a las garantías judiciales procedentes respecto de la modalidad administrativa de privación. Estas reglas definen con cierta claridad los contornos de la institución. Por ende, y teniendo en cuenta la ya señalada necesidad de reflexionar sobre la configuración de ésta en la normativa constitucional actual, más que de la tradición o de la legislación, su concepto ha de derivarse de manera directa de su régimen en la Constitución¹⁹⁸².

257. Como se ha comentado ya, para la línea jurisprudencial más reiterada, la expropiación es “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”¹⁹⁸³. Por un lado, la referencia a la “tradición del dominio” remite a la idea de propiedad derecho real plasmada en el Código Civil¹⁹⁸⁴ (propiedad *stricto sensu*) y, por ende, a una visión recortada del objeto a expropiar: éste se limita, así, únicamente a las cosas corporales¹⁹⁸⁵. Y de éstas, como se aprecia en el Derecho

¹⁹⁸² De ahí que no sea de recibo la aproximación tradicionalista exhibida por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 2009 al examinar el encaje constitucional de la previsión del Tratado de Libre Comercio suscrito con Chile que reconoce la indemnización a los inversionistas por las denominadas “expropiaciones indirectas”. Con ser cierto que su afirmación en el sentido que “en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado” (FJ 3.6.10) busca únicamente excluir de la cobertura del artículo 58 párr. 4 CC a la denominada “expropiación indirecta” incluida en esta clase de acuerdos, también lo es que ese mismo resultado se había podido obtener mediante la indagación de la regulación que del instituto expropiatorio efectúa el propio texto constitucional vigente. A pesar de lo anterior, la consideración que se trata de una forma de protección patrimonial que encuentra fundamento en el principio de confianza legítima y que su reglamentación concreta en el referido tratado (dadas sus –presuntamente- restrictivas condiciones de aplicación) no representa una limitación excesiva para la potestad reguladora del Estado le llevaron a declarar su constitucionalidad. Con todo, la referida falta de meditación acerca de la actual configuración constitucional del instituto expropiatorio (i) deja sin afirmar los perfiles formales de la institución en la Constitución; (ii) mantiene inexplorada la posibilidad de ampliar el objeto expropiatorio allende la transferencia de bienes a manos públicas; y (iii) supone un factor de confusión, en tanto convalida el reconocimiento (extraconstitucional) de un nuevo tipo expropiatorio que, a pesar del *nomen*, dado el fundamento particular que se le atribuye (el principio de confianza legítima) parece representar más un supuesto adscrito al régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC) que al propio del instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC). La particular regulación que de la solución de controversias se prevé igualmente en estos acuerdos releva de la preocupación por la aplicación de esta figura por los tribunales ordinarios y señala la dificultad, inconveniencia e inutilidad del traslado de esta discusión al Derecho interno. En él la protección que ofrece la denominada expropiación indirecta es equivalente a la cobertura proporcionada por el instituto de la responsabilidad.

¹⁹⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 4. En este mismo sentido, véase las sentencias C-1074 de 2002, FJ 3.3 y C-476 de 2007, FJ 3.1. En sentido análogo, *vid.* la sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

¹⁹⁸⁴ La tradición, como modo de adquirir el dominio de las cosas corporales (muebles e inmuebles), es regulado por el Título VI del Libro Segundo del CCC (artículo 740-761).

¹⁹⁸⁵ El artículo 669 CCC define el derecho de dominio como “el derecho real en una *cosa corporal*, para gozar y disponer de ella [arbitrariamente], no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (la

positivo, la atención se ha centrado de modo prevalente sobre los bienes inmuebles¹⁹⁸⁶. Por otro, la relación necesaria que se establece entre expropiación y transferencia de bienes privados a manos públicas confirma la coincidencia con una visión clásica del instituto. Como el propio juez constitucional ha señalado, “en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado”¹⁹⁸⁷.

No obstante, la falta de una expresa restricción por parte de la Constitución en este sentido permite considerar que la tradición no tiene por qué comportar una camisa de fuerza que inhiba todo desarrollo o reflexión más allá de las fronteras que señala. Nada en la Constitución obliga a que la expropiación sea vista como un instrumento orientado exclusivamente a la ampliación del patrimonio público inmobiliario. De hecho, ello se puede constatar en el segundo concepto que la propia jurisprudencia constitucional maneja (aunque minoritariamente) para hacer referencia al instituto expropiatorio. De acuerdo con esta noción, la expropiación constituye una privación coactiva de la titularidad de un determinado bien a un particular por razones de interés general, siguiendo un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización¹⁹⁸⁸. En ella se amplía su objeto a “todos aquellos bienes pertenecientes a cualquier particular que sean necesarios para garantizar los objetivos comunes del Estado y de sus asociados”¹⁹⁸⁹ y se prescinde de la alusión concreta a la función de transferencia de la titularidad del derecho expropiado a manos públicas.

258. Así formulada la noción de expropiación no sólo desborda los estrechos márgenes que le impone la tradición, sino que aprovecha y desarrolla de forma más adecuada las oportunidades que ofrece la regulación constitucional del instituto. De lo contrario, y paradójicamente, la visión tradicional de éste se alzará como una barrera con la cual acabará chocando el discurso de la transformación constitucional del derecho de propiedad privada y de su mayor

expresión “arbitrariamente” fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en su sentencia C-595 de 1999).

¹⁹⁸⁶ *Vid.* las normas que de forma general rigen el proceso judicial de expropiación ante los jueces ordinarios, contenidas en los artículos 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil o, por otra parte, las regulaciones sectoriales que definen reglas especiales aplicables a formas concretas de expropiación judicial (p. ej. las expropiaciones en materia de puertos –artículo 16 de la ley 01 de 1991-, reforma agraria –artículo 33 de la ley 160 de 1994-, reforma urbana –artículos 58 a 62 de la ley 388 de 1997- o medio ambiente –artículo 107 de la ley 99 de 1993-). Ello también es constatable en la legislación urbanística y su regulación sobre las expropiaciones administrativas autorizadas de manera excepcional por el legislador para esos supuestos especiales (artículos 63 a 72 de la ley 388 de 1997). El carácter excepcional con que la legislación de derechos de autor (Ley 23 de 1982) permite en su artículo 80 la posibilidad de expropiar los derechos patrimoniales corrobora igualmente esta tendencia, lo mismo que el silencio guardado al respecto por la normativa vigente en materia de propiedad industrial (Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN-).

¹⁹⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 2009, FJ 3.6.10.

¹⁹⁸⁸ Así, las sentencias T-284 de 1994, FJ 3 A y C-474 de 2005, FJ 6.

¹⁹⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1994, FJ 3 A.

apertura a la intervención estatal como resorte del Estado social –tan fuertemente impulsado por el juez constitucional-. De ahí que, so pena del desequilibrio o la descompensación entre la concepción abstracta y el desarrollo concreto del sistema constitucional de la propiedad privada, la reflexión jurídico-constitucional en punto a los contornos de esta institución en la Constitución resulte obligada.

259. De igual forma no debe perderse de vista que la expropiación no es sólo un instrumento de intervención estatal en el ámbito de la propiedad; es también una garantía para los propietarios. Por ende, su ensanchamiento no sólo lleva aparejada una ampliación de las posibilidades de realización del interés general por vía expropiatoria; comporta, asimismo, la paralela expansión de la tutela del derecho. Esto último se hace patente en los supuestos de innovación normativa, en los cuales razones de utilidad común exigen la reforma de una legislación precedente y, con ello, la desaparición o supresión –no su reforma- de posiciones jurídico-subjetivas nacidas dentro del régimen anterior. La concepción estrecha de la expropiación impide ver en estos eventos supuestos que, antes que al instituto de la responsabilidad, deberían someterse a expropiación (en sentido constitucional) para formalizar su legítima privación. El ya citado caso de la demanialización de las costas del Derecho español¹⁹⁹⁰ y la ley que abolió la esclavitud en Colombia¹⁹⁹¹ son un buen ejemplo de ello. Lo contrario, esto es, la simple remisión a las reglas que rigen la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), conlleva la injustificada inaplicación de la garantía del derecho y la inconstitucional autorización de su despojo sin respeto de las exigencias formales y competenciales del artículo 58 párr. 4 CC. El sometimiento de estos casos al instituto expropiatorio se impone, en suma, como forma de evitar la irregular excepción del sistema de protección articulado por la Constitución en torno al derecho, inexplicablemente reducido a una indemnización. La cual, adicionalmente, ya no será previa (artículo 58 párr. 4 frase 1 CC), ni resultará de la ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado (artículo 58 párr. 4 frase 2 *idem*) y apuntará a retribuir una privación operada no por decisión judicial ni administrativa sino impuesta directamente por el legislador. A pesar de tratarse de la compensación de un daño conscientemente ocasionado (querido), derivado de un acto de autoridad, exigido por razones de interés general, por darse fuera de las formas prescritas por la Constitución no será una indemnización expropiatoria (consecuencia típica de esta clase de intervenciones), sino una indemnización por un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado¹⁹⁹².

¹⁹⁹⁰ Cfr. STC 149/1991, FJ 8 B.

¹⁹⁹¹ La ley de 21 de mayo de 1851, por medio de la cual se declaró abolida la esclavitud en el territorio de la Nueva Granada, decretó la libertad de todos los esclavos que existían en el territorio nacional desde el día 1 de enero de 1852. Puesto que esta determinación comportaba la afectación patrimonial de quienes eran sus propietarios, esta norma contempló un sistema de indemnización que buscó atenerse a la garantía expropiatoria entonces imperante (artículo 162 de la Constitución de 1843).

¹⁹⁹² Los efectos patrimoniales negativos de la modificación de normas incluidas dentro del objeto de los denominados *contratos de estabilidad jurídica*, examinados en el apartado B-2 del Capítulo

260. La imposibilidad de subsumir estas privaciones bajo el estrecho concepto tradicional de expropiación y la subsecuente remisión al régimen indemnizatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado lleva a que aun a pesar de producirse en contravía de las restricciones formales y competenciales que señala el artículo 58 párr. 4 CC, estas privaciones sean consideradas legítimas. En cierta forma, se entiende que la indemnización a que se tendría derecho “lava” la afectación irregular de los derechos de propiedad abatidos. Sin embargo, es evidente que se está frente a una situación constitucionalmente anómala, que puede remediarse con el replanteamiento del concepto de expropiación: más que un supuesto de responsabilidad, la privación coactiva e intencionada de una propiedad privada (*cualquier propiedad privada*) exigida por razones de interés general debe sujetarse a las reglas previstas en materia de expropiación, so pena de su inconstitucionalidad y de la consecuente posibilidad de reacción legítima de la faceta defensiva del derecho para repeler esta clase de atentados en su contra. La garantía constitucional de la propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) así lo exige.

4.2. El concepto constitucional de expropiación perfilado por el artículo 58 párr. 4 CC.

261. Es preciso, entonces, separar la idea constitucional de expropiación de la visión clásica de este instituto. Aquella no tiene por que reducirse forzosamente a ésta última. Al margen del recorrido que históricamente haya conocido esta figura en la tradición jurídica de un determinado ordenamiento, como ocurre también con el caso del derecho de propiedad privada, la fuerza normativa de la Constitución impone que el sentido de las instituciones que consagra se derive, prevalentemente, de forma directa de sus disposiciones. Más cuando, como ocurre en el caso de la expropiación, su regulación constitucional supone el replanteamiento de algunos de sus caracteres típicos, como se puede apreciar con la introducción de la modalidad administrativa, y se inserta en el marco de una garantía del derecho que abarca la entera realidad patrimonial y de un Estado ampliamente habilitado para intervenir en el ámbito económico de cara a asegurar la realización de sus fines. La fórmula acuñada por la jurisprudencia constitucional minoritariamente empleada en sus decisiones, según la cual la

Tercero de este trabajo, ilustran con claridad este supuesto. Según la interpretación que de esta figura ha efectuado la jurisprudencia constitucional, frente a una modificación legítima del ordenamiento, aún cuando comporte la privación de un derecho sin atender a las exigencias formales que impone a la expropiación el artículo 58 párr. 4 CC, los inversionistas afectados (titulares del derecho aniquilado por la reforma) están suficientemente amparados por la protección que resulta de la cobertura indemnizatoria inherente a los supuestos de incumplimiento contractual. Para la jurisprudencia constitucional, entonces, según se ha comentado ya, la privación de una propiedad constitucional sin sujeción a los requisitos fijados por el artículo 58 párr. 4 CC no ofrece problema de constitucionalidad alguno y supone acaso la configuración de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado. Una postura, al menos desde la óptica de la garantía del derecho de propiedad, francamente controversial.

expropiación constituye una privación coactiva de la titularidad de un determinado bien a un particular por razones de interés general de acuerdo con un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización¹⁹⁹³, cumple con este requisito.

262. Con todo, aunque resulta constitucionalmente adecuada, es preciso distinguir entre *el concepto de expropiación y sus presupuestos*. Éstos últimos hacen referencia a las condiciones que deben ser atendidas por exigencia constitucional para que la privación sea legítimamente realizada. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 párr. 4 CC, éstos son tres: *causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento (judicial o administrativo) e indemnización previa¹⁹⁹⁴. Su análisis concreto será efectuado en el apartado siguiente. De momento, interesa delimitar el objeto de la expropiación en sentido constitucional, lo mismo que su función y concepto.

263. En atención al sentido amplio con el cual ha sido articulada la garantía constitucional del derecho de propiedad¹⁹⁹⁵ (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y a las crecientes necesidades estatales de intervenir sobre la esfera patrimonial de los particulares *se impone una concepción amplia del objeto de la expropiación*. Éste debe abarcar cualquier posición jurídico-subjetiva amparada por la garantía de la propiedad privada del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC¹⁹⁹⁶. Puede recaer, entonces, sobre bienes muebles o inmuebles, derechos reales, créditos, acciones, patentes, derechos de autor, títulos de deuda pública, concesiones, participación en empresas, etc. *Su función, por otro lado, no debe limitarse únicamente a la transferencia de bienes privados a manos públicas; debe poder cumplir, asimismo, una función de superación de barreras para la reforma del sistema normativo*. Por ende, no siempre implicará el traspaso de la titularidad del derecho al patrimonio del Estado; puede suponer simplemente su desaparición o transformación por exigencias de la comunidad. En este sentido, *la expropiación constitucional podrá ser definida como la privación coactiva e intencionada de una posición jurídico-patrimonial amparada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC para atender una necesidad de interés general*.

B. Presupuestos constitucionales de validez de la expropiación.

264. Como se ha señalado ya, el artículo 58 párr. 4 CC establece tres condiciones que deben ser atendidas para que una privación exigida por el interés general pueda ser legítimamente llevada a cabo: *causa expropriandi* legalmente definida, procedimiento (judicial o administrativo) e indemnización previa¹⁹⁹⁷. De estar

¹⁹⁹³ Así, las sentencias T-284 de 1994, FJ 3 A y C-474 de 2005, FJ 6.

¹⁹⁹⁴ *Vid.* en este sentido las sentencias de la Corte Constitucional C-864 de 2004, FJ 5; C-474 de 2005, FJ 6 o C-119 de 2006, FJ 4.

¹⁹⁹⁵ *Vid.* las consideraciones efectuadas sobre este punto a todo lo largo del apartado A del Capítulo Tercero de este trabajo.

¹⁹⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 1994, FJ 3 A.

¹⁹⁹⁷ *Vid.* en este sentido las sentencias de la Corte Constitucional C-864 de 2004, FJ 5; C-474 de 2005, FJ 6 o C-119 de 2006, FJ 4.

ausentes estos presupuestos el despojo realizado será contrario a la Constitución y, por ende, inválido. En tanto tienen como finalidad establecer las condiciones que deben cumplirse para que se entienda que el desapoderamiento de una propiedad es legítimo, **estos presupuestos constituyen formas de expresión directa de la garantía del derecho**¹⁹⁹⁸. El despojo de la propiedad privada, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, “implica una fuerte alteración de los proyecto de vida de las personas y una reducción inadmisibles a su espacio de libertad”¹⁹⁹⁹. De ahí que su legitimidad esté condicionada a la plena observancia de estos requerimientos. Verificadas estas condiciones, la garantía existencia de lo adquirido o de estabilidad de la propiedad (*Bestandsgarantie*) muta en una garantía de valor (*Wertgarantie*), concretada en el derecho constitucionalmente definido a recibir una indemnización²⁰⁰⁰. A pesar de ser un lugar común forjado en vigencia del ordenamiento constitucional anterior²⁰⁰¹, con la introducción de la figura de la expropiación administrativa la Constitución de 1991 prescindió de la visión clásica según la cual esta clase de intervenciones debía suponer, a manera de garantía para el propietario, la concurrencia de los tres poderes públicos²⁰⁰². La exigencia general de intervención judicial previa fue sustituida por el requisito de un procedimiento (administrativo o judicial) conforme al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC). A continuación serán analizados los aspectos centrales de cada uno de los presupuestos definidos por la Constitución en el párr. 4 del artículo 58 CC.

1. *Causa expropriandi.*

266. El primer presupuesto habilitante de la expropiación definido por el artículo 58 párr. 4 CC es que ésta se practique con el fin de atender una causa que beneficie a la comunidad. Puede tratarse de “motivos de utilidad pública o de interés social”, pero sólo una motivación supraindividual, relacionada con el bien común, puede justificar válidamente una medida expropiatoria²⁰⁰³. La expropiación se diferencia así de otras formas de privación impuestas por el Estado como la confiscación (decretada, anteriormente –ahora se encuentra prohibida-, como pena por la comisión de determinados delitos), la extinción del dominio (reservada por el artículo 34 CC para las propiedades cuya titularidad o ejercicio va en contravía del régimen constitucional del derecho) o el despojo de

¹⁹⁹⁸ BADURA, P. “Eigentum... *Loc. Cit.*, p. 364.

¹⁹⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1086 de 2003, FJ 19.

²⁰⁰⁰ *Idem.* En este mismo sentido, PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, pp. 28-29.

²⁰⁰¹ Así, por ejemplo, SÁCHICA, L. C. *Constitucionalismo colombiano... Op. Cit.*, p. 381.

²⁰⁰² De acuerdo con esta visión, ahora predicable únicamente de la expropiación judicial, la intervención de las tres ramas del poder público se resume así: (i) el legislador define, de manera general y abstracta, los motivos de utilidad pública o interés social que justifican el recurso a la potestad expropiatoria; ii) la Administración declara para un caso concreto los motivos de interés público o social e impulsa el proceso de expropiación ante los Tribunales; y (iii) la justicia desarrolla el proceso, controla el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales, determina si declara o no la expropiación y, en caso afirmativo, fija el monto de la indemnización.

²⁰⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1993, FJ C 1.

bienes por orden judicial con fines de remate (para atender intereses patrimoniales privados o del fisco). Además de representar una condición de validez de la expropiación, la motivación de interés general que le sirve de causa es también un elemento de su definición. Es la denominada *causa expropriandi*. Ella evidencia que el fin de la expropiación no es la toma o el desapoderamiento de una propiedad privada, sino la atención de una necesidad pública que se concreta en el destino al que ha de afectarse el bien expropiado²⁰⁰⁴.

1.1. La reserva legal sobre la declaración de una *causa expropriandi*.

266. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC no basta con que exista una razón de interés general que fundamente la privación de un derecho de propiedad; la *causa expropriandi* debe ser además definida por el legislador²⁰⁰⁵. Esto, con el fin de impedir que la Administración haga un uso libre de esta potestad²⁰⁰⁶. Sólo la ley puede definir entonces los motivos por los cuales una persona puede verse legítimamente privada de su propiedad²⁰⁰⁷. Con todo, y puesto que no se trata de una reserva de Parlamento (artículo 150.10 párr. 3 CC), nada obsta para que los motivos de utilidad pública o interés social sean excepcionalmente definidos por el Ejecutivo, investido, bien de las facultades extraordinarias de legislación delegada que contempla el artículo 150.10 párr. 1 CC²⁰⁰⁸, bien de la potestad legislativa que se deriva de la declaración de los estados de excepción (artículos 212-215 CC)²⁰⁰⁹. No obstante, en este último evento las causas definidas deben tener relación de conexidad con la situación excepcional invocada como fundamento del estado de excepción configurado. La interposición de ley en sentido material respecto de la causa que justifica la expropiación representa, así, en todo caso, una primera garantía del expropiado²⁰¹⁰.

267. Ahora bien, la evolución experimentada por el instituto expropiatorio en este sentido ha flexibilizado de manera notable este requisito desde su formulación expresa por el artículo 17 DDHC; en el cual se exigía una “necesidad pública

²⁰⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Op. Cit.*, p. 236.

²⁰⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.2.

²⁰⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Loc. Cit.*, p. 236. En este sentido, también la sentencia de la Corte Constitucional C-216 de 1993, FJ C 1.

²⁰⁰⁷ VIDAL PERDOMO, J. *Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 196.

²⁰⁰⁸ De acuerdo con esta disposición, corresponde al Congreso: “[r]estituir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”.

²⁰⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ 1.

²⁰¹⁰ Corte Constitucional C-216 de 1993, FJ C 1. También GALLEGO ANABITARTE, A. “Régimen urbanístico de la... *Ob. Cit.*, p. 51. En sentido análogo, pero con referencia a la exigencia de ley formal *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Ob. Cit.*, pp. 81-86.

evidente, legalmente constatada”²⁰¹¹. En la actualidad se entiende que el legislador goza de un amplio poder para configurar la causa legitimadora de una expropiación. En consecuencia, no resulta necesaria ni la identificación de un proyecto concreto de utilidad pública que predetermine el destino del bien, ni la concurrencia de un “grave motivo de necesidad pública”²⁰¹² como justificante de esta clase de intervenciones. Basta una manifestación genérica que atribuya relevancia para el interés general a una determinada causa que exija la privación de bienes o derechos de propiedad privada²⁰¹³.

268. Bajo este supuesto, el legislador podrá cumplir con esta responsabilidad de forma singular, genérica o, incluso, implícita²⁰¹⁴. En el primer evento la ley definirá de forma individualizada el motivo determinante de una operación expropiatoria concreta²⁰¹⁵. En el segundo, esta declaración legal será de carácter general y abstracto; esto es, desprovista del nivel de determinación propio del primero, pero explícita en la identificación de un fin genérico caracterizado como de utilidad pública o interés social que deberá ser posteriormente concretado por la Administración²⁰¹⁶. Por último, en el tercer supuesto, la intervención legislativa

²⁰¹¹ Esta exigencia fue asumida por los primeros textos del constitucionalismo colombiano en el siglo XIX. Así, según el artículo 177 de la Constitución de 1821 era requisito que “alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes”. El artículo 146 de la Constitución de 1830 condicionaba la procedencia del instituto expropiatorio a supuestos en que “el interés público, legalmente comprobado así lo exija”. También hacía referencia a la obligada concurrencia de “alguna pública necesidad legalmente comprobada” el artículo 193 de la Carta de 1832.

²⁰¹² Artículos 56.3 de la Constitución para la Confederación Granadina de 1858 y 15.5 de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

²⁰¹³ MAURER, H. “Enteignungsbegriff und... *Op. Cit.*, p. 305.

²⁰¹⁴ SANTAMARIA PASTOR, J. A. *Principios de... Ob. Cit.*, p. 433.

²⁰¹⁵ Es el caso de los artículos 65 y 66 de la ley 105 de 1993, en materia de infraestructuras de transporte. En ellos se identifican como causales específicas que justifican dos operaciones expropiatorias diferentes “la necesidad imperativa de reubicar y ampliar las instalaciones del Grupo Aéreo del Caribe del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana” (artículo 65) y “garantizar la construcción de la pista paralela del Aeropuerto Internacional El Dorado” (artículo 66).

²⁰¹⁶ Es el supuesto más común de declaratoria legal de una *causa expropriandi*. La ya referida ley 105 de 1993, en su artículo 35, contiene un ejemplo de ella al autorizar la expropiación “para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte”. El artículo 107 de la ley 99 de 1993 también ofrece un ejemplo de esta clase de declaratoria, al reconocer el carácter de utilidad pública e interés social que asiste a “la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres, que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables”. En esta misma línea, en materia de urbanismo, la ley 388 de 1997, en su artículo 58, considera “de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines: a) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana; b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social (...); c) Ejecución de proyectos y programas de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos; d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios; e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo; f) Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deportes; g) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas (...); h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico,

es todavía más indeterminada y abstracta. Lejos de asignar un fin o destino concreto o genérico, el legislador identifica (en abstracto) *una actividad relevante para el interés común* y autoriza (de forma general y abstracta) las expropiaciones que demande su desarrollo, por estimar que a ella subyace siempre, implícita, una necesidad de utilidad pública o de interés social²⁰¹⁷. Como se puede observar, más que una predeterminación específica del fin o destino al que han de afectarse los bienes o derechos expropiados, en el segundo y el tercer caso la participación legislativa busca apenas satisfacer las exigencias de cobertura legal de este tipo de intervenciones en la propiedad. La configuración legal de una *causa expropriandi* genérica o implícita apunta entonces a *habilitar de manera previa* el ejercicio concreto de la potestad expropiatoria. Ello resulta expresivo de la superación de la visión clásica, según la cual además de racionalizar el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración, la forzosa intermediación legislativa atendía a la necesidad de programar materialmente la actuación administrativa posterior a la expropiación para asegurar que la propiedad expropiada sería destinada al fin concreto invocado por la ley para justificar su despojo²⁰¹⁸. La complejidad y dinámica de las circunstancias actuales exigen apartarse de esta concepción y articular nuevas formas de garantía (equivalentes funcionales) más acordes con la realidad presente de la Administración²⁰¹⁹.

ambiental, histórico y arquitectónico; i) Constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades; j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos; k) Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley; l) Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta ley; m) El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes”.

²⁰¹⁷ A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, donde éste constituye un supuesto expresamente reglado por el artículo 10 LEF, la ausencia de una regulación general del instituto expropiatorio determina que en Colombia la declaración implícita de utilidad pública o interés social sea una práctica que puede observarse de manera aislada en determinados sectores del Derecho Administrativo. Ello se aprecia, por ejemplo, en el ámbito de la contratación estatal y específicamente en el caso de los contratos de obra pública. Así lo establece el artículo 108 del Decreto 222 de 1983, en el cual, sin precisar la clase de obra que deba adelantarse, el fin o la necesidad que deba atenderse con el contrato o el destino que deba darse a los bienes expropiados, se habilita el ejercicio de la potestad expropiatoria cuando ello sea necesario para la ejecución de esta modalidad contractual. El Código de Minas (ley 685 de 2001) prevé igualmente una habilitación de este tipo respecto de la actividad minera en todas sus ramas y fases (artículo 13) en relación con los bienes inmuebles que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones propias de la infraestructura y montajes del proyecto minero, para la realización de la extracción o captación de los minerales en el período de explotación y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes (artículo 186).

²⁰¹⁸ Destaca esta finalidad SANTAMARIA PASTOR, J. A. *Principios de... Ob. Cit.*, p. 457. También en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Loc. Cit.*, p. 63.

²⁰¹⁹ Como podrá apreciarse en el sub-apartado B-2 de este Capítulo, la garantía del procedimiento cobra aquí una importancia inusitada.

1.2. La utilidad pública y el interés social como conceptos base de la *causa expropriandi*.

269. Aun cuando utilidad pública e interés social representan por igual conceptos jurídicos indeterminados, intencionalmente ambiguos con el fin de permitir un ejercicio flexible de la potestad expropiatoria, análogamente relacionados con el bien común y cuyo empleo en la *praxis* legal se da de forma conjunta e indiferenciada²⁰²⁰, constituyen nociones separables y discernibles entre sí. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico alemán, en donde el artículo 14 párr. 3 frase 1 GG alude de manera genérica al “bien de la comunidad” como fundamento legitimador de todo sacrificio de la propiedad impuesto por el instituto expropiatorio, el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC, a semejanza de lo que sucede en España con el artículo 33.3 CE, hace referencia a las nociones de “utilidad pública e interés social”. Se impone así su diferenciación²⁰²¹. Con ella, como apunta HINESTROSA, la sinonimia virtual de los adjetivos “público”, “común”, “social”, predicados de los sustantivos “bien” o “interés”, debe ser sustituida por una precisión conceptual²⁰²².

270. Aunque la doctrina ha prestado escasa atención a esta distinción²⁰²³, la jurisprudencia ha intentado caracterizarlas por separado. Con base en la doctrina española, ha señalado que la diferencia entre utilidad pública e interés social determina la amplitud con que se configura la causa expropiatoria y el círculo de

²⁰²⁰ Por lo general el legislador colombiano declara, indistintamente, “de utilidad pública e interés social” (artículos 65 y 66 de la ley 105 de 1993 y 107 de la ley 99 de 1993) o “de utilidad pública o interés social” (artículo 58 de la ley 388 de 1997) una determinada causa que justifica el ejercicio de la potestad expropiatoria, sin que resulte posible entonces identificar en esa práctica rasgos particulares de cada una de estas nociones.

²⁰²¹ La previsión de esta doble justificación de la expropiación se remonta, en el ordenamiento constitucional colombiano, a la reforma de 1936. Además de suprimir la exigencia de la indemnización plena y contemplar la posibilidad de efectuar expropiaciones sin indemnización cuando así lo determinase el legislador “por razones de equidad (...) mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara” (artículo 10 párr. 4), a la fórmula de “utilidad pública” tradicionalmente prevista como condición para la expropiación se sumó entonces la idea del “interés social”. Esta última se añadió también a la fórmula que tipifica el supuesto de hecho de aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 10 párr. 1 frase 2).

²⁰²² HINESTROSA, F. “El derecho de... *Ob. Cit.*, p. 155.

²⁰²³ Así, por ejemplo, les dan un tratamiento unitario y omiten cualquier diferenciación HERRERA ROBLES, A. “Límites constitucionales y... *Loc. Cit.*, pp. 73-74; BARRERA CARBONELL, A. “La expropiación por vía... *Ob. Cit.*, pp. 182 y ss.; ARTEAGA CARVAJAL, J. *De los bienes y su... Op. Cit.*, pp. 49 y ss.; o VALENCIA ZEA, A. y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil... Passim*, pp.178-179. En otros casos, como el de SÁCHICA, se observa la referencia aislada pero indiferenciada a las nociones de utilidad pública e interés social como fundamento de la expropiación, como si se tratase de fórmulas intercambiables para designar el mismo fenómeno. *Vid.* SÁCHICA, L. C. *Constitucionalismo colombiano... Ob. Cit.*, pp. 380-381. Separa estos conceptos y plantea su diferenciación en torno a un criterio cuantitativo, según el cual la utilidad pública beneficia a la totalidad de la población, mientras que el interés social se focaliza en grupos determinados VIDAL PERDOMO, J. *Derecho Administrativo... Passim*, p. 197. Similar es el planteamiento de CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. “Expropiación por vía administrativa”, en *Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 111.

beneficiarios del despojo a realizar: “ésta puede consistir tanto en un fin cuya gestión esté legalmente atribuida a las Administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar y normalmente está entregado en su realización a la actividad privada (interés social)”²⁰²⁴. Se recoge así el planteamiento, acendrado en el Derecho administrativo español, conforme al cual la utilidad pública alude a las exigencias del funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos, reformas administrativas, etc.), mientras que el interés social remite a cualquier forma de interés supraindividual que comporta un beneficio directo para la sociedad sin que intermedie una relación funcional u orgánica con algún ente público²⁰²⁵. De este modo, aun cuando comparten su conexión última con ideas como el bien común, el interés general o el bienestar de la comunidad, uno y otro concepto operan en planos diferentes: el primero, en el ámbito de “lo público” como administrativo; el segundo, de “lo público” como social. Además de significar que el interés administrativo no es ya la única causa prevalente para la sociedad²⁰²⁶, la sustantivación del interés social conlleva asimismo una ampliación del interés general más allá del campo que tradicionalmente le era asignado, limitado a la órbita de acción de los poderes públicos frente a los particulares²⁰²⁷. Supone, entonces, en armonía con los postulados del Estado social de Derecho, el abandono del esquema de rígida separación entre Estado y sociedad imperante en el Estado liberal de Derecho, el reconocimiento de la aptitud de los particulares para participar e implicarse de manera directa en la realización de actividades relevantes para la colectividad y la correlativa ruptura del monopolio que sobre el interés general detentaban anteriormente las autoridades públicas.

271. Aún cuando sea uno u otro el concepto que se invoque como fundamento de una operación expropiatoria su régimen será el mismo. No obstante, en el supuesto de interés social la distinción entre sujeto expropiante y beneficiario de la expropiación cobra especial importancia. Como ya se ha dicho, la expropiación constituye un *instrumento del poder público cuyo ejercicio no puede ser delegado en particulares ni ser puesto a disposición de intereses privados*. Ahora bien, ello no significa que la expropiación no pueda ser empleada en supuestos en los cuales intervienen sujetos privados. Mucho menos si se repara en las ya referidas implicaciones del concepto de interés social. En ciertos casos, como en el ámbito de la prestación de servicios públicos, la minería o el desarrollo de determinados programas o proyectos sociales, la implicación activa de particulares en la realización de actividades de interés general justifica la práctica de expropiaciones a favor de personas privadas²⁰²⁸. Lo mismo puede ocurrir con entidades públicas organizadas bajo formas de Derecho Privado. Cuando la

²⁰²⁴ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y L. ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de... Op. Cit.*, p. 273. Citado por la Corte Constitucional en la sentencia T-284 de 1994, FJ 3 A.

²⁰²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de... Loc. Cit.*, p. 238. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la... Passim*, p. 61.

²⁰²⁶ Así, HINESTROSA, F. “El derecho de... *Ob. Cit.*”, p. 155.

²⁰²⁷ RODOTÀ, S. *El terrible... Op. Cit.*, p. 203.

²⁰²⁸ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*”, pp. 305-306.

relación entre la actividad desarrollada por el particular y la satisfacción de un interés general no es directa, sino apenas su consecuencia indirecta o mediata, la cuestión resulta controvertida y el recurso a la expropiación no parece, en principio, procedente²⁰²⁹. Dado el modelo de Estado actual y el cúmulo de responsabilidades que tiene a su cargo, nada obsta para que particulares participen también en la realización de actividades de interés general. Servicio al bien común y ánimo de lucro no resultan, en estos supuestos, excluyentes. De ahí que sea viable caracterizar a un privado como posible favorecido de una expropiación y resulte pertinente diferenciar al *sujeto expropiante* del *sujeto beneficiario* de la expropiación. Mientras que el primero deberá ser siempre una persona pública –se trata, en últimas, de una prerrogativa del poder público que la Constitución reserva, en Colombia, a la Administración y los jueces–, el segundo podrá no serlo. Las empresas de servicios públicos (energía, agua, transporte, etc.) o los particulares que adelantan explotaciones mineras ofrecen un claro ejemplo de ello²⁰³⁰.

272. De cualquier forma, la expropiación no puede ser vista como un instrumento idóneo para estimular agentes económicos a expensas del sacrificio de intereses privados iguales²⁰³¹. Esto no excluye, naturalmente, que la expropiación pueda

²⁰²⁹ Como afirma PAPIER, el tamaño y la importancia de una empresa, que incrementa significativamente su relevancia económica y social al interior de una comunidad, no puede equipararse al interés colectivo al que hace referencia la norma constitucional (artículo 14.3.1 GG). Con todo, de estimarse pertinente su empleo, su utilización no puede más que interpretarse de forma restrictiva y bajo condiciones estrictas. La Constitución exigiría la adopción por parte del legislador de medidas que permitieran asegurar y defender el interés general frente a su instrumentalización o captura por intereses particulares. En consecuencia, le correspondería a la ley regular y delimitar de forma adecuada la materia, estableciendo los presupuestos básicos para que proceda el ejercicio de esta prerrogativa, al igual que un procedimiento que permita la determinación y constatación de esos fines remotos de interés general invocado, lo mismo que medidas para asegurar la verificación de su ulterior cumplimiento. *Vid. Idem*, p. 306. En sentido análogo, véase BADURA, P. “Eigentum... *Loc. Cit.*”, pp. 365-366.

²⁰³⁰ Estos dos ejemplos son visibles en el Derecho positivo colombiano. En el ámbito de los servicios públicos domiciliarios ello es apreciable en el artículo 56 de la ley 142 de 1994. En él se declara de “utilidad pública e interés social” la ejecución de obras para prestar los servicios públicos y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas. Dado el carácter de mercado abierto a agentes públicos y privados que presenta el ámbito de los servicios públicos domiciliarios regulados en esta norma, ella supone la habilitación para realizar expropiaciones a favor de particulares. El Código de Minas regula igualmente la figura de la expropiación a favor de particulares titulares de un título de explotación minera. En su artículo 13, esta normativa declara de “utilidad pública e interés social” la industria minera en todas sus ramas y fases. Con ella se autoriza la práctica de las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre ellos que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. Aunque en relación con la legislación anterior, la Corte Constitucional ha considerado legítima esta regulación del instituto expropiatorio. En su concepto, “[h]abiendo sido declaradas tales actividades [las mineras] como de utilidad pública o interés social, son éstos y no el interés privado -aunque el título pueda haberse otorgado a un particular- los que hacen viable la expropiación. Lo que importa, para los fines definidos por el legislador es la actividad en sí misma y no el sujeto que la lleve a cabo, teniendo en cuenta que el Estado le ha conferido el título minero cabalmente para que mediante él sirva a los propósitos enunciados”. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C- 216 de 1993, FJ C 1.

²⁰³¹ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*”, p. 307.

ser empleada en el marco de programas o proyectos que buscan incentivar o promover sectores específicos de la economía. La reforma de ramas de la economía o el estímulo al desarrollo de determinadas actividades para combatir el desempleo o el mal uso de la tierra pueden implicar el fomento directo a particulares con miras a la consecución indirecta de beneficios para la comunidad, y encajar dentro de las exigencias que la Constitución impone al fin que debe atender toda operación expropiatoria²⁰³².

1.3. El control judicial sobre la *causa expropriandi*.

273. La legitimidad de una intervención expropiatoria presupone que ésta sea efectuada con arreglo a las condiciones de validez constitucionalmente señaladas. Más que una cuestión meramente formal, ello implica la sujeción a la Constitución, fiscalizable por los Tribunales, de cada uno de los elementos que integran esta garantía. En el caso de la *causa expropriandi*, el carácter de concepto jurídico indeterminado de las nociones de utilidad pública e interés social dificulta -mas no impide- el control judicial de las decisiones que adopte el legislador. Se trata, con todo, de un *control de límites*. Su intensidad dependerá del tipo de declaración que efectúe el legislador. En el caso de una *declaratoria singular* el juez constitucional podrá verificar la concordancia que en el supuesto concreto se presenta entre las finalidades de interés general declaradas y la expropiación que se pretende efectuar. Esto, con el ánimo de evitar decisiones arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas. La intensidad del control será todavía menor en el caso de las *declaraciones genéricas e implícitas*. En estos eventos la labor judicial deberá enfocarse en dos aspectos: primero, verificar que la *causa expropriandi* declarada persiga un verdadero fin de interés general; y segundo, que el beneficio colectivo envuelto en dicha causa sea proporcional al sacrificio del derecho²⁰³³. Como se ha indicado ya, la expropiación no puede ser puesta al servicio de intereses particulares, debe servir al bien común. Por otra parte, en ocasiones pueden concurrir intereses públicos o sociales que carecen de la entidad suficiente para ameritar el sacrificio del derecho (falta de ponderación o de proporcionalidad *stricto sensu* de la medida) o que puedan ser igualmente satisfechos por vía de delimitación de la propiedad (falta de necesidad de la medida); razones por las cuales no resultaría procedente, entonces, el sacrificio proyectado.

274. Esta declaración no siempre ha sido susceptible de control judicial en el ordenamiento colombiano. De forma contradictoria con el espíritu democrático que le inspira y con su aspiración de fundar un Estado de Derecho basado, entre otras, en el equilibrio y control recíproco de los poderes públicos, el texto original de la Constitución de 1991 excluyó del control judicial tanto las razones de

²⁰³² *Ibidem*, pp. 307-308.

²⁰³³ La importancia que en este sentido corresponde a la aplicación del principio de proporcionalidad como límite a la potestad expropiatoria estatal es subrayada por SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. *El control de... Op. Cit.*, pp. 519 y ss.

equidad esgrimidas como argumento para prescindir legítimamente del pago de la indemnización en determinados supuestos expropiatorios (en particular), como los motivos que constituían la *causa expropriandi* de una expropiación (en general). De acuerdo con lo previsto originalmente por el párr. 6 del artículo 58 CC “[l]as razones de equidad, lo mismo que los motivos de utilidad pública e interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”. Tanto la previsión que convalidaba la expropiación sin indemnización (artículo 58 párr. 5 CC), como la prohibición expresa de controvertir las razones de equidad definidas por el legislador en la ley que excluía el pago de la indemnización expropiatoria, como los motivos de utilidad pública e interés social que representan la *causa expropriandi* legalmente declarada de cualquier expropiación (artículo 58 párr. 6 *idem*), fueron objeto de crítica y causa de malestar en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en especial en lo relativo a la inversión extranjera. No sólo se reprochó que la referida habilitación para expropiar sin indemnización desconocía tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Colombiano, entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica; estas dos cláusulas se tradujeron, además, en trabas al proceso de ratificación de varios tratados suscritos por Colombia con otros Estados para la protección de la inversión extranjera (BITs)²⁰³⁴. Como consecuencia de esta situación el texto original del artículo 58 CC debió ser modificado en 1999. Por medio del Acto legislativo No. 1 de 1999 fueron suprimidos los párrafos 5 y 6 de dicha disposición y se eliminó así tanto la posibilidad de practicar legítimamente expropiaciones sin indemnización, como las inmunidades jurisdiccionales antes reconocidas a favor del legislador.

275. Con esta reforma el constituyente subrayó aún más la importancia que dentro del régimen constitucional de la expropiación poseen el carácter obligatoriamente indemnizable de esta clase de intervenciones y su sujeción entera a las exigencias previstas para su validez por la Constitución y la ley, condensada en la garantía del control judicial de todas sus fases. La explícita determinación del constituyente de someter a juicio de los Tribunales también una decisión tan discrecional como la que establece el fundamento de una expropiación resulta elocuente de cómo, *en el ordenamiento constitucional colombiano, la expropiación es más que una simple garantía de indemnización. Es un haz de garantías constitucionalmente reguladas que deben ser respetadas, so pena de la invalidez de la intervención efectuada.* Ello se traduce en la autorización a los jueces para fiscalizar tanto aspectos formales de la operación practicada (*v. gr.* competencia del órgano expropiante y procedimiento), como relativos a su contenido material, esto es, a su objeto, motivación y finalidad²⁰³⁵.

²⁰³⁴ La garantía sin excepciones de la indemnización expropiatoria y de la posibilidad de revisión judicial de la decisión adoptada por el Estado incluida en estos acuerdos condujo a que se declararan inconstitucionales las disposiciones que incorporaban estas cláusulas en diferentes BITs negociados por Colombia y a que se forzara una reforma de la Constitución en este sentido. *Vid.* Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1996, FJ C h); 379 de 1996, FJ 2.4; C-008 de 1998, FFJJ 13-14 y C-494 de 1998, FJ 2.2.5.

²⁰³⁵ En sentido similar, véase la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

2. Procedimiento expropiatorio.

276. El segundo presupuesto de validez de una expropiación definido por el artículo 58 párr. 4 CC es el procedimiento. Tal como se encuentra configurado el instituto expropiatorio en el ordenamiento constitucional colombiano, *una privación no puede resultar legítima si no es operada a través de un procedimiento judicial* (artículo 58 párr. 4 frase 1 CC) *o administrativo* (artículo 58 párr. 4 frase 3 *idem*) *efectuado con arreglo a las exigencias del debido proceso* (artículo 29 párr. 1 CC)²⁰³⁶. Este requerimiento ha sustituido en buena parte al esquema precedente de garantías constitucionales del expropiado, estructurado en torno a las ideas de indemnización e intervención de las tres ramas del poder público en la operación expropiatoria, bajo el cual la decisión de expropiar era siempre declarada mediante sentencia judicial previo análisis del caso. La introducción de la figura de la expropiación administrativa, en la cual la intervención judicial es eventual y posterior a la resolución expropiatoria adoptada por la Administración, implica este replanteamiento. La ya referida transformación experimentada por el papel que cumple la declaración legal de la *causa expropriandi* confirma igualmente esta afirmación. El procedimiento adelantado con arreglo a las exigencias del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) emerge así como el equivalente funcional de la visión clásica de la expropiación que exigía el concurso de los diferentes poderes públicos como garantía del derecho frente a la potestad expropiatoria reconocida al Estado. De aquí que deba atenderse a este presupuesto con especial celo y deba dejar de ser visto como apenas una formalidad²⁰³⁷.

277. Esta nueva visión de la garantía de los propietarios frente a esta clase de intervenciones estatales empalma con la idea de los procedimientos como forma de protección de los derechos individuales establecida por los artículos 29 párr. 1 y 89 CC. Se trata de una visión que busca, por una parte, someter a la actividad social y estatal a una forma de racionalidad discursiva que haga posible un

²⁰³⁶ **Artículo 29.-** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

²⁰³⁷ Como se verá líneas abajo, fruto del cambio que representa dentro de la estructura general del régimen expropiatorio en la Constitución la introducción de la expropiación administrativa, que la privación sea declarada mediante sentencia judicial pasa de ser *un elemento esencial que contiene un derecho* a ser *un privilegio* del expropiado –que constituye la regla general, pero un privilegio al fin y al cabo-. El carácter de *elemento esencial del modelo y derecho irreductible del expropiado* pasa a predicarse, entonces, del procedimiento adelantado conforme a las exigencias del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC). Ello es reflejo de la revalorización experimentada por los procedimientos como estructuras adecuadas no sólo para impedir la vulneración de los derechos fundamentales, sino para promover su realización positiva. Propulsados por su virtualidad como escenarios propicios para su materialización y defensa *ex ante*, la capacidad tuitiva de los procedimientos en determinados ámbitos ha sido calificada por algún sector doctrinal como “equivalente a la que tradicionalmente se ha atribuido a la tutela judicial (normalmente, *a posteriori*) de los derechos fundamentales”. Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Loc. Cit.*, p. 132. En este mismo sentido, véase SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la... *Ob. Cit.*, pp. 81 y ss.

intercambio ordenado de argumentos²⁰³⁸; por otra, resaltar la necesidad de poner las estructuras procedimentales definidas por el ordenamiento tanto al servicio de la realización de los fines sociales del Estado, como de los derechos fundamentales²⁰³⁹. No es, pues, una cuestión ligada exclusivamente a la idea que las reglas procedimentales constituyen un insumo indispensable para asegurar la participación de los individuos en la toma de las decisiones públicas²⁰⁴⁰ y garantizar asimismo su carácter ponderado, racional y objetivo²⁰⁴¹. Es también, como se ha destacado en el ámbito del Derecho Administrativo, una decisión orientada a subrayar la virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales de los procedimientos en tanto que oportunidades de defensa *ex ante* frente a decisiones del poder público que pueden comprometer su efectividad²⁰⁴². *Máxime en ámbitos en los cuales, como ocurre parcialmente con la decisión expropiatoria, el control material judicial queda reducido a un control de límites, centrado en la correcta ponderación de bienes e intereses jurídicos*²⁰⁴³.

278. No sólo la decisión de un juez imparcial o la existencia de un recurso frente a los tribunales para que éstos controlen *a posteriori* la decisión administrativa garantiza el derecho de propiedad frente a la potestad expropiatoria; ello debe ocurrir también en sede administrativa, y en especial cuando se faculta a la Administración para sacrificar directamente situaciones amparadas por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. La dimensión procedimental del derecho fundamental así lo impone²⁰⁴⁴. Además de la exigencia formal de *reserva de ley* para la regulación de esta materia²⁰⁴⁵, conlleva un mínimo de garantías materiales que limitan las decisiones del legislador. Supone, pues, que el procedimiento expropiatorio debe ser articulado de forma apropiada y su tramitación deberá surtirse de conformidad con las exigencias del debido proceso. Lo primero implica que las estructuras procedimentales sean configuradas por el legislador con el objetivo de brindar a los derechos e intereses patrimoniales de los particulares una auténtica protección efectiva; lo segundo, que la actuación concreta de la Administración y los jueces en el correspondiente trámite asegure la efectividad del derecho al debido proceso, a la defensa, se obre con ponderación y buena fe, que aquella atienda sus deberes de asesoramiento e información, etc. De este modo, al tiempo que los afectados tienen oportunidad de defender sus intereses eficazmente, el órgano competente puede analizar y

²⁰³⁸ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Ob. Cit.*, p. 54.

²⁰³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Passim*, p. 133.

²⁰⁴⁰ HESSE, K. "El significado de los... *Loc. Cit.*", p. 104.

²⁰⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 52.

²⁰⁴² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *La administración del... Ob. Cit.*, p. 54. Que el procedimiento representa una garantía de acierto, una forma de legitimación democrática y un instrumento de tutela de los derechos individuales es planteado por BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Sobre el procedimiento... *Loc. Cit.*", p. 269.

²⁰⁴³ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, pp. 364-365.

²⁰⁴⁴ Al respecto, *cfr.* el apartado A-2.2 del Capítulo Segundo de este trabajo.

²⁰⁴⁵ Sobre la reserva legal en punto a la regulación de procedimientos que encausan intervenciones estatales sobre el derecho de propiedad, véase la sentencia C-474 de 2005, FJ 9.2 de la Corte Constitucional.

fundamentar de manera adecuada su decisión²⁰⁴⁶ y dar (o no) curso satisfactoriamente a los requerimientos de bienes del interés general. *Sea judicial o sea administrativo, el procedimiento expropiatorio debe ser, pues, una garantía más del derecho de propiedad.*

2.1. La limitada libertad de apreciación legislativa en la determinación del tipo de expropiación (judicial o administrativa) a aplicar.

279. Trátese de una expropiación judicial o de una expropiación administrativa, el procedimiento ajustado a los cánones constitucionales del debido proceso (artículo 29 CC párr. 1 CC) es una exigencia irreductible impuesta tanto por la garantía del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) como por la regulación constitucional del instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 *idem*). Cómo se debe configurar cada procedimiento es una cuestión que será abordada en el apartado siguiente. De momento interesa destacar que aún cuando la Constitución no define expresamente los supuestos en los cuales debe proceder cada forma expropiatoria ordinaria (*i. e.*, judicial o administrativa)²⁰⁴⁷, lo cual otorga al legislador un margen de apreciación importante en el cumplimiento de esta tarea, esta libertad es limitada por *el carácter de regla general de la expropiación judicial y la condición excepcional de la administrativa*²⁰⁴⁸. Aunque no se encuentra explícitamente planteada, esta idea se puede desprender con facilidad de la regulación global que del instituto expropiatorio efectúa el artículo 58 párr. 4 CC. De acuerdo con esta disposición: “[p]or motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad. En los casos en que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”. Por ende, corresponde al legislador indicar los casos en los cuales una expropiación puede adelantarse por vía administrativa²⁰⁴⁹. De no concurrir dicha manifestación expresa deberá entenderse que la autorización legal ha de someterse al régimen general de la expropiación, esto es, deberá ser declarada mediante sentencia judicial. Una carga semejante grava al cuerpo administrativo habilitado para efectuar este procedimiento: como exigencia de certeza jurídica, la determinación que la expropiación se hará por vía administrativa debe adoptarse y formalizarse al inicio del procedimiento y comunicarse al propietario afectado²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁶ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 361.

²⁰⁴⁷ La Constitución si define, en cambio, el supuesto de hecho de la denominada expropiación extraordinaria: según lo previsto por el artículo 59 párr. 1 CC, “[e]n caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización”.

²⁰⁴⁸ En este sentido, véase la sentencia de la Corte Constitucional C-476 de 2007, FJ 3.2.1.

²⁰⁴⁹ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²⁰⁵⁰ Así lo impone, por ejemplo, de forma obligatoria en materia de expropiación urbanística el artículo 66 de la ley 388 de 1997.

280. Ahora bien, aun cuando la Constitución no lo prescriba expresamente, que haya establecido este esquema de regla y excepción en materia de expropiación debe interpretarse como una exigencia de *razones cualificadas* para habilitar la procedencia de la vía administrativa. Esto no quiere decir que esta última se encuentre reservada para situaciones extraordinarias (*v. gr.* estados de excepción) o que su aplicación deba ser una cuestión incidental o anecdótica, ligada únicamente a situaciones de extrema gravedad o urgencia²⁰⁵¹. Nada impide pensar que su empleo pueda resultar pertinente, por ejemplo, también en supuestos en los cuales la *causa expropriandi* posea una gran importancia a la luz del interés general. Aunque la Constitución remite al legislador la definición de los supuestos en los cuales puede acudir a esta vía y le impone la carga de indicar expresamente que se confiere esta autorización, su regulación del instituto *no* hace de la expropiación administrativa un instrumento con *vocación de anormalidad*. Esto significa que el carácter excepcional que la Constitución atribuye a esta última debe entenderse no en el sentido que se trata de un recurso que “ocurre rara vez”²⁰⁵², sino en aquél según el cual “constituye una excepción de la regla común”²⁰⁵³; un *caso especial* en relación con la generalidad de los casos. Puesto que la especialidad no se construye sobre un criterio cuantitativo, sino cualitativo, la expropiación administrativa puede constituir un recurso habitual dentro del quehacer de la Administración.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que el legislador sea libre para conferir esta habilitación. *No cualquier razón puede permitir exceptuar una regla*; menos aún cuando se trata de introducir una excepción al *privilegio* (generalizado) que sea *un juez imparcial quien declare la expropiación* previo análisis del caso. Debe tratarse, como se ha comentado ya, de una autorización basada en *razones cualitativamente calificadas* que permitan fundamentar la especialidad del supuesto. El criterio empleado por el legislador debe ser objetivo, razonable y proporcionado. Además, debe tener en cuenta si la expropiación proyectada busca atender una necesidad de utilidad pública o de interés social. Pese a que la Constitución no limita su empleo a hipótesis de expropiaciones fundadas en las primeras, la diferencia antes señalada entre una y otra forma de *causa expropriandi* permite postular el carácter (todavía más) restrictivo de la vía administrativa para expropiaciones basadas en un *interés social*. El carácter privado (socialmente relevante, pero, en últimas, privado) de los intereses que se sirven en estos supuestos *eleva las exigencias* respecto de la procedencia de esta forma expropriatoria.

281. En desarrollo de la normativa constitucional y de conformidad con este esquema la legislación urbanística ofrece un ejemplo de articulación de estas dos

²⁰⁵¹ Las sutilezas y complejidades envueltas en la idea de “urgencia” como concepto jurídico indeterminado son analizadas por MEILÁN GIL, J. L. “La dimensión temporal de la... *Passim*, pp. 48 y ss.

²⁰⁵² Se alude, así, a la segunda acepción del adjetivo “excepcional” según el DRAE. Cfr. www.rae.es

²⁰⁵³ Se hace referencia, entonces, a la primera acepción de este adjetivo según el DRAE. *Vid. Idem.*

técnicas expropiatorias. De acuerdo con lo previsto por la ley 388 de 1997, la regla general en este campo es la vía judicial²⁰⁵⁴ y sólo en los casos especiales, determinados por la propia ley, se pueda emplear la expropiación por vía administrativa²⁰⁵⁵. Conforme a esta regulación la posibilidad de recurrir a esta última está condicionada por dos tipos de requisitos: sustanciales y procedimentales²⁰⁵⁶. Los primeros exigen (i) la existencia de condiciones de urgencia, cuya configuración es reglamentada en la ley²⁰⁵⁷; y (ii) que la operación expropiatoria proyectada se enmarque dentro de los motivos de utilidad pública o interés social específicos que autorizan este tipo de expropiación²⁰⁵⁸. Los segundos requieren (i) que el concejo municipal o distrital, o la junta metropolitana, mediante acuerdo, haya determinado cuál será la autoridad competente para declarar la urgencia; y (ii) que dicha autoridad efectivamente la declare²⁰⁵⁹.

2.2. La amplia libertad de configuración legislativa respecto de la determinación de los procedimientos expropiatorios.

282. A pesar de resaltar su condición de elemento esencial para la garantía del derecho, salvo la exigencia de pago previo de la indemnización y de sentencia como forma a través de la cual adoptar la decisión expropiatoria en el caso de la

²⁰⁵⁴ Cfr. Capítulo VII de la ley 388 de 1997.

²⁰⁵⁵ Vid. Capítulo VIII de la ley 388 de 1997.

²⁰⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.2.

²⁰⁵⁷ **Ley 388 de 1997, Artículo 65. Criterios para la declaratoria de urgencia.-** De acuerdo con la naturaleza de los motivos de utilidad pública o interés social de que se trate, las condiciones de urgencia se referirán exclusivamente a:

1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional.
2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio.
3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra.
4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.

²⁰⁵⁸ **Ley 388 de 1997, Artículo 63. Motivos de utilidad pública.-** Se considera que existen motivos de utilidad pública o de interés social para expropiar por vía administrativa el derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre terrenos e inmuebles, cuando, conforme a las reglas señaladas por la presente ley, la respectiva autoridad administrativa competente considere que existen especiales condiciones de urgencia, siempre y cuando la finalidad corresponda a las señaladas en las letras a), b), c), d), e), h), j), k), l) y m) del artículo 58 de la presente ley.

Igualmente se considera que existen motivos de utilidad pública para expropiar por vía administrativa cuando se presente el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública subasta, de los terrenos e inmuebles objeto del procedimiento previsto en el capítulo VI de la presente ley.

²⁰⁵⁹ **Ley 388 de 1997, Artículo 64. Condiciones de urgencia.-** Las condiciones de urgencia que autorizan la expropiación por vía administrativa serán declaradas por la instancia o autoridad competente, según lo determine el concejo municipal o distrital, o la junta metropolitana, según sea el caso, mediante acuerdo. Esta instancia tendrá la competencia general para todos los eventos.

vía judicial, la Constitución no establece exigencias formales específicas para la tramitación de una expropiación. De ahí que no resulte procedente afirmar ni la “constitucionalización” de ningún procedimiento legalmente establecido²⁰⁶⁰, ni pregonar a un procedimiento legal determinado como inherente a la garantía del derecho²⁰⁶¹. Se trata de una materia remitida al legislador. En consecuencia, ningún procedimiento fijado por ley ha de ser visto como canon de constitucionalidad de las disposiciones procedimentales que la propia ley articule en esta materia²⁰⁶². Esta referencia no puede más que derivarse del mismo texto constitucional. El legislador, en ejercicio de la habilitación general que le confieren el artículo 29 párr. 1 CC en relación con la garantía del debido proceso y el artículo 58 párr. 4 CC respecto de la configuración de los procedimientos expropiatorios, bien puede definir estructuras disímiles, con diferentes niveles de complejidad y de tutela de los intereses patrimoniales del afectado, definidos con arreglo a las particularidades de la necesidad de interés general que busca ser atendida en cada supuesto de expropiación regulado²⁰⁶³.

283. Ahora bien, como se ha mencionado ya, la finalidad de protección de los derechos fundamentales que emana de su vertiente procedimental exige de la legislación que regula los procedimientos un *compromiso genuino con su tutela jurídica efectiva*. No se trata de retardar o entorpecer la acción administrativa, sino de conjugar las necesidades de eficacia y eficiencia en las actuaciones de la Administración con el carácter garantista que en un Estado social de Derecho deben poseer las estructuras procedimentales que regulan formas de intervención en los derechos fundamentales²⁰⁶⁴. Por esta razón la Constitución ha reconocido al legislador una notable libertad de apreciación y configuración en relación con la definición de las vías procesales que deben emplearse para privar legítimamente a una persona de su propiedad. Con todo, a pesar de la amplitud de esta habilitación, al legislador le corresponde definir procedimientos acordes con la garantía constitucional de la propiedad y que brinden verdaderas oportunidades de defensa a los expropiados. En consideración a esta circunstancia conviene distinguir entre el margen de apreciación que asiste al legislador en materia de definición de procedimientos y la discrecionalidad que le incumbe respecto de la estructuración de los mismos.

a) La definición de los procedimientos expropiatorios.

284. La no definición por la Constitución de un modelo de procedimiento, al igual que el carácter no absoluto del derecho al debido proceso y su apertura a la

²⁰⁶⁰ Denuncia la problemática derivada de la pretendida constitucionalización del procedimiento general expropiatorio consagrado por la LEF por parte del Tribunal Constitucional en España RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 189-191.

²⁰⁶¹ GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la no inconstitucionalidad del... *Loc. Cit.*, p. 3.

²⁰⁶² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 189-191.

²⁰⁶³ *Ibidem*, p. 190.

²⁰⁶⁴ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, pp. 26 y 364.

configuración legal y a la ponderación con otros bienes jurídicos, impiden predicar de él siempre un mismo alcance. Al tiempo que excluye la hipotética exigencia de un procedimiento único, esta circunstancia permite fundamentar una amplia libertad de apreciación en cabeza del legislador en lo que concierne a la definición de los cauces procesales a través de los cuales debe ejercerse la potestad expropiatoria. Nada obsta, entonces, para que el legislador pueda escoger entre diferentes fórmulas para reglamentar esta cuestión. Podrá efectuar una regulación general que distinga entre tipos de procedimiento, remitirlo todo a la normativa sectorial o combinar estos dos esquemas. Podrá, así, definir una vía ordinaria, colmada de garantías para el expropiado, que ha de constituir el cauce “normal” para efectuar esta clase de operaciones; un procedimiento de urgencia, reservado para situaciones extraordinarias, en las cuales las garantías se vean recortadas en aras de la satisfacción prevalente de la causa pública que demanda el sacrificio del derecho²⁰⁶⁵; y, quizás, un procedimiento agravado, con un trámite mínimo, limitado a enfrentar situaciones taxativas claramente excepcionales y sobrevinientes que exigen una respuesta inmediata (*v. gr.* amenazas a la salud pública por animales contaminados).

Podrá asimismo, aun cuando ello pueda resultar cuestionable desde el punto de vista de la técnica legislativa y la certeza jurídica, asumir una perspectiva sectorial y definir tantos procedimientos (especiales) de expropiación cuántas áreas precisen de una regulación específica. Esto, con el fin de “optimizar la protección de los bienes jurídicos involucrados en cada caso”²⁰⁶⁶. En esta medida, como ha sido señalado por el juez constitucional, el legislador puede tipificar un procedimiento especial para la expropiación en materia de reforma urbana, orientado a garantizar el acceso de las personas a una vivienda digna o el desarrollo urbano ordenado y sostenible; otro en materia agraria, para permitir el acceso progresivo de las personas a la propiedad de la tierra y mejorar su productividad; lo mismo que para atender desastres o para proteger los bienes culturales o el patrimonio ecológico²⁰⁶⁷. Puede, en fin, igualmente, si juzga innecesario regular íntegramente todo un procedimiento especial de expropiación, prever e introducir en el procedimiento ordinario los ajustes puntuales que considera indispensables o convenientes para complementar la legislación general con miras a obtener una adecuada armonización de los bienes jurídicos involucrados en un determinado ámbito²⁰⁶⁸.

285. Resulta, entonces, legítimo que el legislador establezca distintos regímenes procedimentales en materia expropiatoria. Ello aplica tanto para las

²⁰⁶⁵ Este esquema fue incorporado al Derecho positivo español por la LEF de 1954

²⁰⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

²⁰⁶⁷ *Idem.*

²⁰⁶⁸ *Ibidem.* En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de un procedimiento subsidiario previsto en materia de reforma agraria para dar a conocer a los particulares la oferta de compra de la administración, cuando ésta tuviera interés en adquirir la propiedad de bienes inmuebles de particulares. Con este mecanismo, estimó la Corte, se permitía a la Administración realizar el interés público o social perseguido en dicho caso. *Cfr.* la sentencia C-428 de 1994, FJ 5.1.

expropiaciones judiciales, como para las administrativas; y podrá depender del tipo de propiedad de que se trate, de la naturaleza de los bienes objeto de la expropiación, de su ubicación o función, de la *causa expropriandi* que le sirva de sustento, del ámbito sectorial en el cual han de ser aplicadas las reglas definidas o de otros criterios definidos por el legislador²⁰⁶⁹. Esta misma libertad le permite, para el caso de los procedimientos de expropiación judicial, confiar la sustanciación del expediente a la justicia ordinaria o al juez contencioso administrativo. Tal como ha señalado la Corte Constitucional, la previsión del artículo 58 párr. 4 frase 1 CC según la cual esta intervención ha de formalizarse “mediante sentencia judicial”, no implica que el juez de conocimiento deba pertenecer forzosamente a la jurisdicción ordinaria, más concretamente a la rama civil²⁰⁷⁰. Dada la amplitud de la materia que se debate, que excede la temática puramente atinente a la preservación de la propiedad como derecho subjetivo, y abarca asimismo cuestiones propias de la justicia administrativa, nada obsta para que la ley pueda atribuir a esta última la competencia para conocer de determinados procesos de expropiación²⁰⁷¹. De hecho, razones de economía procesal y la preocupación por una mayor garantía de la tutela judicial efectiva recomiendan esta vía. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en materia de reforma agraria²⁰⁷² y de puertos²⁰⁷³.

286. Ahora bien, para el caso de la expropiación administrativa, tanto la cláusula garantía del acceso a la administración de justicia (artículo 229 CC) como las reglas de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 237 *idem*), elementales exigencias del Estado de Derecho y la propia regulación del instituto en la Constitución (artículo 58 párr. 4 frase 3 *in fine*) reclaman la articulación de mecanismos de control judicial de la decisión expropiatoria adoptada. Así, y puesto que en este evento el derecho de propiedad es abatido por medio de acto administrativo y no de sentencia judicial, corresponde al legislador tanto la definición y estructuración de la vía procesal para surtir una eventual impugnación de dicho acto ante la justicia administrativa (artículo 237.1 CC), como la regulación de los requisitos para la suspensión provisional de la decisión expropiatoria²⁰⁷⁴. Aunque este control es posterior al perfeccionamiento

²⁰⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ 1.

²⁰⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 1996, FJ 3.

²⁰⁷¹ *Idem*.

²⁰⁷² *Vid.* el artículo 33 de la ley 160 de 1994.

²⁰⁷³ *Vid.* el artículo 16 de la ley 01 de 1991.

²⁰⁷⁴ La suspensión provisional de los actos administrativos es una medida cautelar cuya aplicación está prevista expresamente en materia contencioso-administrativa por el artículo 238 CC. De acuerdo con esta disposición, “[l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. Para la Corte Constitucional, este enunciado contiene una garantía fundamental para los individuos que no puede ser restringida por el legislador. En su concepto, éste no puede “ni decidir en cuáles procesos administrativos opera o no la suspensión, ni otorgarle a otra jurisdicción tal facultad”. Su intervención en este sentido debe limitarse a “señalar las razones y los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional, pero bajo los siguientes dos presupuestos: que se trate de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, y que la decisión

de la operación expropiatoria y eventual (depende, en últimas, de la interposición de las correspondientes acciones por parte del afectado), constituye una oportunidad para controvertir ante el juez de la Administración tanto la legalidad del acto que decreta la expropiación en sus diferentes aspectos, como el procedimiento seguido para alcanzar esa determinación. Puede recaer, así, sobre aspectos formales de la decisión, tanto como competenciales o relativos a la motivación de la expropiación (incluso sobre la *causa expropriandi*), la elección o el precio indemnizatorio otorgado al bien²⁰⁷⁵.

b) La estructuración de los procedimientos expropiatorios.

287. Que el legislador goce de una muy amplia libertad para establecer las vías procesales que juzgue convenientes o necesarias para llevar a cabo una expropiación no significa que sea libre para determinar el contenido de estos procedimientos. Su estructuración debe atender, como se ha comentado ya, a las directrices que manan de las garantías del derecho de propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y del debido proceso (artículo 29 CC); las cuales han de ser ponderadas con las necesidades de interés general que sirven de base a cada forma de expropiación. Aun cuando la necesidad de armonizar los intereses de la comunidad con los intereses particulares del propietario abre la puerta a distintas posibilidades de configuración de los procedimientos expropiatorios, éstos deberán siempre (i) mostrarse respetuosos del esquema constitucional de garantía de la propiedad y (ii) brindar verdaderas oportunidades de defensa a los expropiados. Lo primero debe traducirse tanto en *la exigencia obligada de una fase previa de negociación voluntaria, como en el reconocimiento de posibilidades efectivas de cuestionar la medida expropiatoria en sus diferentes aspectos (causa expropriandi, elección del bien, justiprecio, cuestiones procedimentales y competenciales, etc.)*. Lo segundo implica la articulación de una estructura procedimental en la cual el interesado cuente con *auténticas posibilidades de hacer efectivo su derecho a ser oído*. Con independencia de la configuración concreta de los procedimientos expropiatorios, éstos **no pueden concebirse, únicamente, como oportunidades para asegurar la fijación de una indemnización justa para el expropiado**. Su objeto no puede ser otro que el *desarrollo y la realización de la garantía constitucional del derecho en un sentido integral*; lo cual supone, en concreto, la obligación de promover la plena subordinación de la expropiación a las exigencias que la Constitución ha fijado a esta clase de actuaciones.

sobre su procedencia sólo le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa". *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-127 de 1998, FJ 1-B. Con base en estas consideraciones, en esta decisión la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de suspensión provisional del acto administrativo que decreta la expropiación prevista por los artículos 22 de la ley 9 de 1989 y 71 de la ley 388 de 1997 en materia urbanística.

²⁰⁷⁵ En sentido análogo, véase la sentencia C-370 de 1994, FJ d). También la sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

288. La fase previa de negociación constituye, para la jurisprudencia constitucional, una “actuación ineludible por la administración”²⁰⁷⁶ dentro de todo procedimiento expropiatorio. En ella se manifiesta la voluntad de la Administración de adquirir un bien para satisfacer una necesidad de interés general y se intenta llegar a un acuerdo con el particular. Por tanto (i) se mantiene inalterado el derecho y (ii) se da oportunidad al propietario afectado para que se manifieste libremente, en ejercicio del poder de disposición que le confiere el derecho, sobre la intención de la Administración²⁰⁷⁷. En este orden de ideas, al excluir el despojo directo o inconsulto de la propiedad, constituye un desarrollo adecuado de la garantía constitucional del derecho. Con todo, la posibilidad que asiste a la Administración de adoptar medidas cautelares enderezadas a asegurar el buen suceso de la expropiación y la prevalencia del interés general (*v. gr.* la inscripción de la oferta de compra en el registro inmobiliario, con posibles efectos subsiguientes como la sustracción del bien del comercio o la prohibición de otorgamiento de licencias de construcción, urbanización u otra clase de permisos²⁰⁷⁸) permite afirmar que *esta etapa del proceso expropiatorio no representa una enajenación voluntaria cualquiera*. Aunque se trate de una fase preliminar, *es ya parte del procedimiento de expropiación*²⁰⁷⁹. Por esto, las potestades y responsabilidad de la Administración son las mismas que se le reconocen en la fase expropiatoria propiamente dicha. Si esta fase resulta exitosa, el particular consentirá el desapoderamiento de su derecho y deberá procederse a formalizar el acuerdo y pagar el precio fijado. La Administración adquirirá entonces el derecho. Si fracasa, en orden a asegurar la prevalencia del interés general sobre el particular, queda expedito el camino para hacer uso de la prerrogativa del poder público envuelta en la potestad expropiatoria.

Cómo se reglamenta en concreto esta fase es una cuestión sujeta a la discrecionalidad del legislador, quien podrá definir la forma y los tiempos en los que se adelanta este trámite en atención a las particularidades de cada caso²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²⁰⁷⁷ *Idem*.

²⁰⁷⁸ Estas medidas son adoptadas, por ejemplo, en materia urbanística, por la el artículo 13 párr. 5 y 6 de la ley 9 de 1989.

²⁰⁷⁹ Por esta razón, las ventas que se acuerden dentro de esta fase no podrán equipararse a ventas comerciales cualquiera; circunstancia que puede resultar importante a efectos tributarios o del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la celebración de contratos que pesa sobre los servidores públicos. Al respecto, véase el concepto de 21 de abril de 1997, Rad. 976-97 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

²⁰⁸⁰ Así, por ejemplo, en materia de urbanismo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 9 de 1989, debe expedirse una oferta de compra, la cual debe contener la identificación precisa del bien, el “precio base de la negociación” y ser comunicada al afectado de conformidad con las disposiciones del CCA e inscribirse en el folio de matrícula inmobiliaria del bien. Esto último con el fin de sacar al bien del comercio e impedir la concesión de cualquier licencia o autorización que pueda retardar o comprometer el proceso expropiatorio. Al respecto, véase la sentencia de la Corte Constitucional C-1074 de 2002, FJ 3.2.1. La fase de negociación tiene, en este ámbito, según lo previsto por el artículo 61 de la ley 388 de 1997, una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir de la notificación de la oferta de compra en el caso de expropiación judicial, o a partir de la ejecutoria del acto que determina que la expropiación se hará por vía administrativa. *Vid. Idem*, FJ 3.2.2. Como se ha comentado ya, el legislador podrá definir formas

Lógicamente, en desarrollo de este encargo deberá tener en cuenta los requerimientos del principio de igualdad y obrar con la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que la Constitución exige a la ley para no incurrir en actuaciones arbitrarias o discriminatorias. Asimismo, deberá tener en cuenta que por exigencia de la garantía del derecho, y en consideración a las ya referidas medidas cautelares cuya adopción durante esta fase resulta legítima, deberá fijar términos razonables, que fuercen a la Administración a actuar y eviten la configuración de una situación de indefinida afectación “provisional” del derecho. Es preciso, entonces, establecer un plazo vencido el cual, ante el fracaso de la negociación voluntaria, la Administración deberá optar por seguir adelante con la expropiación o por desistir de ella. En este último evento, deberá dar por terminada definitivamente la actuación y levantar todas las medidas que podía haber decretado cautelarmente sobre el bien²⁰⁸¹. De lo contrario, y según la Corte Constitucional, “la administración debe responder por todos y cada uno de los perjuicios causados al titular”²⁰⁸².

289. La garantía constitucional del derecho impone, igualmente, el reconocimiento de posibilidades efectivas de cuestionar la medida expropiatoria tanto en sus aspectos formales (procedimiento y competencia) como materiales (*causa expropriandi*, elección del bien, tasación del justiprecio o ponderación de la medida). No se trata solamente de que la decisión expropiatoria adoptada por la Administración o por los jueces sea susceptible de fiscalización por los tribunales (caso de la expropiación por vía administrativa) o por el superior jerárquico del respectivo juez (caso de la expropiación por vía judicial); *al legislador le corresponde articular estructuras procedimentales adecuadas para asegurar que la garantía constitucional de la propiedad no se reduzca a una simple garantía de indemnización expropiatoria*. Debe, por ende, arbitrar formas procesales que permitan controvertir **-también en sede administrativa, cuando se autoriza esta vía-** la legitimidad de la *causa expropriandi* (tanto en abstracto, como en concreto), la idoneidad y necesidad del bien a expropiar, la suficiencia del justiprecio tasado, la corrección del procedimiento seguido, la competencia del sujeto expropiante, etc²⁰⁸³. De lo que se trata, en últimas, es de procurar una instancia de defensa del derecho *ex ante*. Esto, por supuesto, sin perjuicio de los controles posteriores a la adopción de la decisión expropiatoria que deben ser establecidos como desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva y de la garantía del debido proceso.

más o menos rígidas y plazos más o menos dilatados en consideración al supuesto expropiatorio concreto que regule. La Constitución impone, sí, un mínimo de negociación directa, que resulta incompatible con un atentado directo contra el derecho.

²⁰⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²⁰⁸² *Idem*.

²⁰⁸³ La Corte Constitucional ha considerado que en el caso de la expropiación judicial, puesto que el procedimiento administrativo previo a la interposición de la demanda expropiatoria no agota el proceso de expropiación en sí -es apenas su presupuesto-, las exigencias que para él se desprenden tanto de la cláusula de debido proceso como de la garantía constitucional del derecho son inferiores a las que se predicán de los procedimientos administrativos expropiatorios propiamente dichos. *Vid.* la sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

Aunque recomendable, nada impone al legislador la obligación de condensar todas estas pretensiones en un mismo procedimiento. Ellas pueden ser ventiladas a través de diferentes instrumentos procesales²⁰⁸⁴. Lo fundamental, a estos efectos, es abrir vías que permitan al afectado la defensa material de su derecho cuando quiera que haya razones para ello e *impedir que el procedimiento de expropiación (judicial o administrativa) acabe convertido en un mero incidente encaminado a establecer el justo precio del derecho a expropiar*²⁰⁸⁵. Naturalmente las oportunidades de defensa pueden variar de supuesto en supuesto. Siempre que las diferencias establecidas atiendan a razones objetivas, razonables y proporcionales, nada obliga a establecer equivalencias materiales entre los distintos procedimientos articulados. Mal podría exigirse al legislador dotar de las mismas oportunidades de defensa al afectado por una hipotética expropiación de urgencia por exigencias de salubridad pública (*v. gr.* prevención de la expansión de una epidemia en la población de aves dentro de un territorio), que al propietario de un bien requerido para la construcción de una avenida que se proyecta construir dentro de varios años. Las razones excepcionales sobre las que se sustenta un determinado régimen restrictivo de esta garantía deberán, pues, justificar su limitación²⁰⁸⁶.

290. De igual forma, la regulación constitucional del instituto expropiatorio en la Constitución obliga a que con independencia de la vía definida (judicial o administrativa) y del procedimiento establecido por el legislador, el pago de la indemnización sea previo a la transferencia, transformación o supresión del derecho expropiado (artículo 58 párr. 4 frase 1 CC). Calificada como “requisito sustancial de la expropiación”²⁰⁸⁷, la exigencia de indemnización previa tiene como finalidad “reparar la afectación del derecho de propiedad privada y preservar el principio de igualdad ante las cargas públicas”²⁰⁸⁸. Cuándo y cómo puede efectuarse este pago es una cuestión que será abordada más adelante, al analizar los pormenores de la indemnización como último presupuesto de validez de la expropiación señalado por la Constitución. De momento interesa resaltar su condición de límite para el legislador que regula los procedimientos expropiatorios y el hecho que a pesar de estar previsto por el artículo 58 párr. 4 frase 2 CC que la indemnización “se fijará consultado los intereses de la

²⁰⁸⁴ De hecho, es lo que ocurre habitualmente en Colombia en los casos de expropiación judicial ante los jueces ordinarios: fracasada la fase de negociación directa, la Administración puede acudir a la justicia común e interponer una demanda para que se tramite el correspondiente procedimiento expropiatorio. Dado que se trata de un juez ordinario, que no puede pronunciarse sobre la validez de la decisión de la Administración, el afectado debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir el acto administrativo expropiatorio proferido antes de iniciar el proceso judicial, bien por consideraciones formales (como la competencia y el procedimiento), bien por su contenido material (su objeto, motivos y fin). *Vid.* en este sentido, al analizar el caso de la expropiación judicial prevista en materia minera, la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 2003, FJ 4.1.4. Es semejante el supuesto de la expropiación judicial en materia urbanística. Al respecto *cfr.* la sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.2.3.1.

²⁰⁸⁵ En este sentido, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

²⁰⁸⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 191.

²⁰⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.

²⁰⁸⁸ *Idem.*

comunidad y del afectado”, ello no vincula al legislador en el sentido de obligarle a contemplar un mecanismo que permita la participación de la comunidad en el procedimiento expropiatorio. Como ha sido aclarado por la Corte Constitucional, esta disposición no ordena la participación de la comunidad en el proceso de expropiación; su objetivo no es otro que aportar un criterio a considerar al momento de fijar el valor de la indemnización expropiatoria²⁰⁸⁹.

291. Por último, en tanto que intervención que comporta una severa afectación del derecho de propiedad, el procedimiento expropiatorio (judicial o administrativa) debe adelantarse con arreglo a las exigencias del debido proceso judicial y administrativo (artículo 29 párr. 1 CC). En virtud de esta garantía, el legislador está obligado a articular un procedimiento estructurado de tal forma que asegure de manera eficaz el derecho de los interesados a defender sus intereses y controvertir las razones de la Administración²⁰⁹⁰. La garantía del debido proceso converge y refuerza así las exigencias que en este sentido eleva al legislador la garantía constitucional del derecho atrás comentada. La debida participación y contradicción de los afectados no sólo reviste de mayor legitimidad la decisión adoptada, sino que contribuye y facilita una mejor fundamentación y construcción de estas determinaciones²⁰⁹¹. También en este caso debe considerarse el carácter no absoluto de este derecho. De este modo, en cuanto magnitud sujeta a ponderación, el derecho a contar con oportunidades efectivas de defensa ha de ser visto, entonces, como un derecho llamado a sufrir las restricciones que imponga la situación concreta y a ser efectivo, así, “en la medida de lo posible”²⁰⁹².

3. La indemnización expropiatoria.

292. El último presupuesto de validez de una privación establecido por el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC es que conlleve el pago de la correspondiente indemnización al sujeto expropiado²⁰⁹³. Su importancia es tal, que el propio juez constitucional ha afirmado que “**existe un derecho fundamental** a que la apropiación de la propiedad (siempre por motivos de utilidad pública) esté acompañada de indemnización previa”²⁰⁹⁴ (negrillas del texto); razón por la cual su desconocimiento resulta susceptible de amparo vía acción de tutela²⁰⁹⁵. Así, pues,

²⁰⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4. En este mismo apartado, el juez constitucional señala una excepción a esta regla e indica que dicha participación sí resultará procedente e imperativa en caso de tratarse de proyectos que afectan directamente a las comunidades indígenas o negras. Esto, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, por el artículo 330 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante ley 21 de 1991.

²⁰⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-528 de 1994, FJ 5.1.

²⁰⁹¹ *Idem.* En el mismo sentido, SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del... Op. Cit.*, p. 361.

²⁰⁹² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*”, p. 191.

²⁰⁹³ *Cfr.* las sentencias de la Corte Constitucional C-153 de 1994, FJ 4; T-284 de 1994, FJ 3 A; C-059 de 2001, FJ 3; C-229 de 2003, FJ 4.1.4; C-864 de 2004, FJ 5; C-474 de 2005, FJ 6; C-119 de 2006, FJ 4 o C-031 de 2009, FJ 3.6.10.

²⁰⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1086 de 2003, FJ 19.

²⁰⁹⁵ *Idem.*

del mismo modo que no puede haber una expropiación legítima que no sirva a la comunidad o que no haya sido adelantada a través de un procedimiento efectuado con arreglo a las exigencias del debido proceso, *no puede haber tampoco una expropiación (judicial o administrativa) válida que no sea indemnizada*²⁰⁹⁶. En esto se diferencia la expropiación de la extinción de dominio; figura que aunque también comporta un legítimo desapoderamiento de la propiedad privada, en consideración a los particulares supuestos de aplicación definidos por el artículo 34 párr. 2 CC, no se encuentra sujeta a indemnización²⁰⁹⁷.

293. La exigencia de indemnización es la evidencia de que aun cuando la garantía de la propiedad representa, en primer término, una *garantía del contenido adquirido* o estabilidad del derecho (*Bestandsgarantie*) y una *garantía de uso* (*Gebrauchsgarantie*), dada su configuración en la Constitución contiene, además, y en última instancia, una *garantía de valor* de la propiedad (*Eigentumswertgarantie*)²⁰⁹⁸. Ésta protege no ya la cosa en sí, el dominio que se ejerce sobre ella o sus posibilidades de aprovechamiento particular, sino su valor de cambio (*Tauschwert*)²⁰⁹⁹. Constituye un apéndice de las anteriores garantías, a las cuales se encuentra vinculada en una relación escalonada de subsidiariedad. Por virtud de esta relación, ella se activa ante determinados supuestos en los cuales, frente a la imposibilidad de honrar las garantías de estabilidad y uso del derecho, éstas se convierten en su equivalente pecuniario²¹⁰⁰. Con todo, no cualquier sacrificio de una propiedad exigido por el interés general da lugar a la mutación del derecho en su equivalente económico y fundamenta, así, la correlativa obligación de indemnizar al afectado. Debe tratarse de una privación ajustada a las exigencias constitucionales²¹⁰¹. Por esto, lejos de relativizar la garantía de la propiedad en cuanto garantía del contenido adquirido y de su uso, la garantía de valor supone más bien su *complemento y fortalecimiento*: su procedencia está condicionada a que no sea posible que el poder público adquiera el bien de otro modo y a que se cumplan los demás requisitos que la Constitución fija a la expropiación²¹⁰².

²⁰⁹⁶ Esta regla puede formularse con carácter general en el ordenamiento constitucional colombiano a partir de la reforma al texto original del artículo 58 CC efectuado mediante el Acto Legislativo No. 01 de 1999, por medio del cual se suprimió el párr. 5 de dicha disposición. Este enunciado habilitaba al legislador para que, por razones de equidad, pudiera “determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”. A partir de esta modificación al texto constitucional, al quedar descartadas las expropiaciones sin indemnización, la legitimidad de una privación expropiatoria se encuentra condicionada, *sin excepción*, entre otras, al pago de la correspondiente indemnización.

²⁰⁹⁷ El análisis de esta radical forma de intervención sobre el derecho de propiedad es abordado *in extenso* en el Capítulo Sexto de este trabajo.

²⁰⁹⁸ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Ob. Cit.*, p. 28.

²⁰⁹⁹ *Idem.*

²¹⁰⁰ *Ibidem.*

²¹⁰¹ KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Op. Cit.*, pp. 168-169.

²¹⁰² *Idem*, p. 163.

294. Dado el carácter accesorio y subsidiario de la garantía de valor de la propiedad²¹⁰³, su reconocimiento no debe interpretarse, en el marco de un ordenamiento que garantiza el derecho (como ocurre, por ejemplo, en las Constituciones de Alemania en el artículo 14.1.1 GG, España en el 33.1 CE y Colombia en el 58 párr. 1 frase 1 CC), en el sentido de hacer de aquella “un derecho subjetivo, debilitado, (...) por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en (...) los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación”²¹⁰⁴. Afirmar que frente a la institución expropiatoria la Constitución sólo garantiza al propietario el derecho a una indemnización, sin más, es una simplificación inadmisibles; reñida con la regulación constitucional tanto de las formas de protección de la propiedad como de la expropiación en sí. Por una parte, la garantía constitucional del derecho debe operar siempre, primariamente, como una garantía de lo adquirido²¹⁰⁵; por otra, la legitimidad de una expropiación depende, como se ha corroborado, de más que el solo requisito de la compensación. *So pena de reducir la tutela del derecho y todo el régimen expropiatorio a una simple prohibición de expropiación sin indemnización, este juego de mecanismos de protección integrados en el sistema constitucional de la propiedad privada no puede ubicarse ni operar en un mismo nivel.* La garantía de valor no puede activarse ni funcionar de forma no coordinada con las demás, ni en contravía de los requerimientos que constitucionalmente se exigen a una expropiación. Por esta razón una intervención expropiatoria que no cumpla con las condiciones formales y materiales que la Constitución le impone -cuyo cumplimiento es, según se ha visto, fiscalizable por los tribunales- debe ser considerada inválida aún a pesar de haber previsto la indemnización del afectado²¹⁰⁶.

295. Declarada y verificada la *causa expropriandi* y adelantado el procedimiento correspondiente, la Administración o el juez competente deberá tasar el monto de la indemnización y ordenar su pago. Cuándo, cuánto y qué ha de considerarse al efectuar este pago son cuestiones que el texto constitucional regula en sus disposiciones. De acuerdo con lo previsto por el artículo 58 CC *la indemnización expropiatoria debe ser previa y ha de fijarse consultando los intereses de la comunidad y del afectado.* Estos dos son, según la Corte Constitucional, los principales caracteres de la indemnización expropiatoria en la Constitución²¹⁰⁷. De ellos se desprende, por una parte, que el pago debe preceder al perfeccionamiento de la operación expropiatoria y, por otra, que éste no ha de ser integral pero sí justo²¹⁰⁸. Otro aspecto relevante relacionado con esta cuestión, aunque no abordado expresamente por la Constitución, es el de los medios de pago susceptibles de ser utilizados en esta transacción. A continuación se analizará cada uno de estos aspectos del régimen de la indemnización por expropiación.

²¹⁰³ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Passim*, p. 182.

²¹⁰⁴ STC 111/1983, FJ 8. En el mismo sentido, véase la STC 37/1987, FJ 2. En sentido análogo, véase LEGUINA VILLA, J. “El régimen constitucional de la... *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

²¹⁰⁵ PAPIER, H. J. “Eigentumsgarantie... *Loc. Cit.*, pp. 182.

²¹⁰⁶ *Idem*, pp. 28-29.

²¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.

²¹⁰⁸ *Idem*, FJ 3.3.1.2.

3.1. El *tempus* de la indemnización.

296. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el alemán o el español, donde la exigencia de indemnización no es reforzada por una precisión temporal genérica o específica –con lo cual se remite al legislador su determinación–, según lo dispuesto por el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC *in fine*, en Colombia la indemnización expropiatoria debe ser *previa*. Este requisito sólo puede ser exceptuado en el supuesto de la expropiación en caso de guerra previsto por el artículo 59 CC (expropiación extraordinaria), que expresamente lo excluye²¹⁰⁹. Tal es la importancia de este requisito, que para el juez constitucional “**existe un derecho fundamental** a que la apropiación de la propiedad (siempre por motivos de utilidad pública) esté acompañada de indemnización previa”²¹¹⁰ (negrillas del texto); cuyo desconocimiento resulta susceptible de amparo vía acción de tutela²¹¹¹.

297. Con todo, para la jurisprudencia constitucional este requisito no puede entenderse en el sentido de condicionar siempre a la efectiva realización del pago la entrada en posesión por la Administración de los bienes o derechos requeridos por el interés general. Ello puede depender del tipo de bien sobre el que recaiga la expropiación. Al examinar la constitucionalidad del artículo 457 del Código de Procedimiento Civil y su regulación de la denominada “entrega anticipada de inmuebles”²¹¹² dentro del trámite expropiatorio ante la justicia ordinaria, la Corte Constitucional estimó que no se infringía la garantía de la indemnización previa aun a pesar de habilitar la entrega del bien antes de la sentencia que decreta la expropiación y define el monto de la indemnización. Por tratarse de bienes inmuebles, para cuya transmisión del dominio no basta la entrega y la posesión útil y pacífica de la cosa, sino que es indispensable un acto traslativo, consistente, en este caso, en la sentencia y el acta de entrega, que posteriormente debe ser inscrito en el registro inmobiliario, la Corte estimó que la entrega anticipada del inmueble así efectuada no se realiza a título traslativo del dominio sino a título de tenencia. Por ende, concluye el juez constitucional, “no se viola aquí (...) sino que se protege el derecho de propiedad, **pues la expropiación exige la indemnización previa a la transferencia del derecho de dominio, mas no la indemnización previa a la entrega de la tenencia de la cosa**” (negrillas del

²¹⁰⁹ **Artículo 59.-** En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. // En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. // El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

²¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1086 de 2003, FJ 19.

²¹¹¹ *Idem*.

²¹¹² **Artículo 457. Entrega anticipada de inmuebles.-** La entrega de los inmuebles podrá hacerse antes del avalúo, cuando el demandante así lo solicite y consigne a órdenes del juzgado, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un cincuenta por ciento.

texto)²¹¹³. La diferencia entre transmisión del dominio y de la mera tenencia de la cosa permite al juez constitucional circunscribir la exigencia del pago previo al primer supuesto.

298. Con todo, más que del momento en el cual se efectúa la transferencia del derecho a manos del Estado, el alcance que debe darse al carácter previo de la indemnización depende, más técnicamente, del momento en que *se configura jurídicamente la pérdida del derecho expropiado*. La verificación de este fenómeno se encuentra condicionada por la clase de propiedad sobre la cual recae la operación expropiatoria y la finalidad concreta que se persigue con su realización. Así, en los supuestos examinados por la Corte Constitucional en las sentencias C-153 de 1994 y C-1074 de 2002 se evalúan casos de expropiación de bienes inmuebles. De ahí la importancia que se atribuye a la transmisión del dominio y la plausibilidad de la diferencia efectuada entre ésta y la simple entrega de la tenencia de la cosa. No obstante, como se ha comentado ya²¹¹⁴, el ensanchamiento experimentado por el instituto expropiatorio en lo concerniente a su función precisa prescindir del dato concreto de la transferencia del dominio a manos públicas y centrarse en la privación del derecho como fenómeno jurídico específico desencadenante de la obligación de pago. Con independencia de que el sacrificio del derecho sea producto de su traspaso a manos públicas para la satisfacción de una necesidad pública o de su supresión o transformación jurídica por su oposición a una determinada decisión o política pública, lo determinante ha de ser *el momento a partir del cual el propietario es jurídicamente despojado de su propiedad*²¹¹⁵. Las transformaciones experimentadas por la sociedad y el sistema económico en general, lo mismo que por el derecho de propiedad y la institución expropiatoria en particular respaldan esta perspectiva.

299. Que esta circunstancia pueda dar cierto margen de maniobra al legislador y le permita, en determinados eventos, introducir medidas cautelares exigidas por el interés general semejantes a la entrega anticipada del bien constituye una situación que debe ser, en todo caso, armonizada con la garantía constitucional del derecho. Mal podría ella traducirse en el fraude a una exigencia que la Constitución ha establecido en amparo de la posición del expropiado. Por ende, las medidas que así se decreten han de resultar razonables y proporcionadas y deben venir acompañadas de previsiones enderezadas a garantizar el

²¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 4. Este criterio es también defendido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1074 de 2002, FFJJ 3.3.1.1 y 3.4.2.

²¹¹⁴ *Vid. supra* el apartado A-2 *in fine* de este Capítulo.

²¹¹⁵ Esta circunstancia pone de relieve la importancia de concebir siempre la expropiación en términos de una intervención singular o concreta, que actúa sobre la propiedad en su dimensión jurídico-subjetiva y no jurídico-objetiva. En tanto que actuación que encarna un atentado concreto contra un derecho específico, éste ha de ser individualizado y debe instrumentarse por medio de un procedimiento respetuoso de las exigencias del debido proceso. De ahí que cuando quiera que el legislador determine la necesidad de suprimir o transformar una forma cualquiera de propiedad privada por exigencias de interés general deba, so pena de la invalidez de dicha determinación, prever los mecanismos pertinentes para permitir el correcto ejercicio de la potestad expropiatoria que la Constitución reconoce a los jueces y a la Administración (artículo 58 párr. 4 CC).

compromiso del Estado y la menor afectación posible de los intereses patrimoniales del propietario implicado (*v. gr.* constitución de fianzas o pólizas de seguro, plazos prudenciales, reserva judicial del decreto de esta clase de medidas, etc.).

3.2. El *quantum* de la indemnización.

300. El artículo 58 párr. 4 CC no contiene ningún requerimiento expreso en relación con el *quantum* de la indemnización expropiatoria. Difiere, en este aspecto, de la regulación que en este mismo sentido prevé el texto constitucional respecto de la privación del ejercicio de una actividad económica lícita por la constitución de monopolios (artículo 336 párr. 2 CC) o de reservas de servicios públicos o actividades estratégicas (artículo 365 párr. 2 frase 3 CC), cuya validez se encuentra condicionada a la *indemnización plena* de los afectados. La Constitución de 1991 recogió así la fórmula adoptada por la reforma constitucional de 1936, en la cual se prescindió de la “plena indemnización” establecida por el artículo 31 párr. 2 frase 2 del texto original de la Constitución de 1886 y se mantuvo únicamente la exigencia que ésta fuera *previa*. Se aparta asimismo de la regulación que de la institución se efectúa en ordenamientos como el alemán, donde el artículo 14.3.2 GG impone al legislador la obligación de determinar la forma y la medida de la indemnización (*Art und Ausmass der Entschädigung*)²¹¹⁶. El régimen constitucional de la expropiación en Colombia no determina, así, de forma expresa, ni a cuánto ha de ascender el monto indemnizatorio, ni a cargo de quién o bajo qué condiciones se encuentra su definición. Señala, no obstante, que la indemnización “se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58 párr. 4 frase 2 CC). Asimismo, de la intención del constituyente de excluir del ordenamiento constitucional la figura de la expropiación sin indemnización que impulsó la

²¹¹⁶ Esta obligación sirve de base a la denominada *Junktim-klausel* o cláusula coligada o asociada, en virtud de la cual toda ley que efectúe o autorice una expropiación debe regular en su texto la forma y el alcance de la indemnización expropiatoria. De lo contrario, dicha ley será contraria a esta garantía constitucional y, por ende, inconstitucional. Esta exigencia, según ha puntualizado el BVerfG, busca forzar al legislador a ser consciente de las consecuencias de sus decisiones sobre el patrimonio de los ciudadanos y sobre el patrimonio público, avocado a asumir las implicaciones indemnizatorias de esta clase de determinaciones (BVerfGE 46, s. 268 (287)). Al obligar al legislador a precalificar la naturaleza expropiatoria de la medida, este requerimiento cumple una función de aviso y declaración (*Warn- und Offenbarungsfunktion*) que sirve a la seguridad jurídica, desarrolla la garantía constitucional del derecho y busca, además, reducir el riesgo de eventuales controversias y condenas judiciales, a la vez que preservar las competencias legislativas en materia de autorización del gasto público. En consecuencia, corresponde al legislador determinar el sí (*Ob*) y el cómo (*Wie*) de la indemnización expropiatoria. De lo contrario, de quedar abierta esta cuestión, la validez de la expropiación estará en juego. De ahí la negativa de aceptar como suficientes las denominadas cláusulas de salvación (*salvatorischen Klauseln*), por medio de las cuales, valiéndose de una fórmula general, el legislador establecía que en caso que la aplicación de una determinada medida ocasionara efectos expropiatorios el afectado tendría derecho a una indemnización. Al respecto, véase PAPIER, H. J. “Eigentums-garantie... *Ob. Cit.*, pp. 297 y ss. También RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Loc. Cit.*, pp. 192 y ss.

reforma constitucional efectuada en 1999 (Acto Legislativo No. 01) se puede derivar la obligatoriedad del reconocimiento de indemnizaciones no meramente simbólicas, acordes con los estándares internacionales que rigen esta materia. Como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, estas referencias brindan un fundamento plausible para afirmar tanto la necesidad que la indemnización expropiatoria sea “justa”, como su carácter no forzosamente restitutorio y, por ende, su condición de no necesariamente integral.

a) El carácter “justo” de la indemnización expropiatoria.

301. Como se ha indicado ya, que el artículo 58 párr. 4 CC en su regulación de la institución expropiatoria omite cualquier referencia al carácter “justo”, “pleno” o “adecuado” de la indemnización no significa que el legislador, la Administración y los jueces sean completamente libres al definir el *quantum* indemnizatorio en una operación de expropiación. Por un lado, la explícita referencia a que éste sea fijado “consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58 párr. 4 frase 2 CC) resulta elocuente sobre el carácter no obligatoriamente integral de esta compensación: su tasación no debe obedecer únicamente a los intereses del expropiado²¹¹⁷, ni representar una simple conversión directa del valor del bien o derecho despojado²¹¹⁸. En línea con la previsión contenida en este mismo sentido por el artículo 14.3.3 GG, la Constitución autoriza que el montante de la indemnización sea producto de la ponderación de los intereses de la comunidad con los del particular implicado. De ahí que **no** resulte procedente afirmar, sin más y en términos absolutos, que su valor “debe ser omnicompresivo de todos aquellos aspectos que permitan al particular no recibir lesión alguna en su patrimonio por la decisión de expropiación”²¹¹⁹.

302. Con todo, y por otro lado, si bien esta cláusula habilita la disminución del valor de la indemnización en aras de consultar los intereses de la comunidad, su reducción no puede acabar por anular o desvirtuar la garantía indemnizatoria. Máxime cuando tras la referida reforma constitucional de 1999 se erradicó la figura de la expropiación sin indemnización. Este cambio no sólo pone de relieve la trascendencia de esta cobertura económica como componente fundamental de la tutela del derecho de propiedad en general; sino que destaca además, en

²¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.2. En este mismo sentido, véase la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1. Esta línea jurisprudencial contrasta con la anterior, de acuerdo con la cual, a partir de esta misma disposición y con base en un curioso parangón con la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC), se predicaba la necesidad que la indemnización expropiatoria fuera justa; atributo que se traducía en su condición “**reparatoria y (...) plena**, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 5. El carácter pretendidamente “omnicomprensivo” de la indemnización expropiatoria es reiterado, *obiter dictum*, en las sentencias C-059 de 2001, FJ 3 y C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

²¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 5.

²¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2001, FJ 3.

particular, la imposibilidad de que existan expropiaciones en las cuales no se reconozca ningún o prácticamente ningún valor al propietario afectado. Para la jurisprudencia constitucional la incidencia de esta modificación de la Constitución sobre el régimen expropiatorio es claro: “[i]ndemnizaciones simbólicas o irrisorias no serían justas”²¹²⁰. La justicia de su cálculo dependerá, así, de la ponderación de los intereses concretos presentes en cada situación²¹²¹. El tipo de propiedad, las circunstancias que motivan la expropiación, el eventual beneficio futuro que recibirá el propietario de un bien parcialmente expropiado como consecuencia de la realización de un proyecto o, incluso –como se verá más adelante–, algunas condiciones subjetivas del propietario del derecho constituyen, así, aspectos que pueden ser tenidos en cuenta al efectuar esta valoración. Sea como sea, la tasación efectuada podrá traducirse, entonces, en una indemnización equivalente o inferior al total de la pérdida ocasionada al afectado por la expropiación, pero nunca en la completa exclusión de la indemnización²¹²². Deberá tratarse, pues, de una indemnización adecuada, enmarcada en “un «**proporcional equilibrio**» entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida”²¹²³.

303. Según ha destacado la Corte Constitucional, que la indemnización expropiatoria deba ser justa consulta tanto el valor de la justicia, consagrado en el Preámbulo de la Constitución, como compromisos internacionales de rango prevalente adquiridos por Colombia como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que en su artículo 21.2 proclama que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de **indemnización justa**, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley”²¹²⁴.

²¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.2.

²¹²¹ *Idem*.

²¹²² *Ibidem*.

²¹²³ STC 166/1986, fundamento jurídico 13-B. En este mismo sentido, véase la STC 149/1991, FJ 8-B.

²¹²⁴ Con todo, cabe anotar que antes de que se produjera la reforma a la Constitución realizada en 1999, para la Corte Constitucional la norma que autorizaba al legislador a determinar, con base en razones de equidad, los supuestos en que procedía la expropiación sin indemnización no reñía con la cláusula de “indemnización justa” del referido Pacto de San José. Para el juez constitucional, “[s]i la obligación que se desprende del artículo citado consiste en pagar una indemnización justa, a cambio de la expropiación, es preciso anotar que la justicia de la indemnización condiciona, sin duda, la existencia del deber. Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá recibir 50, pero por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa. Y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia) la indemnización no procede” (subrayado del texto). *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1996, FJ C-h-1.3. Una regla semejante a la planteada por el juez constitucional en este fallo inspiró la reforma al texto de la Constitución de 1886 realizada mediante el Acto Reformatorio No. 6 de 1905, en cuyo artículo único se dispuso lo siguiente: “En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo ni en parte, sino en los casos siguientes, con arreglo a leyes expresas: 1.

304. No obstante, y por las razones ya expuestas, la exigencia constitucional que la indemnización sea justa no debe equipararse a la imposición de un deber general de responsabilidad integral en cabeza del Estado. Todo lo contrario. Como se ha encargado de esclarecer la misma jurisprudencia constitucional, el carácter justo de la indemnización expropiatoria implica diferenciar entre las circunstancias concretas presentes en cada caso y definir a partir de esta valoración la particular función (reparatoria, compensatoria o restitutoria o restitutoria) que en él debe cumplir el instituto indemnizatorio por expropiación²¹²⁵. Así, más que el requerimiento de un tratamiento unitario estándar, el carácter justo de la indemnización eleva *una exigencia de diferenciación*. Con todo, como se verá enseguida, envuelve también, aunque genérica y susceptible de recortes y excepciones, una remisión al precio de mercado del bien expropiado como punto de orientación inicial para la definición de este valor.

b) El carácter relativo de la función de la indemnización expropiatoria.

305. Que la indemnización expropiatoria pueda cumplir una función reparatoria, compensatoria o restitutoria según el supuesto a que se aplique hace de ella una noción dotada de una función con *carácter relativo*. No siempre ha sido ello así. En un primer momento, la Corte Constitucional, en línea con el planteamiento defendido por la Corte Suprema de Justicia antes de la expedición de la Constitución de 1991²¹²⁶, asimiló la indemnización expropiatoria a la indemnización por responsabilidad del Estado. En consecuencia le atribuyó carácter reparatorio y pleno, por cuanto debía abarcar el daño emergente y el lucro cesante sufridos por el expropiado²¹²⁷. Su misión era, entonces, asegurar que el particular no recibiera lesión alguna en su patrimonio por la decisión de expropiar²¹²⁸. Con todo, este planteamiento sería matizado más adelante por la propia jurisprudencia constitucional. Como se señala en la sentencia C-1074 de 2002 (FJ 3.3.1.3), la más completa y sistemática revisión y reconstrucción del régimen constitucional de la expropiación en la jurisprudencia constitucional colombiana, ni el artículo 58 párr. 4 CC exige que la indemnización deba ser plena, ni puede ignorarse ni distorsionarse el sentido de la previsión introducida por la Constitución de 1991 en virtud de la cual el valor de la indemnización debe ser tasado “consultado los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58

Por contribución general. 2. Por motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, previa indemnización, *salvo el caso de la apertura y construcción de vías de comunicación, en el cual se supone que el beneficio que derivan los predios atravesados es equivalente al precio de la faja de terreno necesaria para la vía; pero si se comprobare que vale más dicha faja, la diferencia será pagada*” (cursivas fuera de texto).

²¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.3. También la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1.

²¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 11 de diciembre de 1964.

²¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 5.

²¹²⁸ Así, Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2001, FJ 3.

párr. 4 frase 2 CC); como tampoco puede asimilarse el régimen indemnizatorio de la expropiación con el de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC)²¹²⁹. En consecuencia, “el requisito constitucional de que la indemnización sea justa, lleva necesariamente a no exigir que siempre responda integralmente a los intereses del afectado”²¹³⁰.

306. Así, por ejemplo, nada obsta para que en supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad el legislador prevea su expropiación y contemple una indemnización que, en consideración a esa situación particular y a la necesidad de ponderar los intereses del afectado con los de la comunidad, resulte inferior al valor comercial del bien y de los posibles perjuicios que representa la operación expropiatoria para el propietario²¹³¹. En este evento, por no abonar al expropiado una suma equivalente a la que precisaría el resarcimiento integral de la afectación patrimonial ocasionada por la expropiación la indemnización cumple una función apenas *compensatoria*. Con todo, ésta deberá ser previa y justa²¹³².

307. De igual forma el legislador puede prever una indemnización orientada a la reparación de la pérdida experimentada por el expropiado como consecuencia de la decisión de expropiar. Ésta ha de ser la regla general²¹³³: tanto la garantía constitucional del derecho, como la revitalización de la cobertura indemnizatoria en el orden constitucional colombiano operada tras la reforma a la Constitución de 1999 (Acto legislativo No. 01 de 1999), el principio de igualdad ante las cargas públicas y el sistema constitucional-económico imperante así lo imponen. El propietario deberá recibir una suma que le permita sustituir el bien del que ha sido despojado²¹³⁴. Por ende, deben asistir razones de peso jurídico-constitucional para afectar esta regla, bien en perjuicio, bien en beneficio del propietario, tras sopesar sus intereses con los de la comunidad²¹³⁵. Debe tratarse, entonces, de *excepciones jurídico-constitucionalmente fundamentadas*. Esto no significa que el

²¹²⁹ Estos planteamientos han sido recientemente reiterados integralmente por la Corte Constitucional en su sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1.

²¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.3.

²¹³¹ Una hipótesis semejante fue examinada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 11 de junio de 1964, al enjuiciar la constitucionalidad de los artículos 62 y 74 de la ley 135 de 1961. Estas disposiciones, integrantes de la reforma agraria entonces puesta en marcha por el Gobierno, condicionaban las formas y los montos de la indemnización expropiatoria al grado de explotación de las tierras expropiadas y al valor del esfuerzo personal del propietario para hacerlas productivas. De este modo, las condiciones de indemnización establecidas variaban y se hacían más onerosas para el expropiado dependiendo de si se trataba de “tierras incultas”, de “tierras indebidamente explotadas” o de tierras explotadas por pequeños aparceros o arrendatarios en las que el propietario de la tierra no participaba “en la explotación dirigiéndola y tomando a su cargo una parte de los gastos”. El lazo inescindible que une al derecho de propiedad con el trabajo fundamenta sobradamente esta posición; al punto de permitir, incluso, como se podrá apreciar en el Capítulo Sexto de este trabajo, prescindir del instituto expropiatorio y aplicar el más drástico recurso de la extinción del dominio (privación sin indemnización).

²¹³² Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.4.

²¹³³ Así, *Vid. idem*, FJ 3.3.1.6.

²¹³⁴ MAURER, H. *Allgemeines... Ob. Cit.*, p. 726.

²¹³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.6.

valor comercial del bien constituya una camisa de fuerza a la hora de determinar el montante de la indemnización. El valor de sustitución del bien constituye una referencia útil, que puede ser sin embargo objeto de restricciones razonables y proporcionadas por el legislador al regular los criterios que deben regir su determinación²¹³⁶. La indemnización expropiatoria en materia urbanística ilustra un supuesto indemnizatorio con función reparatoria. De acuerdo con lo previsto por el artículo 62.6 de la ley 388 de 1997, “[l]a indemnización que decretare el juez comprenderá el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente incluirá el valor del inmueble expropiado, para lo cual el juez tendrá en cuenta el avalúo comercial elaborado de conformidad con lo aquí previsto”²¹³⁷.

308. Ahora bien, dado que la indemnización expropiatoria no puede ser asimilada a una indemnización por daños y perjuicios otorgada en un proceso de responsabilidad patrimonial del Estado²¹³⁸, es preciso apuntar el limitado alcance que en el supuesto expropiatorio le corresponde al rubro de lucro cesante y la legítima posibilidad de imponer restricciones o recortes a la indemnización por daño emergente. Toda vez que la cobertura de la garantía de la propiedad se restringe únicamente a “*lo adquirido*”²¹³⁹, la valoración del lucro cesante en estos casos ha de excluir las meras expectativas o conceptos como los de pérdida de oportunidad, ganancias eventuales, utilidades proyectadas, etc. Sólo aquello que haya sido debidamente patrimonializado –aunque no efectivamente solventado– o que sea *consecuencia directa e inmediata* de la intervención expropiatoria (*v. gr.* perjuicio derivado del fraccionamiento de un predio como consecuencia de una expropiación parcial, los costes de reubicación de una determinada instalación, la

²¹³⁶ Así, por ejemplo, en la sentencia C-1074 de 2002, el juez constitucional no encontró contrario a la Constitución que el legislador haya previsto, en materia urbanística, que los saldos no pagados al expropiado que se encuentran respaldados con títulos valores no mantengan su valor en el tiempo, por no garantizarse, primero, una corrección de su valor totalmente acorde con el índice de precios al consumidor, y segundo, la causación de una tasa de interés remuneratoria que refleje el rendimiento del capital en el tiempo. El monto indemnizatorio reconocido se ve, así, en la práctica, mermado como consecuencia del efecto negativo que sobre el dinero operan fenómenos como la inflación y la depreciación por falta de remuneración. Así, a pesar de tomar como referencia para la definición del *quantum* indemnizatorio el valor comercial del bien, al final el propietario recibe una suma porcentualmente inferior a la que le correspondía. Sin embargo, para la Corte Constitucional, ello no atenta contra la garantía indemnizatoria de la expropiación. *Vid.* FJ 3.4.1.2.4.

²¹³⁷ Esta regla, aplicable en principio a los supuestos de expropiación judicial, por imperativo del principio de igualdad debe hacerse extensiva *mutatis mutandi* a los casos de expropiación administrativa. Naturalmente, en éstos, como ha precisado la Corte Constitucional, corresponde a la Administración “la valoración en el caso concreto de los intereses de la comunidad y del afectado y por ende podrá tomar en cuenta todos los elementos de la afectación de los derechos del particular que deban ser objeto de indemnización”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2007, FJ 5.

²¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.3. También la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1. En igual sentido, véase KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Loc. Cit.*, pp. 169 y ss.

²¹³⁹ *Vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado B-1 del Capítulo Tercero de este trabajo.

pérdida de clientela, etc.) podrá ser contabilizado a estos efectos²¹⁴⁰. De otra parte, la circunstancia que el precio comercial del bien expropiado sea apenas un *valor de referencia u orientador*, que puede ser sin embargo objeto de restricciones razonables y proporcionadas por el legislador²¹⁴¹ permite predicar *cierta singularidad* del reconocimiento del daño emergente en este evento. El no reconocimiento de rubros como el daño moral, la exclusión de un lucro cesante en sentido lato, la referida singularidad del daño emergente y la legítima posibilidad de reducir el monto de este último en consideración a los beneficios que representa la realización del proyecto que justifica la expropiación (*v. gr.* la construcción de una obra de infraestructura que revalorizará la zona donde se encuentra un predio parcialmente expropiado) impiden predicar el alcance plenamente restitutorio de esta clase de indemnizaciones. En todo caso, el monto de la indemnización deberá abonarse previamente y su condición de justa se desprende del hecho de permitir un *restablecimiento equilibrado* de la situación patrimonial del particular.

309. Pero también puede ocurrir que la indemnización expropiatoria cumpla una función restitutoria. En este caso llevará aparejado el pago de una indemnización por la totalidad de la pérdida sufrida por el particular expropiado para asegurar el *pleno e inmediato* restablecimiento del *statu quo ante*²¹⁴². Por no resultar susceptible de las restricciones que se predicán de ella en los supuestos compensatorios y reparatorios, la indemnización opera en este evento como una suerte de *cobertura patrimonial reforzada*. Su aplicación es, también, como en la hipótesis de la indemnización compensatoria, excepcional; y *dependerá de la clase de sujetos que se vean afectados por la medida practicada*. Lo anterior, en atención al especial compromiso constitucional que asiste al Estado con la protección de determinados bienes jurídicos. Es el caso, por ejemplo, de la familia; descrita por la Constitución como “el núcleo fundamental de la sociedad” (artículo 42 párr. 1 frase 1 CC), merecedora de “protección integral” (artículo 42 párr. 2 CC) y titular de la garantía del “patrimonio familiar inalienable e inembargable” en los términos en que determine la ley (artículo 42 párr. 3 CC). En este supuesto el juez constitucional ha considerado que la necesidad de compaginar sus intereses con los de la comunidad debe traducirse en que “en los casos de vivienda familiar, la indemnización previa sea pagada *en efectivo y en forma total* con el fin de que la familia que pierde su vivienda pueda *sustituirla oportunamente por otra*”²¹⁴³

²¹⁴⁰ MAURER, H. *Allgemeines... Op. Cit.*, pp. 728-729. Sobre el tratamiento jurisprudencial recibido en Alemania por los denominados “daños subsiguientes” (*Folgenkosten*), puede consultarse KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Passim*, p. 171.

²¹⁴¹ *Cfr.* Corte Constitucional, C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.4. Reitera este pronunciamiento la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1. En esta última decisión también se resalta este aspecto en los FFJJ 3.2.3 y 4.

²¹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.4.

²¹⁴³ *Idem*, FJ 3.3.1.5. Esta afirmación se sustenta en la reiteración del planteamiento formulado por la Corte Constitucional en la sentencia C-192 de 1998. En esta decisión se examinó la constitucionalidad del artículo 8 de la ley 258 de 1996, de acuerdo con el cual el decreto de expropiación de un inmueble impide su afectación a vivienda familiar y permite el levantamiento judicial de este gravamen para hacer posible su expropiación. Los cargos elevados en su contra señalaban una presunta infracción, entre otras disposiciones constitucionales, de la garantía de

(cursivas fuera de texto). La preeminencia de la situación jurídica afectada en concreto como consecuencia de la expropiación excluye la posibilidad de introducir recortes al *quantum* indemnizatorio que de otra forma resultarían legítimos y demanda una cobertura patrimonial plena. Para la Corte Constitucional, una protección análoga resulta predicable de supuestos en los cuales se encuentre implicada la vivienda personal de una persona de la tercera edad, una mujer cabeza de familia, un enfermo de sida, un discapacitado u otras personas especialmente protegidas por la Constitución²¹⁴⁴.

310. Más que de una fórmula unitaria concreta, que garantice su aplicación uniforme en la totalidad de los casos, el carácter justo de la indemnización se desprende en Colombia, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (i) de que no resulte irrisoria o simbólica y (ii) de que su valor resulte proporcional a las circunstancias concretas que determinan la función que debe cumplir la garantía indemnizatoria en un supuesto expropiatorio específico.

c) El sujeto a cargo de la determinación del *quantum* indemnizatorio.

311. El referido carácter relativo de la indemnización expropiatoria hace de la pregunta acerca de quién determina la función que en un supuesto expropiatorio concreto desarrolla el instituto indemnizatorio por expropiación un aspecto central de esta materia. A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Alemania, cuyo artículo 14.3.2 GG obliga expresamente al legislador a regular la forma y la medida de la indemnización, el texto de la Constitución de Colombia no expresa una postura explícita al respecto. Indica simplemente que la indemnización “se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58 párr. 4 frase 2). Por otro lado, consagra la vía judicial como regla general en materia de expropiaciones (artículo 58 párr. 4 frase 1) y la administrativa como cauce excepcional (artículo 58 párr. 4 frase 3); y contiene, asimismo, reservas legales tanto en lo relativo a la definición de la *causa expropriandi*, como de los supuestos

inalienabilidad del patrimonio de familia (artículo 42 párr. 3 CC). Por considerar que se está ante una regulación que enfrenta dos asuntos de interés social de carácter preeminente, la Corte estimó que “nada obsta para que siga adelante la expropiación, pero la familia debe quedar indemne de manera oportuna en cuanto a la efectiva propiedad y posesión de una vivienda, sin solución de continuidad y por el mismo valor real del bien objeto de aquella” (FJ 2). Por esta razón, se condiciona la constitucionalidad de la disposición acusada a que la indemnización “ha de corresponder al ciento por ciento del valor del inmueble objeto de expropiación, debe pagarse a la familia en su totalidad y en dinero, de manera previa y como requisito indispensable para que se cumpla la expropiación” (*Idem*). Esta regla sería objeto de una precisión ulterior en la sentencia C-1074 de 2002. De acuerdo con lo afirmado en esta decisión, “[p]ara beneficiarse de la protección constitucional especial, es necesario que el inmueble expropiado se encuentre afectado para vivienda familiar y registrado así en la Oficina de Instrumentos Públicos, o que, en caso de que tal registro no se haya hecho, en realidad se trate de la vivienda familiar actual y única que resulte absolutamente indispensable para preservar la integridad y el desarrollo de la familia” (FJ 3.4.1.2.5).

²¹⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FFJJ 3.4.1.2.6. y 3.4.1.3.3.

de procedencia de la vía de excepción y del procedimiento. La Constitución no alude, pues, a un papel específico que deba cumplir el legislador en relación con la definición de la indemnización expropiatoria o de su valor. Este silencio del texto constitucional podría interpretarse de dos maneras: bien como una remisión más al poder de configuración del legislativo, o bien como la articulación de una reserva judicial y administrativa en materia de indemnización por expropiación: ya que son estos órganos quienes tienen a su cargo la sustanciación de los expedientes expropiatorios, serían ellos, también, los competentes para decidir integralmente sobre la cuantía indemnizatoria.

312. Para el juez constitucional la exigencia de ponderación entre los intereses colectivos y particulares como presupuesto de la definición del *quantum* indemnizatorio (artículo 58 párr. 4 frase 2 CC) resalta las limitaciones que tendría la fijación por ley de la indemnización de manera general y abstracta. Esta situación pone de relieve la importancia que en esta labor corresponde a la valoración de las circunstancias particulares de cada caso y de los intereses concretos presentes en cada situación²¹⁴⁵. En su concepto, “la fijación del valor de la indemnización difícilmente puede hacerse de manera abstracta y general, sin tener en cuenta el contexto de cada caso, sino que requiere la ponderación de los intereses concretos presentes en cada situación, para que el valor de la indemnización corresponda en realidad a lo que es justo”²¹⁴⁶. Esto lleva a que se realce la perspectiva concreta con que cuentan los jueces²¹⁴⁷ y la Administración²¹⁴⁸, convertidos así en responsables últimos de la justicia de la indemnización en el caso concreto. De ahí que el legislador no pueda fijar directamente el monto de la indemnización y despojar a estos órganos de una competencia que la Constitución les ha encomendado.

313. Ahora bien, ni la posición más favorable de la Administración y los jueces frente a la ley en relación con la apreciación de las circunstancias del caso concreto, ni la inexistencia de una reserva legal en esta materia, pueden llevar a desestimar las legítimas posibilidades de intervención que le corresponden al legislador en este ámbito. Tanto una interpretación histórica de la Constitución, como una comprensión sistemática de su texto permiten ratificar este planteamiento. En efecto, una lectura de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente permite apreciar que la indeterminación semántica de la fórmula contenida en el artículo 58 párr. 4 frase 2 CC lejos de excluir la intervención de la ley en materia de determinación del *quantum* indemnizatorio, la presupone. No

²¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.6.

²¹⁴⁶ *Idem*, FJ 3.3.1.2. Este planteamiento se ajusta a la línea definida por la Corte Suprema de Justicia cuando, con anterioridad a la Constitución de 1991, ejercía el control de constitucionalidad sobre las leyes. En una de las decisiones adoptadas en esta materia estimó inconstitucional el Decreto 2640 bis de 1952, que fijaba el monto de la indemnización expropiatoria a recibir por los propietarios afectados por la construcción de una autovía en el valor catastral de los predios expropiados que figurase el día 14 de agosto de 1951. *Vid.* Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 10 de agosto de 1954.

²¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FFJJ 3.3.1.2 y 3.4.1.2.6.

²¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2007, FJ 4.

otra conclusión puede obtenerse de lo afirmado por el constituyente en el sentido de indicar que “es conveniente dejar planteada la indemnización, consultando los intereses de la comunidad y del afectado, *para que la ley la vaya desarrollando*, de acuerdo a las necesidades que la nueva Constitución enfrente”²¹⁴⁹ (cursivas fuera de texto).

A lo anterior se suma el argumento sistemático, derivado de la imposibilidad de desconocer la legítima potestad de intervención en este ámbito que se deriva de la cláusula general de competencia del legislador (artículo 150 párr. 1 frase 1 CC)²¹⁵⁰, ni las exigencias que el propio texto constitucional le impone a este órgano en materia de autorización de gasto público²¹⁵¹. Por una parte, en relación con esto último, debe considerarse que el artículo 345 párr. 2 CC establece el principio de legalidad del gasto y obliga a que toda erogación cuente con una *cobertura legal formal*. En materia de expropiación este condicionamiento se traduce en la obligación impuesta a la ley que habilita una operación de esta clase de prever *una cláusula indemnizatoria* a favor de los particulares afectados por las expropiaciones practicadas con base en dicha autorización. El legislador debe ser consciente de las implicaciones presupuestales de sus determinaciones y ello debe reflejarse directamente en el texto de la ley. El incumplimiento de este requisito comprometerá, pues, la validez de la habilitación expropiatoria otorgada. A pesar de envolver un condicionamiento aparentemente formal, resulta coherente con la sistemática constitucional en materia de gasto público y con su objetivo de promover un ejercicio fiscalmente responsable de la potestad expropiatoria.

Por otra parte, y con respecto a lo primero, dicha intervención, amparada en la cláusula general de competencia del legislador y orientada a la definición de una regulación general de los aspectos fundamentales de la indemnización (función que desempeña, criterios para determinar su cuantía, forma, plazo y condiciones de pago, etc.), no sólo resulta exigida por cuanto permite atender elementales requerimientos del principio de seguridad jurídica; también por la garantía constitucional de la propiedad y el principio de igualdad de los ciudadanos ante las autoridades. De aquí que aun cuando la jurisprudencia constitucional destaca el notable poder de apreciación que este esquema atribuye a los jueces –en una consideración que debe resultar predicable, *mutatis mutandis*, de la

²¹⁴⁹ *Gaceta Constitucional*, No. 82, p. 6 (Ponencia “Propiedad”, presentada para primer debate en la plenaria, Ponentes Iván Marulanda Gómez y Jaime Arias López).

²¹⁵⁰ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-527 de 1994, FJ 3. En sentido análogo, véase la sentencia C-394 de 2002, FJ 4.1.

²¹⁵¹ Que no resulte procedente una predeterminación legal del monto final de la indemnización expropiatoria no puede significar, entonces, que al legislador le esté vedado cualquier tipo de intervención en este ámbito. La reserva de jueces y Administración en relación con la valoración final del *quantum* indemnizatorio no debe suponer la exclusión de una regulación legal que, por otra parte, como se verá a continuación, resulta necesaria y conveniente.

Administración expropiadora²¹⁵²-, resalta asimismo su papel de “garante de que la expropiación respete *la Constitución y la ley* puesto que está comprometida la protección de un derecho constitucional”²¹⁵³ (cursivas fuera de texto). De este modo, antes que excluir, presupone el margen de configuración que constitucionalmente le corresponde al legislador en este campo; aunque advierte que ello no puede significar “vaciar completamente la competencia del juez”²¹⁵⁴ ni de la Administración²¹⁵⁵.

Así las cosas, para la Corte Constitucional el legislador se encuentra habilitado para “establecer las reglas que el juez [y la Administración] aplicará[n] para fijar la indemnización que corresponda en cada caso”²¹⁵⁶. La necesaria reserva judicial y administrativa respecto de la *determinación final* del montante indemnizatorio concreto le llevan a afirmar que dentro del margen de configuración que le asiste en esta materia, “el legislador puede establecer criterios generales para examinar los intereses de la comunidad y de los afectados y establecer los tipos de grados de afectación de los derechos de quien sea expropiado, todo ello con la finalidad de orientar al juez [y a la Administración]. Puede, por ejemplo, determinar las circunstancias en que ese grado de afectación solo ha de ser el mínimo posible, garantizando un pago total en efectivo en un solo contado. También puede señalar eventos en los que el pago de la indemnización se hace con títulos valores y determinar los porcentajes máximos que se pagarían de esta forma. También puede señalar plazos para la redención de los títulos valores que incorporan los saldos”²¹⁵⁷. Un campo de acción, pues, en absoluto desdeñable. Máxime cuando además de atribuir al legislador la potestad de sentar criterios generales para la ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado, se le reconoce el poder de “establecer los tipos de grados de afectación de los derechos de quien sea expropiado”; esto es, de definir la función (reparatoria, compensatoria o restitutiva) que debe atender la indemnización en cada supuesto expropiatorio concreto regulado de manera general y abstracta por la ley (*rectius* expropiación por razones ambientales, urbanísticas, de proyectos de infraestructura de transporte, educación, sanidad, etc.).

314. De este modo, puede concluirse que *la encomienda que el artículo 58 párr. 4 CC ha efectuado a los jueces y a la Administración para que decreten la expropiación y fijen la indemnización expropiatoria que consideren justa tras la correspondiente ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado debe entenderse siempre en el marco de la potestad reguladora que asiste en esta materia al legislador. Al él le corresponde (i) prever la correspondiente indemnización (cláusula indemnizatoria) y (ii) determinar los criterios que han de considerar los jueces y la Administración para*

²¹⁵² El margen de apreciación que corresponde a la Administración a la hora de ponderar las circunstancias del caso concreto y definir el monto de la indemnización es defendido por la Corte Constitucional en la sentencia C-476 de 2007, FFJJ 3.2.3 y 4.

²¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.6.

²¹⁵⁴ *Idem*.

²¹⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2007, FFJJ 3.2.3 y 4.

²¹⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.6.

²¹⁵⁷ *Idem*.

su valoración concreta²¹⁵⁸. Lo primero apunta a colmar la exigencia de cobertura legal de esta clase de gastos; lo segundo, a satisfacer elementales consideraciones de seguridad jurídica, igualdad y efectividad de la garantía del derecho de propiedad²¹⁵⁹. Así, por ejemplo, sólo en aquellos supuestos en los cuales el legislador prevea expresa y fundadamente –como ocurrió con la reforma agraria de 1961- la aplicación de una indemnización con función apenas compensatoria podrán los jueces y la Administración, siempre que no infrinjan la garantía constitucional de la indemnización justa, fijar su cuantía en montos inferiores a los razonablemente exigidos por la reparación de la pérdida experimentada por el expropiado. De lo contrario, la regla general será la función reparatoria.

315. Esta restricción no opera de igual modo para la función restitutoria de la indemnización expropiatoria. Su lazo más estrecho con la apreciación de las circunstancias particulares del caso y su fuerte contenido tuitivo de sujetos de especial protección presupone una habilitación más amplia para los jueces y la Administración. De este modo, aun cuando su aplicación no haya sido prevista por la ley, la constatación por estos órganos de la presencia en el caso concreto de sujetos merecedores de la especial protección anteriormente señalada convalidará el empleo de esta forma de protección patrimonial reforzada²¹⁶⁰. Por ser ellos los responsables finales de la ponderación concreta de los intereses presentes en el caso como prerequisite de la tasación definitiva del monto de la indemnización, la efectiva corroboración de la concurrencia de esta clase de intereses especiales en el supuesto concreto y la verificación material de su (inminente) afectación

²¹⁵⁸ Esto incluye, naturalmente, la definición de la función que debe cumplir la indemnización expropiatoria que se otorgue en cada supuesto; y abarca tanto la fase de negociación voluntaria, como de expropiación propiamente dicha. Nada impide, así, por ejemplo, que el legislador pueda fijar un límite máximo al precio que se puede acordar en la fase de negociación voluntaria. Es el caso del artículo 32.2 de la ley 160 de 1994, que prevé, en materia de reforma agraria, que “[e]l precio máximo de negociación será el fijado en el avalúo comercial que para tal fin se contrate con personas naturales o jurídicas legalmente habilitadas para ello, de acuerdo con el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

²¹⁵⁹ Así, pues, a semejanza de lo que ocurre en España con el artículo 33.3 CE, el artículo 58 párr. 4 –en sus diferentes apartados- no constituye un título directamente invocable para reclamar una indemnización no prevista ni regulada legalmente. Como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “en materia de expropiación no hay indemnización sin ley; y la ley expropiatoria que no prevé indemnización es inconstitucional”. Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. “Las garantías constitucionales de la... *Ob. Cit.*, p. 194.

²¹⁶⁰ Ciertamente, para el juez constitucional, “[c]omo garante de la efectividad de los derechos de las personas, el juez que decida la expropiación deberá tener en cuenta, además de los parámetros establecidos por el legislador para el caso de expropiación, y de la protección del patrimonio familiar inalienable, otros referentes constitucionales como la protección especial a los niños, a la tercera edad, o a los discapacitados, entre otros, siempre que sean relevantes para determinar el valor y la forma de indemnización que resulta justa en cada caso, dado que tales referentes constitucionales confieren a los intereses en juego un peso específico que el juez habrá de ponderar en cada caso”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.6. En el FJ 3.4.1.3.3 la Corte Constitucional hace extensible este razonamiento a la Administración. La obligación de protección de los derechos fundamentales que el artículo 2 impone de manera indiferenciada a las autoridades públicas fundamentan este planteamiento en uno y otro evento.

sustancial, real y cierta obliga a su consideración y exige su protección plena²¹⁶¹. En este orden de ideas, resultaría inconstitucional una previsión legislativa que excluyera o restringiera en un supuesto específico dicha potestad de apreciación y ponderación por parte de los jueces y de la Administración. De igual forma, el desconocimiento de estas circunstancias particulares por los órganos encargados de la tasación final de la indemnización podrá ser objeto de control por los tribunales encargados de fiscalizar la legalidad de dicha determinación.

3.3. La forma de la indemnización expropiatoria.

316. Una última cuestión relevante en relación con la indemnización expropiatoria es *su forma*. En ninguna de sus disposiciones la Constitución regula cómo ha de efectuarse el pago de este valor: no señala si ha de ser en dinero en efectivo o en especie, en un contado o a plazos, con títulos valores u otros documentos negociables, mediante la entrega de otros bienes equivalentes (permuta), etc. Se trata, pues, de una materia remitida al legislador. No obstante, también aquí la garantía del derecho y su estrecho nexo con la garantía indemnizatoria envuelta en el instituto expropiatorio, tanto como la exigencia constitucional de indemnización previa y justa, aportan importantes elementos para identificar algunas condiciones que se desprenden de la Constitución en este punto. Ellas permiten limitar la libertad de configuración que asiste al legislador al desarrollar la habilitación que le corresponde en esta materia y reforzar la garantía del derecho.

317. La Corte Constitucional ha sistematizado estos límites. En su concepto, si bien la Constitución no obliga a que la indemnización expropiatoria sea siempre pagada en dinero en efectivo, impone que de optarse por el pago mediante instrumentos distintos a él, éstos han de reunir por lo menos las siguientes características: (i) no pueden transformar el pago de la indemnización previa, en un pago futuro, posterior a la transmisión del dominio del bien expropiado; (ii)

²¹⁶¹ Se trata, con todo, de una regla que debe ser objeto de una interpretación estricta. No basta con la mera presencia en el caso de un sujeto de especial protección; es preciso, además, que la intervención practicada comporte una afectación material, real y cierta, del bien jurídico que se busca amparar. Así se desprende de la formulación que de esta regla ha efectuado la Corte Constitucional en relación con la especial protección que merece el patrimonio de familia. De acuerdo con lo expresado por el juez constitucional, “[d]ada la relación de dependencia y necesidad que existe entre la familia y su vivienda, *no todo espacio físico que sirva de habitación temporal u ocasional de una familia se encuentra necesariamente protegido por la Constitución*. Así, el pago total y en efectivo de la indemnización en caso de expropiación de vivienda familiar no opera respecto de todos los inmuebles que posea una familia, así cada uno de ellos le sirvan ocasional y temporalmente de habitación. *Para beneficiarse de la protección constitucional especial, es necesario que el inmueble expropiado se encuentre afectado para vivienda familiar y registrado así en la Oficina de Instrumentos Públicos, o que, en caso de que tal registro no se haya hecho, en realidad se trate de la vivienda familiar actual y única que resulte absolutamente indispensable para preservar la integridad y el desarrollo de la familia*. Sólo en esos eventos, la ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado lleva a que sea necesario un pago total, en dinero en efectivo y en un contado de la indemnización en caso de expropiación”. Cfr. la sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.4.1.2.5.

deben garantizar un pago cierto de la obligación y no meramente simbólico o eventual; (iii) deben constituir un medio legal de pago de obligaciones, de tal forma que realmente constituyan para el afectado una indemnización; (iv) deben permitir que el valor de la indemnización por expropiación reconocido como justo, en el caso concreto, se mantenga en el tiempo, si el expropiado actúa en los negocios diligentemente; (v) deben ser libre y efectivamente negociables, a fin de garantizar que el afectado pueda convertirlos en dinero en el momento en que lo desee, inclusive al día siguiente del traspaso del dominio del bien; (vi) no pueden ser revocados unilateralmente por la entidad que los emite²¹⁶².

318. Al tiempo que promueven el respeto por las garantías constitucionales del derecho, estas reglas conceden al legislador un margen suficiente de configuración en lo concerniente a la forma como ha de efectuarse el pago de la indemnización por expropiación. Permiten, por ejemplo, la legítima adopción de fórmulas como las incorporadas en materia urbanística; por medio de las cuales se busca flexibilizar las condiciones para que la Administración atienda esta obligación. Esta legislación ha previsto, entre otras, diversas formas de pago en función del valor del bien expropiado²¹⁶³, con la posibilidad de convertir los derechos de crédito resultantes en títulos valor libremente negociables²¹⁶⁴; lo mismo que la habilitación, en la fase de negociación voluntaria, para que las

²¹⁶² Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.5. Estas exigencias son reiteradas por esta misma corporación en su decisión C-476 de 2007, FJ 3.1.

²¹⁶³ **Ley 9 de 1989. Artículo 29.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la indemnización que decretare el juez competente será pagada así: a) Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea menor o igual a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales se pagará de contado un cuarenta por ciento (40%). El saldo se pagará en seis (6) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble; b) Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea mayor a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales pero menor o igual a quinientos (500) se pagará de contado un treinta por ciento (30%). El saldo se pagará en siete (7) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble; c) Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea mayor a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales se pagará de contado un veinte por ciento (20%). El saldo se pagará en ocho (8) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble. Sobre los saldos se reconocerá un interés ajustable equivalente al ochenta por ciento (80%) del incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados certificado por el DANE para los seis (6) meses inmediatamente anteriores a cada vencimiento, pagadero por semestres vencidos. // Cuando se trate de la expropiación de un inmueble de un valor no superior a doscientos (200) salarios mínimos mensuales, siempre y cuando el propietario haya sido el mismo durante los tres (3) años anteriores a la notificación del oficio que disponga la adquisición y demuestre dentro del proceso que obtiene del inmueble en cuestión más del setenta por ciento (70%) de su renta líquida o que el valor de dicho bien represente no menos del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio líquido, su pago será de contado en la oportunidad indicada en el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil.

²¹⁶⁴ **Ley 9 de 1989. Artículo 30.-** Las obligaciones por capital e intereses que resulten del pago del precio de adquisición o de la indemnización podrán dividirse a solicitud del acreedor en varios títulos-valores que serán libremente negociables. Los títulos así emitidos, en los que se indicarán el plazo, los intereses corrientes y moratorios y demás requisitos establecidos por la Ley comercial para los pagarés, serán recibidos para el pago de la contribución de valorización del inmueble expropiado, si la hubiere, y por los intermediarios financieros como garantía de créditos, por su valor nominal.

partes acuerden la forma de pago del precio de adquisición, ya sea en dinero, en especie, en títulos valores, en derechos de construcción y desarrollo, en derechos de participación en el proyecto a desarrollar o concretarse en una permuta²¹⁶⁵. El carácter negociable que deben poseer los títulos a los cuales se confiera la condición de medio de pago de la indemnización expropiatoria permite inferir que no se está frente a un velado aplazamiento de la obligación de indemnizar (que dejaría así de ser previa); sino ante una solución efectiva, aunque no en efectivo, cuya convertibilidad en dinero por parte del acreedor estatal puede encontrarse condicionada al vencimiento de los períodos previstos para su redención. De ahí que si bien no resulta procedente exigir al Estado su valor monetario antes de esta fecha, nada impida que puedan ser negociados y convertidos en efectivo antes de dicho vencimiento²¹⁶⁶.

C. Tipos de expropiación en Colombia.

319. Dos son, fundamentalmente, desde una perspectiva material, los tipos de expropiación previstos por la Constitución colombiana: la expropiación ordinaria y la extraordinaria. La primera, sometida a los ya referidos presupuestos de validez establecidos por el artículo 58 párr. 4 CC (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento ajustado a los requerimientos del debido proceso e indemnización previa y justa); la segunda, no, en consideración a las particulares circunstancias en que procede su aplicación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59 CC. Si bien una perspectiva subjetiva podría permitir distinguir entre expropiaciones judiciales y administrativas²¹⁶⁷, la falta de diferencias sustanciales entre las

²¹⁶⁵ Ley 388 de 1997. Artículo 61, párr. 3.

²¹⁶⁶ Así, por ejemplo, en materia de reforma agraria, según lo establecido por el artículo 36 de la ley 160 de 1994, la indemnización decretada en el curso de un procesos de expropiación se pagará en su totalidad con los denominados bonos agrarios. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37, éstos son títulos de deuda pública, con vencimiento final así: en las adquisiciones que resultan del acuerdo entre los campesinos y los propietarios, lo mismo que de la fase de negociación directa con la Administración, su término de vencimiento será de cinco años; mientras que en las expropiaciones judicialmente decretadas, este término será de seis años. Según el caso, estos bonos son parcialmente redimibles en cinco o seis vencimientos anuales, iguales y sucesivos; el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de su expedición. De este modo, a pesar de estar diferido en el tiempo el pago efectivo, su condición de documentos libremente negociables permite su introducción en el circuito económico y la subsecuente patrimonialización de su valor antes del vencimiento del término estipulado para su redención por parte del Estado.

²¹⁶⁷ A diferencia de lo que ocurre en ordenamientos como el alemán o el español, cuyas constituciones acogen explícita (artículo 14.3.2 GG en el caso de Alemania) o implícitamente (artículo 33.3 CE en el de España) la figura de la expropiación legislativa, el texto constitucional colombiano no prevé ni admite su aplicación. Las reservas judicial y administrativa expresamente configuradas por el artículo 58 párr. 4 frases 1 y 3 CC en lo relativo a la decisión final de expropiar no dejan lugar a dudas en este sentido. Por esto, la intervención del legislador en este ámbito debe ser respetuosa de los márgenes de apreciación que dichas reservas determinan a favor de los órganos judiciales y administrativos a los que se confía el ejercicio concreto de la potestad expropiatoria. Si bien resulta legítimo que declare la *causa expropriandi* con mayor o menor amplitud -según se trate de un supuesto de declaratoria singular, genérica o implícita- y autorice así el ejercicio de esta prerrogativa, lo mismo que la definición de los procedimientos correspondientes (judiciales o administrativos), la determinación de su estructura y la regulación

exigencias constitucionales que vinculan a una y otra forma de actuación haría de éste un criterio accesorio, que sirve de base a una distinción más formal que material y que, en últimas, por esta misma causa, más que tipos específicos, permite identificar *sub-tipos de la expropiación ordinaria*. Esto, por supuesto, desde el prisma jurídico-constitucional. Visto desde el ángulo del Derecho infraconstitucional, y en especial del Derecho procesal, la diferenciación entre expropiación judicial y expropiación administrativa resulta capital. Sin embargo, no es éste el espacio ni el momento para ocuparse de las particularidades de los regímenes legales previstos para cada una de estas figuras²¹⁶⁸.

general de aspectos relacionados con la indemnización (función que debe cumplir, criterios para su determinación, forma y plazos de pago, etc.); su actuación no puede desbordar este ámbito de lo meramente regulatorio. No puede, legítimamente, adoptar decisiones concretas como la singularización de los predios o bienes que específicamente deben ser expropiados. Ellas corresponden al ámbito de lo constitucionalmente definido (en este caso) como judicial o administrativo. Por tanto, de verificarse, representarían una intervención inválida del legislador. Afectarían tanto la órbita de competencia de los jueces y la Administración que se desprende de las reservas previstas por la Constitución a favor de estos órganos, como las posibilidades de defensa de los afectados por la decisión de expropiar. Esto, como resultado del desconocimiento de uno de los presupuestos de validez y una de las garantías más relevantes frente a esta clase de intervenciones: el procedimiento. Como resalta PARADA, que se dote a los Parlamentos de la única potestad de autorizar las expropiaciones y no de expropiar en sí no debe ser motivo de sorpresa. Como expresivamente lo reconoce este autor, tampoco se reconoce a los órganos legislativos la competencia para “imponer multas de tráfico o para revocar licencias de urbanismo o para imponer un apercibimiento a un funcionario, ni para aprobar una ordenanza municipal, todas ellas competencias administrativas; ni tampoco, obviamente, para ejercer competencias judiciales y resolver el más modesto de los pleitos o imponer la más liviana de las penas” (*vid.* PARADA, R. “Evolución y crisis del... *Loc. Cit.*, p. 60). En este orden de ideas, aunque (probablemente) ya consumada, resultaría inválida la intervención prevista por el artículo 65 de la ley 105 de 1993. De acuerdo con lo dispuesto en este enunciado: “[a]nte la necesidad imperativa de reubicar y ampliar las instalaciones del Grupo Aéreo del Caribe del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, declarase de utilidad pública e interés social, el lote de terreno adyacente a la cabecera 06 de la pista de aterrizaje del Aeropuerto Sesquicentenario del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y autorizase al Ministerio de Defensa Nacional, para adelantar la expropiación por vía administrativa con indemnización, de los predios que se encuentran incluidos dentro de las siguientes coordenadas:

NORTE	ESTE
1. 1.883.263.16	821.869.71
2. 1.883.111.81	821.952.49
3. 1.882.928.90	821.486.31
4. 1.883.211.37	821.525.24

Semejante grado de detalle desborda el ámbito competencial del legislador en esta materia (declarar la *causa expropriandi* y habilitar con ello el ejercicio de esta potestad, sea por vía administrativa, sea por vía judicial), anula materialmente la competencia de la Administración en la sustanciación de este expediente y priva a los afectados de la posibilidad de plantear una controversia de fondo sobre la procedencia de la decisión de expropiar esa propiedad en concreto. Sobre la importancia de estos extremos para la configuración de la expropiación como una reserva de la Administración (o, en el caso colombiano, también de los jueces), *vid.* ORTEGA BERNARDO, J. “Límites constitucionales en la... *Op. Cit.*, pp. 294 y ss.

²¹⁶⁸ Sobre el régimen de la expropiación judicial, *vid.* BEJARANO GUZMAN, Ramiro. *Procesos declarativos*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 2001, pp. 341 y ss. Sobre la expropiación administrativa, *cfr.* CAICEDO ESCOBAR, E. “Expropiación por vía... *Loc. Cit.*, pp. 118 y ss.

320. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1999 (Acto legislativo No. 01 de 1999) resultaba procedente distinguir entre tres clases de expropiación: la ordinaria, la extraordinaria y la excepcional (o expropiación sin indemnización por razones de equidad). Esta última, abolida del ordenamiento constitucional colombiano mediante la referida modificación al texto de la Constitución, singularizaba un tipo de expropiación propio. Aun cuando la norma constitucional que la regulaba no señalaba supuestos específicos para su procedencia, ella (i) excluía el pago de la indemnización asociada al instituto expropiatorio en las otras dos modalidades y (ii) se encontraba sujeta a un presupuesto especial: el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara del órgano legislativo. Su desaparición impone distinguir, entonces, únicamente entre las expropiaciones ordinarias y las extraordinarias.

1. La expropiación ordinaria.

321. Se denomina ordinaria a aquella expropiación que para ser válida exige estar apoyada en razones de utilidad pública o de interés social legalmente definidas, el trámite de un procedimiento efectuado con arreglo al debido proceso y el pago de una indemnización previa y justa²¹⁶⁹. Dependiendo del órgano del poder público que adelante el trámite expropiatorio, adopte la decisión de expropiar y fije el valor de la indemnización a pagar, *la expropiación ordinaria puede ser judicial o administrativa*. En tanto expresiones concretas del mismo tipo expropiatorio cumplen una misma función, atienden a una misma finalidad y se someten a las mismas exigencias jurídico-constitucionales. Con todo, aunque una y otra técnica expropiatoria obedecen a los mismos presupuestos constitucionales (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento ajustado al debido proceso e indemnización previa y justa) y ofrecen, en el fondo, las mismas garantías al afectado, el hecho que la primera de ellas comporte un *juicio* dirimido por un tercero imparcial (el juez) e involucre de manera directa a las tres ramas del poder público le confiere un *plus* de garantía que hace de la vía judicial la regla general en materia de expropiaciones. Por prescindir de la intervención forzosa de los tribunales y permitir que la decisión de expropiar y la tasación de la indemnización sean efectuadas directamente por la Administración en un procedimiento administrativo, esta vía resulta más expedita pero es considerada menos garantista y, por ende, el cauce excepcional para esta clase de actuaciones²¹⁷⁰.

322. Sea como sea, el hecho de encontrarse igualmente sujetas a los mismos presupuestos materiales y formales (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento ajustado al debido proceso e indemnización previa y justa)

²¹⁶⁹ En este sentido, véase, p. ej., las sentencias de la Corte Constitucional C-864 de 2004, FJ 5; C-474 de 2005, FJ 6 y C-119 de 2006, FJ 4.

²¹⁷⁰ Sobre la condición de regla general de la expropiación judicial y el carácter excepcional de la administrativa, véase la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.2.1.

determina que se trate acaso de una diferencia *de grado, pero no de esencia o de fondo*. Aunque la jurisprudencia constitucional tiende a privilegiar la posición del juez como el garante de los derechos al debido proceso y a la defensa del particular, lo mismo que de la justicia de la indemnización²¹⁷¹, bajo el orden constitucional actual nada impide –por el contrario, resulta obligado– predicar esta misma condición de la Administración. Dotada de los mismos poderes, debe cargar con las mismas responsabilidades que los jueces en este frente. La garantía del debido proceso judicial y administrativo consignada en el artículo 29 párr. 1 CC y la obligación indiferenciadamente impuesta al Estado por la Constitución en el sentido de exigir que la indemnización sea fijada “consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58 párr. 4 frase 2 CC), sin contar con la vigencia de principios como el Estado de Derecho, la solidaridad y la igualdad, permiten reafirmar esta posición²¹⁷². Ella supone abandonar la idea clásica, heredada del modelo napoleónico, según la cual una expropiación garantista conlleva necesariamente un juicio y, por ende, la visión restrictiva y formalista del procedimiento administrativo. Es preciso, entonces, superar ideas tradicionales como que lo esencial en una actuación administrativa es *únicamente* la adopción de una decisión conforme a Derecho –de modo que, salvo supuestos de indefensión material del afectado, la infracción de las reglas de forma resulta accesoria y no invalida lo actuado–, o que la garantía básica de que disponen los administrados frente a la Administración es el control judicial de sus decisiones²¹⁷³. En suma, apartarse de la visión que se aferra exclusivamente a la *perspectiva del control judicial*, para capitalizar y reforzar de igual forma las oportunidades de defensa de derechos y legitimación de las decisiones públicas que ofrece la *intervención sobre la acción administrativa previa a la resolución (procedimientos)*²¹⁷⁴. Asumir esta óptica pone de relieve la importancia del procedimiento dentro del régimen constitucional de la expropiación y aporta una clave fundamental para entender la determinación del constituyente de hacer de la vía judicial y de la vía administrativa formas análogamente ordinarias de ejercer la potestad expropiatoria, sujetas, por ende, a los mismos requisitos. Con todo, a pesar de las semejanzas de base que comparten las dos modalidades ordinarias del instituto expropiatorio, presentan también peculiaridades que vale la pena examinar.

²¹⁷¹ Así, p. ej., las sentencias de la Corte Constitucional C-059 de 2001, FJ 3 o C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

²¹⁷² Más aún cuando, como ha sido subrayado por la Corte Constitucional, “la figura de la expropiación por vía administrativa no está prevista para facilitar el desconocimiento arbitrario de la garantía constitucional del derecho a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con justo título, pues el Constituyente pretende únicamente que, por vía administrativa, se adelante una expropiación que, mediante un trámite jurídico, público y breve, previa la indemnización económica, responda a motivos de interés social y de utilidad pública”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ 1.

²¹⁷³ Sobre esta visión del procedimiento y su necesidad de replantearla, BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Sobre el procedimiento... *Ob. Cit.*, pp. 267 y ss.

²¹⁷⁴ La importancia del paso de la perspectiva del control judicial (*ex post*) a la de la actuación de la Administración (*ex ante*) es destacada por SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la... *Op. Cit.*, pp. 81 y ss.

1.1. La expropiación judicial.

323. De acuerdo con la fórmula establecida por el artículo 58 párr. 4 CC, dentro de las formas ordinarias de expropiación, la vía judicial constituye el cauce general para esta clase de actuaciones²¹⁷⁵. Esto significa que, por principio, el decreto de una expropiación presupone el concurso de las tres ramas del poder público, así: (i) la definición por el legislador de las razones de utilidad pública o interés social que le sirven de base; (ii) la concreción por la Administración en un caso particular de los motivos de interés general legalmente definidos que sirven de *causa expropriandi* y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el propietario (fase de negociación), la puesta en marcha del trámite de expropiación ante los tribunales; y, por último, (iii) la intervención jurisdiccional que adelanta el proceso expropiatorio en sí, para lo cual verifica el cumplimiento de las formalidades, declara la expropiación y fija el valor de la indemnización²¹⁷⁶.

324. Este modelo expropiatorio corresponde a la tradición constitucional colombiana en la materia²¹⁷⁷. Inspirado en el esquema judicialista plasmado por Napoleón en la ley de 8 de marzo de 1810²¹⁷⁸, parte de una natural desconfianza en la Administración y entiende que a falta de consentimiento del propietario, la propiedad sólo puede ser sacrificada en un juicio, mediante una sentencia judicial y previa definición y pago de la correspondiente indemnización. Se trata, pues, de proteger el derecho mediante el endurecimiento de los presupuestos de operatividad del instituto expropiatorio. Como afirma SÁCHICA, bajo esta visión “[e]l procedimiento adoptado para la expropiación es una nueva tutela del derecho de propiedad: intervienen en su ordenación las tres ramas del poder público, para evitar cualquier desviación arbitraria”²¹⁷⁹.

325. Según se ha comentado ya, que la Constitución no establezca exigencias concretas en materia de jurisdicción competente o de estructuras procedimentales específicas, ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como una habilitación para que el legislador defina estos extremos con cierta libertad. Tanto

²¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2007, FJ 3.2.1.

²¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, FJ 4. En este mismo sentido, véase la sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4.

²¹⁷⁷ La exigencia de intervención judicial en la expropiación de una propiedad comienza a figurar formalmente en las constitucionales colombianas a partir de la Carta de 1858, cuyo artículo 56.3 habilitaba el sacrificio de este derecho “cuando así lo exija algún grave motivo de necesidad pública judicialmente declarado, y previa indemnización”. Una fórmula semejante sería incorporada por el artículo 15.5 de la Constitución de 1863. Con todo, será el artículo 32 párr. 2 de la Constitución de 1886 el que mejor perfile el instituto expropiatorio y sienta las bases del modelo recogido por la Constitución de 1991. De acuerdo con lo dispuesto por este enunciado: “[p]or graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificar la expropiación” (cursivas fuera de texto).

²¹⁷⁸ Sobre esta regulación, *vid.* PARADA, R. “Evolución y crisis del... *Loc. Cit.*, p. 51.

²¹⁷⁹ SÁCHICA, L. C. *Constitucionalismo colombiano... Op. Cit.*, p. 381.

el artículo 29 párr. 1 CC en relación con el derecho al debido proceso, como el artículo 58 párr. 4 CC en referencia a la configuración de los procedimientos expropiatorios y el 229 CC con respecto al acceso a la administración de justicia, autorizan al legislador para definir estructuras procedimentales adecuadas para asegurar la protección jurídica de estos derechos. Ello conlleva la posibilidad de introducir fórmulas disímiles, con diferentes niveles de complejidad y de tutela de los intereses patrimoniales de los afectados, definidos con arreglo a las particularidades de la concreta necesidad de interés general que busca ser atendida en cada supuesto expropiatorio regulado por la ley. Como se ha señalado ya, el legislador goza de un significativo margen de apreciación a la hora de *definir los cauces procesales* que deben seguirse para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Puede, entonces, definir procesos que se adelanten ante los jueces civiles o asignar su conocimiento al contencioso administrativo²¹⁸⁰; lo mismo que optar por una legislación general o por un modelo sectorial, basado en procedimientos especiales, aplicables únicamente en determinados ámbitos del ordenamiento y con finalidades específicas²¹⁸¹. Naturalmente puede también combinar jurisdicciones de conocimiento y esquemas de regulación. El amplio arco de posibilidades que le otorga la Constitución en este sentido fundamenta esta libertad de configuración. La anchura de esta habilitación contrasta con el más limitado margen de apreciación que se le reconoce para *determinar el contenido de estos procedimientos*. Su estructuración debe atender, como se ha comentado ya, a las directrices que manan de las garantías del derecho de propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y del debido proceso (artículo 29 CC) y asegurar su protección jurídica eficaz. El objeto del proceso judicial de expropiación no puede ser, como habitualmente se piensa, la simple tasación de una indemnización justa; en un entorno normativo presidido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, debe apuntar, justamente, *a asegurar la efectividad de dicha garantía*. Naturalmente esto no significa impedir la privación de la propiedad, sino *la articulación de una estructura procedimental que haga posible verificar que por haberse cumplido las diferentes exigencias constitucionales, la garantía del contenido adquirido del derecho puede mutar, legítimamente, en una garantía de valor*.

326. Sea como sea, importa observar que el especial celo con la protección del derecho de propiedad que trasluce la definición de la vía judicial como cauce por excelencia (anteriormente exclusivo, ahora regla general) de las demandas de expropiación del interés general ha significado someter estos trámites al formalismo del Código de Procedimiento Civil. Ello ha acabado por hacer de la expropiación judicial una institución “lenta y tortuosa”²¹⁸², con serias deficiencias de funcionamiento en el día a día. Aquí se encuentra en el germen de la introducción de la figura de la expropiación administrativa por el constituyente

²¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 1996, FJ 3.

²¹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 2003, FJ 4.1.4. También la sentencia C-428 de 1995, FJ 5.1.

²¹⁸² CAICEDO ESCOBAR, E. “Expropiación por vía... *Ob. Cit.*, p. 135.

de 1991²¹⁸³. La dilatada duración de estos procesos ante la jurisdicción no sólo les ha conferido una muy limitada eficacia en la práctica para la adquisición de los bienes requeridos por razones de interés general; ha acabado igualmente por desnaturalizar la figura de la entrega anticipada de los bienes –que de medida cautelar ha pasado a ser “la única alternativa que flexibiliza la institución y permite cumplir oportunamente con los fines de utilidad pública e interés social”²¹⁸⁴- y por afectar correlativamente los intereses patrimoniales de los expropiados que, paradójicamente, (se supone) busca proteger el esquema judicialista²¹⁸⁵. De aquí que a pesar de su todavía incipiente desarrollo, no sean pocos quienes, pese a las reticencias de algún sector minoritario²¹⁸⁶, defiendan la figura de la expropiación administrativa y le auguren un futuro auspicioso en el Derecho Público colombiano²¹⁸⁷.

1.2. Expropiación administrativa.

327. La expropiación administrativa es una excepción a la regla establecida por el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC según la cual el derecho de propiedad solamente puede ser sacrificado en juicio y mediante sentencia judicial. En ella *la decisión de expropiar es adoptada directamente por la Administración* una vez agotado el correspondiente *procedimiento administrativo* efectuado con arreglo a las exigencias del debido proceso. Esto significa que, por obviar la intervención de los tribunales, el trámite es mucho más expedito y que la privación es dispuesta por un acto administrativo y no por una resolución judicial.

328. Agotada la fase de negociación directa por vencimiento del plazo legalmente establecido sin que se haya llegado a un acuerdo sobre la venta del bien, la entidad expropiante debe expedir un acto administrativo por medio del cual decreta la expropiación y culmina el procedimiento²¹⁸⁸. Puesto que se trata de un acto vinculante, con vocación de ser ejecutado por la propia Administración, debe contener los elementos suficientes para asegurar su efectivo cumplimiento. Aunque la Constitución no enuncia ninguna exigencia explícita al respecto, es

²¹⁸³ Así fue puesto de presente en algunas de las ponencias debatidas en la Asamblea Nacional Constituyente que propugnaban por la conveniencia de incorporar esta figura como necesaria innovación del texto constitucional. *Vid. Gaceta Constitucional*, No. 46, p. 27 (Ponencia “Propiedad”, presentada a la Comisión Quinta por los constituyentes Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Tulio Cuevas, Iván Marulanda, Guillermo Perry y Jaime Benitez); también *Gaceta Constitucional*, No. 112, p. 6 (Exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en plenaria, presentada por el constituyente Augusto Ramírez Ocampo).

²¹⁸⁴ CAICEDO ESCOBAR, E. “Expropiación por vía... *Ob. Cit.*, p. 135.

²¹⁸⁵ Sobre esta problemática, *vid. BARRERA CARBONELL, A. “La expropiación por vía... Op. Cit.*, pp. 184-185.

²¹⁸⁶ *Vid.*, p. ej., los infundados y poco contextualizados temores de ESCOBAR ISAZA, Hernando y José ALVEAR SANÍN. “Expropiación y confiscación en la nueva Constitución”, en *Doce ensayos sobre la nueva Constitución*, Medellín, Señal Editora, 1991, pp. 215 y ss.

²¹⁸⁷ *Cfr. CAICEDO ESCOBAR, E. “Expropiación por vía... Loc. Cit.*, pp. 91 y 136. También BARRERA CARBONELL, A. “La expropiación por vía... *Ob. Cit.*, pp. 184-185.

²¹⁸⁸ *Cfr. Corte Constitucional*, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.2.3.2.

claro que el legislador que regule esta materia debe tener en cuenta tanto la necesidad de asegurar la satisfacción de la necesidad de interés general que originó la expropiación practicada, como la obligación de protección de los intereses patrimoniales del afectado que se deriva de la garantía del derecho. Por ende, además de la orden de expropiar, este acto debe determinar, entre otros, los siguientes aspectos: la identificación del bien inmueble objeto de expropiación; el valor del precio indemnizatorio y la forma y las condiciones de pago; la destinación que se dará al inmueble expropiado; y la orden de notificación a los titulares de derecho afectado –o de otros derechos conexos constituidos sobre el bien expropiado–, así como la indicación de los recursos que legalmente procedan en vía gubernativa de acuerdo con lo establecido en la ley²¹⁸⁹.

329. Que la operación expropiatoria se repute perfecta sin el concurso de los jueces no excluye completamente su intervención en esta clase de actuaciones. En cuanto acto administrativo, la decisión de expropiar es controlable por el juez contencioso administrativo²¹⁹⁰. En este caso, la intervención judicial es posterior y eventual; y depende de la voluntad del interesado²¹⁹¹, a quien corresponde incoar la acción correspondiente y poner en marcha el respectivo proceso de control de legalidad. De acuerdo con lo previsto por el artículo 58 párr. 4 frase 3 *in fine*, la resolución administrativa que ordena expropiar se encuentra “sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio”. En adición a lo anterior, debe considerarse que en este evento la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia (artículo 229 CC) y las reglas de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa plasmadas en la Constitución (artículos 237 y 238 CC) demandan la apertura de vías procesales idóneas para hacer efectivo este control y exigir, incluso, la suspensión cautelar del acto que declara la expropiación²¹⁹².

330. La expropiación por vía administrativa constituye, según se ha mencionado ya²¹⁹³, la vía excepcional para el trámite de las actuaciones expropiatorias²¹⁹⁴. Esto significa, siguiendo la lógica de regla general/excepción derivada por la Corte Constitucional de dicho enunciado, que aun cuando la Constitución no ha definido expresamente los supuestos en los cuales debe proceder su aplicación, ella está condicionada a que (i) el legislador autorice su empleo y a que (ii) dicha autorización se base en razones que justifiquen exceptuar la regla general constitucionalmente definida en esta materia. Lo primero constituye *una exigencia formal*, derivada de la previsión constitucional de acuerdo con la cual

²¹⁸⁹ *Idem*.

²¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²¹⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-127 de 1998, FJ 2. También, en este sentido, la sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.

²¹⁹² *Vid.* al respecto lo señalado por la Corte Constitucional en este sentido en la sentencia C-127 de 1998, FJ 2. En esta decisión se declara la inconstitucionalidad de la prohibición legal de suspensión provisional prevista por el legislador en los artículos 22 de la ley 9 de 1989 y 71 de la ley 388 de 1997 respecto del acto que decide la expropiación en materia urbanística.

²¹⁹³ *Vid. supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado B-2.1 de este Capítulo.

²¹⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2007, FJ 3.2.1.

corresponde al legislador indicar los casos en los cuales una expropiación puede adelantarse por vía administrativa (artículo 58 párr. 4 frase 3)²¹⁹⁵. Este requerimiento busca evitar que esta técnica expropiatoria se convierta en un instrumento del cual la Administración pueda hacer uso indiscriminado y discrecional, y hacer de ella una herramienta aplicable únicamente en los supuestos tasados por el legislador y para satisfacer las necesidades de utilidad pública y de interés social especificadas en la ley²¹⁹⁶. Por ende, de no concurrir la habilitación expresa para su utilización deberá entenderse que la autorización legal ha de someterse al régimen general de la expropiación, es decir, deberá ser declarada mediante sentencia judicial. De estar prevista su procedencia, la Administración podrá escoger entre una de las dos vías; y en caso de elegir la administrativa, como una exigencia de seguridad jurídica, deberá declararlo y comunicárselo al afectado desde el inicio del procedimiento²¹⁹⁷. Lo segundo encierra *un requerimiento material*, enderezado a limitar la aparente discrecionalidad que en este sentido posee el legislador. Aunque la Constitución no lo prescriba expresamente, que haya establecido este esquema de regla y excepción en materia de expropiación debe interpretarse como una exigencia de *razones cualificadas* para habilitar la procedencia de la vía administrativa.

Como se ha señalado líneas arriba, este requerimiento no significa que esta modalidad de expropiación ordinaria deba ser confinada a las situaciones extraordinarias (*v. gr.* estados de excepción) o que su aplicación deba reducirse a lo incidental o anecdótico, por ser siempre asociada a situaciones de extrema gravedad o urgencia para el funcionamiento del servicio público. La expropiación administrativa no ha sido constitucionalmente configurada como un instrumento anormal o extraordinario. Por ende, que su procedencia resulte justificada en casos extremos como los anteriormente señalados (estados de emergencia o situaciones de urgencia o extrema gravedad) no excluye su aplicación en supuestos normales pero en los cuales se esté frente a una *causa expropriandi* de gran significación a la luz del interés general.

Corresponde, entonces, al legislador identificar y tipificar criterios sustantivos justifiquen la excepción a la regla. El condicionante material atrás referido le impone la carga de acreditar que se está ante un *caso especial* en relación con la generalidad de expropiaciones proyectadas (sometidas a juicio ante los tribunales). Puesto que la especialidad no se construye sobre un criterio cuantitativo, sino cualitativo, la expropiación administrativa puede constituir un recurso habitual dentro del quehacer de la Administración. Ahora bien, puesto *no cualquier razón puede permitir exceptuar una regla*; menos aún cuando se trata de introducir una excepción al *privilegio* (generalizado) que sea *un juez imparcial quien declare la expropiación* previo análisis del caso, debe tratarse, como se ha comentado ya, de una autorización basada en *razones cualitativamente calificadas*

²¹⁹⁵ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²¹⁹⁶ *Idem*.

²¹⁹⁷ Esta exigencia ha sido plasmada, en materia urbanística, por el artículo 66 de la ley 388 de 1997.

que permitan fundamentar la especialidad del supuesto. Con todo, el criterio empleado por el legislador debe ser objetivo, razonable y proporcionado.

Adicionalmente, debe tener en cuenta si la expropiación proyectada busca atender una necesidad de utilidad pública o de interés social. Pese a que la Constitución no limita su empleo a hipótesis de expropiaciones fundadas en las primeras, la diferencia señalada de manera precedente entre una y otra forma de *causa expropriandi* permite postular el carácter (todavía más) restrictivo de la vía administrativa para expropiaciones basadas en un *interés social*. El carácter privado (socialmente relevante, pero, en últimas, privado) de los intereses que se sirven en estos supuestos *eleva las exigencias* respecto de la procedencia de esta forma expropiatoria.

331. Asimismo, además de señalar la *causa expropriandi* y habilitar a la Administración para efectuar directamente la privación legítima de las propiedades que demanda el interés general, el legislador debe precisar con claridad cuál es, en estos casos, la autoridad administrativa a la que se autoriza el ejercicio de la potestad expropiatoria. La ausencia de una legislación general en materia de expropiación administrativa en Colombia que regule este aspecto obliga a que así sea. La declaración de una necesidad de utilidad pública o de interés social y la eventual habilitación genérica a “todas las autoridades administrativas” o “entes competentes” posiblemente implicados con dicha causa resulta contraria a la Constitución²¹⁹⁸. El principio de seguridad jurídica y la garantía constitucional del derecho imponen, así, una exigencia de claridad y precisión adicional al legislador.

332. De igual forma resulta imperativa la definición del procedimiento a través del cual debe ejercitarse la potestad expropiatoria correspondiente. De lo contrario, la falta de un procedimiento general aplicable en esta materia conduce, como ocurre con la autorización prevista por el artículo 35 de la ley 105 de 1993 en materia de infraestructuras de transporte, a que se reconozca una potestad parcialmente inejecutable²¹⁹⁹. La regulación de este procedimiento debe atender

²¹⁹⁸ En este sentido, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la habilitación por medio de la cual, además de autorizar a una entidad en concreto para efectuar expropiaciones administrativas relacionadas con la *causa expropriandi* declarada, se reconocía este poder “a las demás entidades públicas a las cuales corresponde desarrollar proyectos en las zonas de desastre, riesgo e influencia”. Para la Corte Constitucional, esta fórmula no determina “con precisión la competencia para adquirir los inmuebles que se necesiten para el cumplimiento de los fines establecidos por vía de negociación directa o expropiación por vía administrativa”. Cfr. la sentencia C-370 de 1994, FJ 1.

²¹⁹⁹ Ciertamente, el artículo 35 de la ley 105 de 1993 facultó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, a los departamentos a través del gobernador y a los municipios a través de los alcaldes, para decretar la expropiación administrativa para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte. No obstante, en lugar de definir un procedimiento concreto, remitió a “las normas que regulen la materia”. La ausencia de cualquier reglamentación procesal en este campo y la imposibilidad de aplicar los procedimientos administrativos generales declarada por el Consejo de Estado (*vid.* Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 2 de septiembre de 1996), impidió el ejercicio de dicha potestad hasta 1997,

las exigencias del debido proceso administrativo (artículo 29 párr. 1 CC) y de protección jurídica del derecho que se desprenden de su garantía constitucional (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). Por ende, debe procurar una verdadera instancia de defensa del derecho y no un simple mecanismo de tasación de una indemnización justa. Ello supone, naturalmente, ponderar según las circunstancias propias del caso el interés general envuelto en la necesidad de utilidad pública o de interés social que busca ser atendida con la obligación de tutela jurídica de los intereses patrimoniales de los particulares afectados que pesa sobre las autoridades. Aunque variable según las particularidades del supuesto expropiatorio regulado por la ley²²⁰⁰, debe existir siempre un mínimo de procedimiento que asegure al expropiado su derecho de audiencia y defensa.

La adecuada estructuración del procedimiento resulta de singular importancia en materia de expropiación administrativa. De su apropiada estructuración depende en buena parte disipar los exagerados e infundados temores que suscitó su introducción por la Constitución de 1991²²⁰¹ y demostrar que, como ha señalado la Corte Constitucional, “la expropiación por vía administrativa no está prevista para facilitar el desconocimiento arbitrario de la garantía constitucional del derecho a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con justo título”²²⁰². En concordancia con este planteamiento, el procedimiento deberá estar estructurado de tal modo que haga posible la perfecta identificación del bien a expropiar, la exposición por parte de la Administración de las razones que justifican dicha determinación y la posibilidad de controversia por el propietario, la ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado como presupuesto de la tasación del *quantum* indemnizatorio, la orden de expropiar y la definición del valor de la indemnización a cancelar de forma previa a la privación del derecho, lo mismo que los eventuales recursos que pueden proceder sobre esta decisión ante la propia Administración antes de discutir su legalidad frente al contencioso administrativo²²⁰³.

2. La expropiación extraordinaria.

333. Se denomina extraordinaria a aquella expropiación que no se encuentra sometida a los presupuestos de validez del artículo 58 párr. 4 CC y opera bajo las

cuando la ley 388 se ocupó de regular este asunto para el caso de la expropiación administrativa urbanística. Con todo, dado que en este evento la procedencia de esta técnica expropiatoria está condicionada a la declaratoria de urgencia que en cada caso debe proferir la autoridad competente en el ámbito local autorizada por el concejo municipal o la junta metropolitana, la autorización legal conferida por la ley 105 ha resultado inejecutable en los niveles nacional y departamental.

²²⁰⁰ Vid. *supra* las consideraciones efectuadas al respecto en el apartado B-2.2-b) de este Capítulo.

²²⁰¹ Cfr. ESCOBAR ISAZA, H. y J. ALVEAR SANÍN. “Expropiación y... *Ob. Cit.* pp. 215 y ss.

²²⁰² Corte Constitucional, sentencia C-370 de 1994, FJ d).

²²⁰³ Sobre estos requerimientos, puede verse BARRERA CARBONELL, A. “La expropiación por vía... *Loc. Cit.*, p. 183.

especiales condiciones previstas por el artículo 59 CC²²⁰⁴. Es la llamada *expropiación en caso de guerra*²²⁰⁵; supuesto verdaderamente excepcional, para el cual *no hace falta la declaración legal* de la necesidad de utilidad pública o de interés social que sirve de base a la expropiación, *ni la garantía de un procedimiento* (judicial o administrativo), *ni la indemnización previa* del afectado. El hecho de no encontrarse sometida a los presupuestos que determinan la validez de las expropiaciones ordinarias no significa que se esté frente a una habilitación abierta o a una prerrogativa incontrolada. El artículo 59 CC señala tanto los requerimientos que condicionan el ejercicio de esta potestad excepcional, como las consecuencias de su utilización.

2.1. Presupuestos de validez de la expropiación extraordinaria.

334. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59 párr. 1 CC, la aplicación de la expropiación extraordinaria está condicionada por (i) la configuración objetiva de una situación de guerra y que (ii) se decrete por el Gobierno la necesidad de realizar este tipo de expropiaciones con el objeto atender los requerimientos de la guerra. Estos dos prerequisites son exigencias formales, aun cuando el último de ellos encierra un condicionamiento material adicional relacionado con el fin que la Constitución exige cumplir al decreto de habilitación del uso de esta técnica expropiatoria excepcional. Por no tratarse de una expropiación sin indemnización, su pago no constituye un presupuesto de validez del despojo sino *una consecuencia de su realización*: debe ser cancelada *ex post*. A continuación se examinarán los presupuestos fijados por la Constitución para la aplicación de este instrumento excepcional.

a) La declaración del estado de guerra exterior.

335. La verificación del primer requerimiento, esto es, la configuración de una situación objetiva de guerra, demanda la declaración formal del *estado de guerra exterior*. En consecuencia, no procede frente a cualquier situación de conflicto armado²²⁰⁶ y presupone el pronunciamiento oficial del Presidente de la República con la firma de todos los ministros que decrete la entrada en vigor de dicho *estado de excepción* (artículo 212 párr. 1 frase 1 CC)²²⁰⁷. Esto significa que esta forma

²²⁰⁴ **Artículo 59.-** En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. // En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. // El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

²²⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 1996, FJ 2.

²²⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-303 de 1997, FJ 3.

²²⁰⁷ *Idem*. Así lo ha dispuesto también, en desarrollo de lo previsto por los artículos 59 y 212 CC, el artículo 26 de la ley 137 de 1994, “por la cual se reglamentan los estados de excepción en Colombia”, incorporado en el Capítulo II de este estatuto, referente al estado de guerra exterior. De acuerdo con lo establecido por el artículo 214.2 CC, esta ley “regulará las facultades del

excepcional de expropiación no puede ser empleada por el Gobierno para afrontar perturbaciones internas que alteren el orden público. Frente a estas situaciones, en las cuales puede configurarse un supuesto diferente de estado de excepción, *la conmoción interior* (artículo 213 CC), de ser necesario, en ejercicio de las competencias normativas excepcionales que le asisten, el ejecutivo podrá prever las reglas especiales que juzgue conveniente introducir en materia expropiatoria; *pero siempre en el marco de las exigencias fijadas por la Constitución a la expropiación ordinaria*²²⁰⁸. Esto implica asimismo que en situaciones de ausencia de guerra no es éste el instrumento por medio del cual las fuerzas armadas pueden disponer la ocupación de bienes de propiedad privada. Esta clase de operaciones (asentamiento) están condicionadas a que exista “el consentimiento y la aceptación del propietario o del poseedor, y el negocio jurídico correspondiente, como el arrendamiento o el comodato”²²⁰⁹, o a que se efectúe su expropiación de conformidad con las exigencias habituales de este tipo de operaciones (artículo 58 párr. 4 CC). En últimas, como ha señalado la Corte Constitucional, si bien la Constitución encomienda y habilita a las fuerzas armadas para que patrullen y recorran el territorio nacional en sus zonas rurales y urbanas para preservar el orden público y unas condiciones adecuadas de convivencia –lo cual habilita, lógicamente, su desplazamiento²²¹⁰–, “ello no resulta incompatible con el respeto a derechos fundamentales como la propiedad privada u otros derechos que ejercen sus titulares en ella”²²¹¹.

b) La expedición por el Gobierno de un decreto en el que se autorice la realización de este tipo de expropiaciones con el objeto atender los requerimientos de la guerra.

336. Cumplido el anterior prerequisite de carácter genérico –el estado de excepción de guerra exterior constituye el trasfondo de la expropiación extraordinaria–, debe observarse otro de carácter específico: en ejercicio de las

Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales”. De ahí su carácter central en esta materia. Al abordar el análisis de constitucionalidad del referido artículo 26, la Corte Constitucional no encontró objeción alguna a este desarrollo. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, revisión del artículo 26 de la ley 137 de 1994. En contraste con esta regulación, que limita la procedencia de esta figura a la guerra exterior, la ley 56 de 1890, que desarrolló esta materia en vigencia de la Constitución de 1886, preveía en su artículo 27 la posibilidad de hacer uso de este recurso también en supuestos de *guerra civil*.

²²⁰⁸ Así, p. ej., en la sentencia C-370 de 1994, al efectuar la revisión de un decreto expedido por el Gobierno bajo estado de excepción declarado por la verificación de un supuesto de grave calamidad pública (artículo 215 CC), la Corte Constitucional estimó legítimo hacer uso de las excepcionales facultades normativas que se reconoce al ejecutivo en estos eventos para establecer una regulación especial en materia de *expropiación administrativa* en la zona de desastre. De igual modo, en la sentencia C-060 de 1993, estimó igualmente legítima la regulación especial que en materia de la negociación directa e inicio del trámite de una *expropiación judicial* efectuó el Gobierno en un estado de *conmoción interior*.

²²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia T-434 de 1993, FJ Segundo B-1.

²²¹⁰ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-651 de 1996, SNFJ.

²²¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-434 de 1993, FJ Segundo B-2.

facultades que le confiere el estado de excepción, el Gobierno debe expedir un decreto en el cual se declare la necesidad de efectuar expropiaciones extraordinarias. Este decreto debe atender a la exigencia de motivación cualificada que el artículo 59 establece como un sub-requisito de fondo: la autorización contenida en este decreto debe tener como finalidad atender las necesidades de la guerra.

337. Puesto que se trata de una potestad excepcional, que únicamente puede ser utilizada en cuanto resulte necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la previsión de su uso por el Gobierno y en la medida de lo estrictamente indispensable, el referido decreto de habilitación debe precisar con claridad cuáles son las necesidades que se busca atender (*causa expropriandi*) y los medios a través de los cuales se pretende conseguir tal objetivo (objetos expropiables). Los principios de proporcionalidad y certeza jurídica –y con ellos, la garantía del derecho– desempeñan aquí un papel de límite fundamental. Mal podría entenderse legítima una habilitación genérica, ilimitada e incondicionada; que sustraiga a esta clase de actuaciones de cualquier referente objetivo de control. La fiscalización de la observancia de estos requerimientos está a cargo de la Corte Constitucional, órgano a quien la Constitución encomienda de forma general el control automático de la constitucionalidad de los decretos adoptados por el Gobierno en los estados de excepción (artículos 214.6 y 241.7 CC). De igual forma, a efectos de evitar la arbitrariedad, el referido decreto debe señalar cuáles son las autoridades concretamente revestidas de esta prerrogativa. Asimismo, y teniendo en cuenta que esta modalidad expropiatoria *excluye la garantía de la indemnización previa, pero no la indemnización en sí*, el Gobierno debe establecer el procedimiento a seguir para tasar su valor²²¹². Esto implica determinar la autoridad encargada de este trámite, lo mismo que los medios, las condiciones y los plazos de pago. El principio de seguridad jurídica y la garantía constitucional del derecho de propiedad elevan estos requisitos. Que se esté frente a una figura excepcional, procedente bajo situaciones de extrema gravedad como la guerra exterior, no puede significar la abrogación de mínimas garantías inherentes al Estado de Derecho. Lejos de pretender entorpecer el normal desarrollo de esta clase de operaciones excepcionales –en últimas, el principio de solidaridad impone apoyar a las autoridades a mantener la independencia e integridad nacionales y la propiedad está lejos de ser un derecho absoluto–, se trata de asegurar un mínimo razonable de seguridad jurídica en torno a las garantías que la Constitución misma autoriza a *limitar pero no suprimir*.

c) ¿Especifica el legislador los requisitos genéricos que define el artículo 59 párr. 1 CC?

338. Con ser cierto que la notoria amplitud de los presupuestos habilitantes de la expropiación extraordinaria previstos por la Constitución facilita su utilización en una situación tan excepcional como el estado de guerra exterior, no lo es

²²¹² Este último requisito es señalado por el artículo 26 párr. 3 de la ley 137 de 1994.

menos que la holgura de sus márgenes amerita un desarrollo legal adecuado, que armonice la urgencia de asegurar la prevalencia de la necesidad de interés general envuelta en esta situación con un mínimo de garantía del derecho. Máxime cuando la propia Constitución prevé en su artículo 214.2 frase 3 CC que “[u]na ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales”²²¹³. La sola exigencia de un requisito formal genérico –la declaratoria del estado de excepción– y de otro formal específico –el decreto de autorización del uso de esta técnica– condicionado a asegurar la concurrencia de unos fines bastante indeterminados, haría esperable que en cumplimiento de esta responsabilidad encomendada, el legislador detallaría las condiciones que debería atender el Gobierno al expedir el decreto que autoriza el uso de la expropiación en caso de guerra.

339. No obstante, ello no ha sido así. O no al menos con el suficiente nivel de claridad y detalle que la Constitución parece exigir. Por esta razón resulta insatisfactorio el desarrollo legal del artículo 59 constitucional plasmado en el párr. 3 del artículo 26 de la ley 137 de 1994. De acuerdo con esta última disposición “[e]l decreto legislativo que consagre estas medidas señalará el procedimiento para fijar el monto de la indemnización ocasionada por motivo de la expropiación y establecerá la manera de asegurar la responsabilidad del Estado. En todo caso y a petición de parte la decisión será revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Como se puede observar, en él se contempla únicamente la garantía del procedimiento para la tasación de la indemnización y se alude de forma genérica al deber de asegurar la responsabilidad del Estado, sin precisar ningún aspecto relacionado con la forma, las condiciones o los plazos de pago. Tampoco se exige la predeterminación o especificación de los fines que se busca satisfacer con esta herramienta excepcional, los medios a través de los cuales se proyecta conseguir su realización, ni las autoridades a las que se reconoce esta potestad²²¹⁴. Aunque

²²¹³ Sobre la ley estatutaria como tipo de ley previsto por la Constitución colombiana (artículo 152 CC), *vid.* SIERRA PORTO, H. *Concepto y tipos de... Ob. Cit.*, pp. 282 y ss. También *cfr. supra* el apartado E-3 del Capítulo Segundo de este trabajo.

²²¹⁴ Que el artículo 59 párr. 3 contenga un principio general de responsabilidad pública, según el cual “[e]l Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno efectúe por sí o por medio de sus agentes”, no puede significar la exclusión de una regulación legal al respecto. Nada obsta, a mi juicio, para que el legislador desarrolle este enunciado y determine los supuestos en los cuales puede configurarse tal responsabilidad. Si bien el vacío legal actual puede representar *en principio y en teoría* una garantía patrimonial para los ciudadanos, *en la práctica* puede generar incentivos perversos y acabar por agravar la precaria situación que experimenta la garantía del derecho de propiedad en el estado de guerra exterior. La notable indeterminación y falta de detalle del artículo 26 de la ley 137 de 1994 contrasta con la regulación que de esta figura se efectuó en vigencia de la Constitución anterior, mediante la ley 56 de 1890. Allí no sólo se identificaba a las autoridades que disponían de esta prerrogativa excepcional, sino los fines que podían justificar su uso y las circunstancias que se debían verificar para ello (artículos 27-30), así como una exigencia formal para la expropiación –especialmente relevante en el caso de bienes muebles– enderezada a asegurar el derecho a indemnización de los expropiados y a salvaguardar

resulta comprensible que estos extremos no se precisen en concreto (taxativamente) en la ley, no puede decirse lo mismo del hecho de no haber impuesto expresamente al Gobierno la obligación de tenerlos en cuenta en el decreto que autoriza el uso de este recurso excepcional. Esta indeterminación genera un amplio espacio de discrecionalidad administrativa que puede resultar conflictiva y desembocar en excesos. De ahí que a pesar de no encontrarse explicitados en el enunciado legal que regula esta figura, en ejercicio del control automático de constitucionalidad que incumbe a la Corte Constitucional sobre los decretos expedidos en vigencia de los estados de excepción, al fiscalizar aquellos que autorizan esta modalidad expropiatoria, en aras modular la amplísima discrecionalidad que resulta de su regulación legal, el juez constitucional deba enfatizar la necesidad de atender a estos elementos²²¹⁵. Se trata, en últimas, de una exigencia que se deriva de la obligación implícitamente impuesta por el legislador al Gobierno en el sentido de establecer “la manera de asegurar la responsabilidad del Estado” (artículo 26 párr. 3 frase 1 *in fine*).

240. La referida obligación de prever mecanismos que aseguren la responsabilidad del Estado y el reconocimiento a los afectados de la posibilidad de controvertir judicialmente la decisión adoptada por la Administración en punto al monto indemnizatorio son elementos que buscan mitigar la situación de incertidumbre jurídica que resulta de la falta de concreción del artículo 26 párr. 3 de la ley 137 de 1994. No obstante, como se ha señalado con anterioridad, si bien los mecanismos *ex post* como el control judicial de la decisión y la responsabilidad patrimonial del Estado representan formas de tutela importantes para la propiedad privada, no puede confiarse solamente a ellas la realización de la garantía constitucional del derecho. La garantía de procedimiento como mecanismo de control y forma de protección *ex ante* del derecho no puede ser completamente desechada. Que en un estado de excepción como la situación de guerra exterior ésta no puede gozar de la misma efectividad que se le reconoce en condiciones de normalidad es una obviedad; lo mismo que el hecho que ella ha de ser ponderada con la gravedad de las circunstancias y la posible urgencia de la necesidad de privar a un particular de sus bienes para disponer de ellos o de sus frutos para atender los requerimientos del conflicto armado. Sin embargo, también lo es que dicha ponderación no puede suponer más que *una restricción* del derecho y de las garantías propias del Estado de Derecho. Mal podría una situación ya crítica como una guerra exterior agravarse por la actuación arbitraria y desproporcionada de las propias autoridades. De ahí que resulte plausible

al fisco de reclamaciones injustificadas. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33 de esta ley, “[d]e toda expropiación que se verifique en tiempo de guerra, sea por las autoridades políticas o por las militares, se dejará la debida constancia y se entregará al interesado el documento respectivo que le sirva de prueba legal para hacer valer sus derechos oportunamente. Si eso fuere absolutamente imposible en el momento de la expropiación, se verificará en la primera oportunidad”.

²²¹⁵ Máxime cuando la Corte tuvo ya oportunidad de examinar la constitucionalidad del referido artículo 26 de la ley 137 de 1994 y esta circunstancia no ameritó comentario alguno. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, revisión del artículo 26.

reivindicar la necesidad de atender mínimamente requisitos razonables como los aquí señalados.

241. En esta misma línea, y aunque ni la Constitución ni la ley hagan mención explícita ni implícita de ello, resulta igualmente plausible que también esta forma de expropiación esté precedida por un *mínimum* de negociación voluntaria con el propietario del bien. En conexión con la garantía de procedimiento antes referida, la decisión concreta de expropiar un determinado bien debe presuponer un *mínimo diálogo con el afectado* que permita llegar a un acuerdo sobre la puesta a disposición de las autoridades del respectivo bien. Lógicamente, de no resultar posible dicho acuerdo, deberá procederse a su expropiación. Con todo, la natural prevalencia del interés general no puede llevar a relevar al ordenamiento jurídico de su obligación de definir instancias y procedimientos adecuados para evitar que la toma de bienes privados por razones de urgencia se confunda con el simple pillaje²²¹⁶.

242. En suma, corresponde a la Corte Constitucional, como órgano responsable de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 párr. 1 CC) y del control automático de la decisión del ejecutivo de autorizar el recurso a la expropiación extraordinaria en caso de guerra exterior (artículo 241.7 CC), efectuar una interpretación *pro libertate* de la regulación prevista por el artículo 26 de la ley 137 de 1994 que subsane las imprevisiones del legislador. Además de fiscalizar la definición del procedimiento de tasación de la indemnización y las vías procesales pertinentes para hacer efectiva la responsabilidad del Estado (artículo 26 párr. 3 de la ley 137 de 1994), la armonización de esta figura con la garantía del derecho y con elementales requerimientos del Estado de Derecho le imponen verificar la predeterminación de las autoridades a las que se reconoce dicha prerrogativa, los fines para los cuales puede ser empleada, los bienes sobre los cuales puede ejercitarse con miras a la realización de la finalidad proyectada, un mínimo de procedimiento previo y la definición de algunos criterios para la determinación del monto de la indemnización y de sus condiciones de pago.

2.2. Consecuencias de la utilización de la expropiación extraordinaria.

243. Consciente del carácter altamente restrictivo de la garantía del derecho del reconocimiento de esta modalidad expropiatoria, el propio texto constitucional contiene una regulación especial de las consecuencias de su utilización. Por una parte, ha previsto y garantiza las consecuencias indemnizatorias que desata la práctica de esta clase de expropiaciones. Por otra, ha modulado los efectos que

²²¹⁶ En últimas, como lo expresa la Corte Constitucional a propósito de un conflicto surgido con ocasión de la ocupación de un predio privado fuera de las circunstancias excepcionales del artículo 59 CC, “las autoridades militares también están obligadas, en todas sus gestiones, por la aludida garantía constitucional y, en consecuencia, no les está permitido actuar simplemente de hecho, para crear situaciones que no obedezcan a los mandatos de la Constitución y de la ley. Aceptar lo contrario significaría desconocer los fundamentos mismos del Estado de Derecho” (subrayado del texto). *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-303 de 1997, FJ 3.

produce la privación del derecho sobre su titularidad en función de la clase de bien sobre el cual recae la expropiación. Para ello ha establecido su carácter definitivo en unos casos y temporal en otros.

a) Consecuencias indemnizatorias de la expropiación extraordinaria.

244. *La extraordinaria no es una expropiación sin indemnización.* Después de la reforma constitucional realizada en 1999 (Acto legislativo No. 01) dicha modalidad expropiatoria fue definitivamente abolida del ordenamiento jurídico colombiano. Es una expropiación sin indemnización *previa*; cuyo pago se encuentra garantizado, de todos modos, por el propio texto constitucional. No otra conclusión puede obtenerse de lo dispuesto por el artículo 59 párr. 3 CC, de acuerdo con el cual, en clara referencia a los supuestos de guerra, “[e]l Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”. La ausencia de una referencia explícita en cuanto a su medida y la no exclusión expresa del carácter *justo* de la indemnización, permiten sustentar la aplicación de la regla general establecida en materia expropiatoria por el artículo 58 párr. 4 frase 2, esto es, *el carácter reparatorio de este pago*. Puesto que esta modalidad de expropiación es siempre administrativa –en cuanto no supedita a la intervención judicial ni la decisión de expropiar, ni la tasación del monto indemnizatorio-, corresponde al ejecutivo determinar su función, su monto y su forma de pago en el decreto que autoriza el uso de este recurso.

245. Toda vez que en este caso el pago de la indemnización no constituye un presupuesto para la realización de la operación expropiatoria, sino su consecuencia, la efectividad de esta garantía depende, en concreto, de *una adecuada reglamentación de los procedimientos para su definición, reclamación y cancelación*. Esto implica, como se ha señalado atrás, más que la mera articulación de un procedimiento para su tasación. Supone también la identificación de las autoridades responsables de este trámite; la definición de los plazos, medios y condiciones de pago, lo mismo que de las instancias a las cuales deben dirigirse los afectados y las vías que han de utilizarse para este fin. Se trata, entonces, de una obligación que la Constitución impone al Estado en caso que decida hacer uso de este recurso extraordinario. Por esta razón, a pesar de la indeterminación que en este sentido acusa la regulación legal de este instrumento (artículo 26 de la ley 137 de 1994)²²¹⁷, es el Gobierno su principal destinatario. A él corresponde

²²¹⁷ La falta de detalle de este enunciado, que alude simplemente al deber que asiste al ejecutivo de definir el “procedimiento para fijar el monto de la indemnización ocasionada por motivo de la expropiación” y establecer “la manera de asegurar la responsabilidad del Estado”, mal puede significar una habilitación genérica del legislador al ejecutivo para obrar incondicionadamente en las circunstancias excepcionales que desatan el Estado de guerra exterior. Como se ha señalado con anterioridad, a pesar de su textura abierta, los enunciados del texto legal admiten –y exigen– una interpretación *pro libertate* que constriña el margen de apreciación del Gobierno y asegure un mínimo de certeza jurídica a los afectados por las actuaciones expropiatorias que sean practicadas en vigencia de este estado de excepción.

atender esta obligación en los decretos que expida bajo el estado de guerra exterior autorizando esta expropiación para atender los requerimientos de la confrontación; y al juez constitucional, fiscalizar su cumplimiento (artículo 241.7 CC).

246. Que el artículo 59 CC no prevea expresamente la ponderación de los intereses de la comunidad y del afectado como presupuesto para la tasación de la indemnización expropiatoria en estos casos no quiere decir que el legislador y la Administración se encuentren desprovistos de todo margen de apreciación para definir los criterios que deben emplearse para fijar el valor de la indemnización. Según se ha mencionado ya, en desarrollo del artículo 59 CC -y concretamente de su párr. 3-, el artículo 26 párr. 3 de la ley 137 de 1994 dispone que el Gobierno, en el decreto que autoriza la utilización de este medio, deberá definir el procedimiento para fijar el monto de la indemnización debida por motivo de la expropiación y establecer la manera de asegurar la responsabilidad del Estado. Y señala, además, que “en todo caso y a petición de parte la decisión será revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa”. La previsión legal de acuerdo con la cual le corresponde al Gobierno “asegurar la responsabilidad del Estado” puede interpretarse en el sentido anteriormente señalado, esto es, como fuente de la obligación que pesa sobre el ejecutivo de determinar con precisión los distintos elementos necesarios para que los afectados reciban la correspondiente indemnización y se haga efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado (*i. e.* autoridad a cargo de tasar la compensación; medio, plazo y condiciones de pago; vías de reclamación, etc.). Mas también puede -y debe- interpretarse en el sentido de constituir una habilitación para que en el referido decreto el Gobierno defina los criterios necesarios para garantizar su responsabilidad frente a los afectados por los despojos efectuados. Dicho enunciado debe entenderse, así, en un doble sentido: formal y material a la vez. Lo primero, como reclamo de un contenido mínimo en el articulado del decreto que autoriza el uso de la expropiación extraordinaria como forma de asegurar *operativamente* la responsabilidad del Estado; lo segundo, como una exigencia de previsión de criterios que aseguren *materialmente* la reparación de los perjuicios ocasionados a los propietarios expropiados.

247. La conformidad con la exigencia de justicia material de la indemnización de los criterios (generales y abstractos) definidos por el ejecutivo para orientar la definición de su monto debe ser fiscalizada por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad automático que le confía la Carta sobre los decretos de estado de excepción (artículos 214.6 y 241.7 CC). Al juez contencioso administrativo corresponde, por otra parte, según lo previsto por el artículo 26 párr. 3 frase 2 de la ley 137 de 1994, *el control* posterior y eventual de *la justicia concreta* de cada indemnización otorgada por la administración a los afectados por esta clase de medidas. Se trata de una intervención a instancias del interesado. Frente a la indeterminación legal que rige esta materia, la intensidad de este control estará determinada por la mayor o menor densidad de la regulación que de la potestad de fijar la indemnización en estos supuestos

contenga el decreto que en un determinado estado de guerra exterior autoriza el uso de este recurso²²¹⁸. De no ser especificados por el referido decreto, dicha actividad administrativa carecerá de criterios previos que la predeterminen; por lo cual habrá de asumirse, al amparo del derecho, que la tasación de la indemnización deberá seguir la regla general en materia de indemnizaciones expropiatorias prevista por la Constitución. En consecuencia, deberá tratarse de una indemnización reparatoria y ser cancelada en efectivo.

b) Consecuencias sobre la titularidad del bien afectado por la expropiación.

248. Aunque la Constitución ampara indistintamente con la garantía indemnizatoria a toda expropiación extraordinaria practicada, prevé distintos efectos sobre la titularidad del derecho afectado según la clase de bien sobre el cual recaiga. Siguiendo la línea trazada por el artículo 33 de la Constitución de 1886, el artículo 59 CC distingue entre el *efecto definitivo* de la privación expropiatoria de los bienes muebles y el *efecto temporal* del despojo de los inmuebles²²¹⁹. A diferencia de lo que ocurre de ordinario con el instituto expropiatorio, que supone el sacrificio de un derecho de propiedad porque el interés general demanda su paso a manos públicas, su transformación o supresión, y conlleva, por ende, su *abatimiento definitivo*; en el supuesto de la expropiación extraordinaria la propia Constitución ha restringido de forma expresa la procedencia de este efecto únicamente a los bienes muebles. Esto, por cuanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59 párr. 2 CC, “la propiedad inmueble sólo podrá ser *temporalmente ocupada* para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos” (cursivas fuera de texto). Esto

²²¹⁸ La relación entre la densidad de un enunciado normativo que regula o programa una determinada actividad administrativa y la intensidad del control judicial que se ejerce sobre ella es destacada por BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 75 y ss.

²²¹⁹ Si bien una revisión a la historia constitucional permite observar la paulatina tipificación de la extraordinaria como supuesto expropiatorio especial a base de prever la flexibilización de las condiciones impuestas para la procedencia de la expropiación ordinaria (así, primero, en cláusula que se convertiría en habitual a partir de entonces, el artículo 5 de la Constitución de 1853 previó que en el supuesto de expropiación en caso de guerra la indemnización podía no ser previa; y luego, en una previsión que también sería recogida más adelante por el artículo 15.5 de la Carta de 1863, el artículo 56.3 de la Constitución de 1858 estableció además que la necesidad de la expropiación podía ser declarada por autoridades que no fueran del orden judicial), sería hasta el artículo 33 de la Constitución de 1886 que el efecto de la expropiación en caso de guerra comenzaría a distinguirse en función del objeto sobre el cual recae. De acuerdo con esta disposición: “[e]n caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización. // En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. // La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

significa que si bien la propiedad raíz puede resultar legítimamente afectada por las necesidades públicas procedentes de la guerra, los gravámenes que así le sean impuestos tendrán *vocación de transitoriedad*, es decir, *no supondrán una privación definitiva del derecho de propiedad afectado*. Por esta razón, *el propietario de un bien inmueble que durante el periodo de guerra se haya podido haber visto total o parcialmente privado de él como consecuencia de la actividad desplegada por la Administración no pierde su derecho; éste simplemente cede temporalmente frente a la prevalencia y urgencia de la necesidad pública, que una vez agotada le permitirá recuperar plenamente las facultades que le fueron restringidas con ocasión de la guerra.*

249. Debido a su carácter temporal, la expropiación sobre un bien inmueble decretada en caso de guerra no supone, entonces, *ni la sustracción definitiva del derecho del patrimonio de su titular, ni su ingreso en firme al de la Administración*. El carácter coyuntural de su necesidad explica esta circunstancia. El propio texto constitucional refleja esta situación. Ello se aprecia tanto en la referencia concreta al carácter temporal de la ocupación de esta clase de bienes (artículo 59 párr. 2 CC), como en el condicionamiento de su procedencia a unos objetivos específicos acotados en el tiempo por la duración del evento al cual se encuentran supeditados: atender las necesidades de la guerra o destinar a ella sus productos (artículo 59 párr. 2 *in fine* CC). Tan pronto cesa la guerra exterior, el Gobierno debe declarar restablecido el orden público, levantar el estado de excepción (artículo 214.4 CC) y procurar el regreso de las cosas a la normalidad. Esto último implica el desalojo de los predios o instalaciones privadas circunstancialmente ocupadas. De lo contrario surge la obligación de gestionar su expropiación definitiva de conformidad con el régimen general de la expropiación ordinaria o de asumir las consecuencias patrimoniales (y legales) de su *ocupación permanente*²²²⁰.

Este tratamiento desigual entre bienes muebles e inmuebles se explica a partir de diferencias objetivas relacionadas con la naturaleza y características que registra cada uno de ellos, lo mismo que de la preocupación por el respeto a la garantía de estabilidad de la propiedad en manos de su propietario. Así, por una parte, las distintas funciones que a la causa de la guerra pueden prestar estos bienes constituyen una primera explicación de esta regla: mientras que los bienes muebles están llamados a ser empleados de manera inmediata y directa en el conflicto (piénsese, por ejemplo, en vehículos, armas de fuego, munición, medicamentos, uniformes, alimentos, metales, animales de carga, equipos informáticos, palomas mensajeras, etc.), los inmuebles prestan otra clase de servicio. Bien permiten la construcción de cuarteles, hospitales, depósitos u otro tipo de instalaciones necesarias para el alojamiento de las fuerzas, su asistencia o

²²²⁰ Al respecto, *cfr.* la sentencia C-864 de 2004 de la Corte Constitucional y las observaciones efectuadas al respecto *supra* en el apartado E-1.2-c') del Capítulo Cuarto de esta investigación. Recuérdese que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 220 CCAC, examinado en la referida sentencia C-864 de 2004, “[s]i se tratare de ocupación permanente de una propiedad inmueble, y se condenare a una entidad pública, o a una entidad privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada, *la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio*” (cursivas fuera de texto).

apoyo logístico; o bien les proveen, en caso de fábricas, cultivos o centros de comunicaciones, de elementos indispensables para el desarrollo de la confrontación. Por esta razón *su uso es esencialmente coyuntural y su necesidad, transitoria*. Ello, sumado al carácter no consumible de los bienes inmuebles, justifica que finalizada la contienda y levantado el estado de excepción, sin perjuicio de la preceptiva indemnización, estas propiedades retornen a sus propietarios. No ocurriría lo mismo, en cambio, con los bienes muebles. Tanto las particularidades de la necesidad que justifica su despojo (que pueden suponer su consumo, destrucción o deterioro significativo), como sus características intrínsecas (bienes eventualmente consumibles o significativamente afectados por el uso), pueden sencillamente impedir o desaconsejar (por inicua) esta restitución.

c) Implicaciones indemnizatorias del distinto tratamiento previsto en materia de expropiaciones extraordinarias según recaigan sobre bienes muebles o inmuebles.

250. El diferente efecto que acarrea la expropiación extraordinaria sobre el patrimonio del afectado repercute, lógicamente, en el tratamiento indemnizatorio que ha de recibir el afectado. Sin embargo, no altera la naturaleza ni la función de la indemnización. Así, si bien, como lo establece el artículo 59 párr. 3 CC, trátase de bienes muebles o inmuebles “[l]a Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”, es evidente que los criterios empleados para calcular su valor deben variar en función de la clase de bien que resulte afectado. Mientras que en el caso de los bienes muebles el precio de mercado puede cumplir un importante papel de referencia, en el supuesto de los inmuebles deberán utilizarse otros criterios que permitan tasar razonablemente un estimado de la pérdida experimentada por el propietario durante el tiempo por el cual fue privado de su bien (o de sus frutos) y de los eventuales costes de reparación del mismo (si éste sufrió alguna clase de daño o deterioro por el uso que le fue dado). De lo contrario, de fijar el monto de la indemnización con base en el criterio prevalente del precio comercial del bien, el efecto apenas temporal constitucionalmente impuesto a la privación de bienes raíces conduciría a que se produjera un enriquecimiento sin causa a favor del particular y a expensas de la Administración.

251. Esto no significa que la indemnización pierda su naturaleza expropiatoria y mude en un caso especial de resarcimiento de daño antijurídico -con la particularidad de ser constitucionalmente previsto-. La referencia expresa a la ocupación temporal del bien -supuesto típico de responsabilidad extracontractual del Estado²²²¹- no puede generar esta confusión. Si bien en un

²²²¹ Así lo prevé explícitamente el artículo 86 párr. 1 CCAC, que regula la “acción de reparación directa”. Por medio de esta acción “[l]a persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o

primer momento parece remitir a dicho régimen, una consideración detenida del artículo 59 CC en sus diferentes apartados permite apreciar que en él se condensa integralmente el régimen especial de la expropiación extraordinaria. Mal podría entonces fraccionarse esta regulación y entenderse que su texto contempla un supuesto expropiatorio (el de los bienes muebles) y otro de responsabilidad extracontractual (el de los bienes inmuebles). Las consecuencias de esta interpretación no solamente serían asistemáticas, sino claramente disfuncionales e inconvenientes. Implicaría, entre otras, sujetar únicamente las primeras a los presupuestos de validez y a las consecuencias antes reseñadas, previstas por el artículo 59 párr. 1 CC respecto de las expropiaciones en caso de guerra. Por ende, los despojos practicados sobre inmuebles no sólo quedarían fuera de las exigencias formales y materiales del artículo 59 párr. 1 CC, sino también de la garantía indemnizatoria prevista por el párr. 3 de esta disposición. En consecuencia, el pago de la correspondiente indemnización dejaría de ser una obligación constitucional y legal impuesta por el sólo hecho de haberse realizado el despojo en las condiciones señaladas (i. e. *consecuencia obligada de la expropiación extraordinaria*), cuya tasación debe ser efectuada por las autoridades respectivas, so pena de comprometer institucionalmente la responsabilidad patrimonial de la entidad y personalmente su responsabilidad disciplinaria y penal, para pasar a ser una obligación que debe ser judicialmente declarada en un proceso de responsabilidad, a semejanza de cualquier otra ocupación temporal efectuada por la Administración.

252. En esta misma línea, tampoco puede mudar la naturaleza de la indemnización el hecho que su obligación de pago sea posterior y no se traduzca en la subsiguiente transferencia de dominio del bien “expropiado” a manos del Estado. Si bien tanto en los casos de expropiación (artículos 58 y 59 CC) como de responsabilidad patrimonial del Estado por lesiones antijurídicas (artículo 90 CC) se está, en un sentido *lato*, frente a actuaciones de la Administración que suponen una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas que debe ser compensada, sus presupuestos, objeto, alcance, fundamentos y finalidad difieren. La indemnización es un factor común; pero la Constitución separa sus regímenes con el ánimo de deslindar dos instituciones que a pesar de ser parte de la garantía patrimonial de los ciudadanos, desempeñan en ella funciones distintas y se sitúan en niveles de protección diferentes²²²². Por esta causa la indemnización expropiatoria no puede ser asimilada a una indemnización por daños y perjuicios otorgada en un proceso de responsabilidad patrimonial del Estado²²²³. De este modo, si bien nada impide al legislador o a la Administración -con base en una autorización legal- prever unilateralmente indemnizaciones que resarzan daños antijurídicos ocasionados por sus actuaciones -anticipándose así a una condena judicial-, ello no constituye una obligación constitucional impuesta por el artículo

la *ocupación temporal* o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

²²²² Al respecto, *vid. supra* las consideraciones efectuadas en el apartado B-3.2-b) de este Capítulo.

²²²³ Corte Constitucional, sentencia C-1074 de 2002, FJ 3.3.1.3. También la sentencia C-476 de 2007, FJ 3.1. En igual sentido, véase KIMMINICH, O. “La propiedad en la... *Loc. Cit.*, pp. 169 y ss.

90 CC, ni permite asimilar el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos a su responsabilidad por actos de expropiación. De ahí que no se pueda desconocer que aunque limitada temporalmente en sus efectos y desprovista de la función tradicional de transferencia de bienes, la expropiación de inmuebles en caso de guerra representa también un *supuesto expropiatorio*, no un caso de responsabilidad extracontractual del Estado. Las palmarias diferencias que en estos extremos presenta este supuesto expropiatorio en relación con el funcionamiento habitual del instituto se explican, lógicamente, por la especialidad de su tipo: no en vano constituye una de las formas de la expropiación extraordinaria previstas en la Constitución.

Capítulo Sexto:

La extinción del dominio

“¿Será suficiente con poner los pies en un terreno común para pretender convertirse en su dueño?”

J. J. ROUSSEAU²²²⁴

253. La última y más severa forma de intervención estatal en el ámbito de la propiedad constitucional es la extinción del dominio. Más que una simple incursión en la esfera protegida del derecho, representa un verdadero atentado en su contra amparado por la Constitución. De acuerdo con lo establecido por el artículo 34 párr. 2 CC, por sentencia judicial se podrá *declarar extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social*. Recogiendo la tradición jurídica nacional en la materia, la Corte Constitucional ha entendido que, aunque no previsto expresamente por dicho enunciado, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la función social de la propiedad (artículo 58 párr. 2 CC) constituye asimismo un supuesto en el que procede la aplicación de esta potestad²²²⁵. Como su nombre lo indica, la extinción del dominio implica la *pérdida del derecho*. Con todo, éste no desaparece, simplemente fenece la titularidad en cabeza de quien hasta entonces era su propietario y opera su traspaso a favor del Estado. La Constitución autoriza así a que mediante declaración judicial –nunca administrativa²²²⁶– y frente a la configuración de alguna de las hipótesis previstas por el artículo 34 párr. 2 CC o por el no cumplimiento de la vinculación social del derecho se prive a una persona a favor del Estado de una o varias posiciones jurídicas amparadas por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Bien se trate de problemas relacionados con la legitimidad del título de adquisición del derecho, bien con la legitimidad de su ejercicio, esta prerrogativa permite al Estado *desvirtuar el derecho de propiedad y transferirlo a manos públicas*.

254. Este resultado aproxima a la extinción del dominio a otras figuras como la expropiación o la confiscación; sin embargo, se trata de instituciones claramente diferenciables. A diferencia de la primera, aquella *no supone ni un sacrificio de la propiedad exigido por el interés general, ni el pago de una indemnización que asegure la*

²²²⁴ ROUSSEAU, J. J. *El contrato social*... Loc. Cit., p. 21.

²²²⁵ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6. En sentido análogo, véase las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-066 de 1993, SNFJ; C-216 de 1993, FJ C 2; C-389 de 1994, FFJJ 2 y 3; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31.

²²²⁶ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-674 de 1999, FFJJ 6.4 y 6.9. En este mismo sentido, *cfr.* las sentencias C-409 de 1997, FJ 3 o C-740 de 2003, FJ 77. Se trata, con todo, de una cuestión polémica. Sobre este punto, en detalle, véase *infra* los apartados B-1.2 y B-4 de este Capítulo.

tutela del derecho en forma de su garantía de valor²²²⁷. Tampoco puede ser practicada por la Administración²²²⁸, ni siquiera de manera excepcional, como lo prevé respecto de la expropiación el artículo 58 párr. 4 frase 3 CC. Adicionalmente, puesto que tiene por objeto la represión de los derechos ilegítimamente adquiridos o ilegítimamente ejercitados, la extinción del dominio conlleva siempre su traspaso a manos públicas²²²⁹. Por otra parte, en contraste con la figura de la confiscación, expresamente prohibida por el artículo 34 párr. 1 CC, *la extinción del dominio no representa una privación arbitraria ni desproporcionada; tampoco constituye una pena, ni envuelve la generalidad de los bienes del afectado, ni posee la connotación política que generalmente le es asociada a aquella*²²³⁰. *Representa una potestad o prerrogativa pública* cuyo alcance y requisitos de aplicación se encuentran regulados por la propia Constitución. De ahí que, según se ha mencionado ya, únicamente puedan ser cubiertos por ella los bienes adquiridos por enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público, con grave deterioro de la moral social (artículo 34 párr. 2 CC), o aquellos en los cuales el derecho ha sido ejercido en contravía de su función social (artículo 58 párr. 2 CC); y sólo hasta el monto de la adquisición no protegida constitucionalmente en los primeros tres casos, o sobre la porción indebidamente aprovechada en el último - lo lícitamente adquirido y legítimamente utilizado escapa de la aplicación de esta medida-²²³¹. Sus fundamentos, sus características, su alcance, su finalidad y sus presupuestos de procedibilidad permiten, pues, deslindar el ámbito jurídico-constitucional de esta figura.

255. El presente capítulo tiene por objeto la revisión de estos elementos determinantes del régimen de la extinción del dominio en la Constitución. Con este fin, además de detenerse en el análisis de los aspectos más relevantes de cada

²²²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2. También las sentencias C-216 de 1993, FJ C 2 y C-740 de 2003, FJ 8.

²²²⁸ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-674 de 1999, FFJJ 6.4 y 6.9. En este mismo sentido, cfr. las sentencias C-409 de 1997, FJ 3 o C-740 de 2003, FJ 77.

²²²⁹ Aun cuando la transmisión al Estado del derecho tomado era también uno de los elementos clave de la concepción clásica del instituto expropiatorio, las transformaciones registradas por esta institución han llevado a que se prediquen de ella funciones distintas a la sola adquisición de bienes para la satisfacción de necesidades públicas. En consecuencia, sus efectos no se agotan ya en la mera transferencia de bienes de manos privadas a manos públicas. Vid. las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado B-3.1 del Capítulo Quinto de esta investigación.

²²³⁰ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6. También las sentencias C-374 de 1997, FJ C 4-1; o C-176 de 1994, FJ D 1 b). Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han resaltado el hecho que históricamente la confiscación se instituyó como “retaliación política contra los cabecillas de revueltas civiles” (Vid., con referencias, las sentencias de la Corte Constitucional, C-076 de 1993, FJ d o C-119 de 2006, FJ 5): el vencido no sólo podía terminar siendo aniquilado o en prisión, sino además despojado absoluta y arbitrariamente de sus bienes. Esta práctica fue abolida del ordenamiento constitucional colombiano desde el año de 1830. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 148 de la Constitución de ese año: “[q]ueda abolida la pena de confiscación de bienes, en la cual no se comprenden la de comisos y multas en los casos que determine la ley”. Esta prohibición fue reiterada en las constituciones de 1832 (artículo 192), 1843 (artículo 161), 1858 (artículo 56), 1863 (artículo 15), 1886 (artículo 34) y el artículo 34 de la Constitución actual.

²²³¹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-1.

uno de ellos, se identifican los dos tipos de extinción de extinción del dominio que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como válidos en el ordenamiento colombiano y se efectúa una aproximación a su regulación general en la Constitución. Este examen hace posible efectuar una reconstrucción unitaria y sistemática de esta figura, a la luz de la cual resultan apreciables situaciones que a pesar de su arraigo en la tradición jurídica colombiana dificultan la compatibilidad de algunas de las formas de desarrollo legal de la extinción del dominio tanto con el régimen constitucional de los derechos fundamentales en general, como con aspectos puntuales de la disciplina de la propiedad privada en la Carta en particular. De aquí que aun cuando la exposición esté articulada desde una óptica jurídico-positiva que parte de la realidad legal, jurisprudencial y doctrinal actual, y por consiguiente, del reconocimiento y distinción de la extinción del dominio por ilegítima adquisición del derecho y por ilegítimo ejercicio del mismo; esto no sea óbice para, desde una perspectiva normativa, efectuar los comentarios críticos correspondientes. El análisis desde la perspectiva de la garantía constitucional del derecho de propiedad del poco ortodoxo desarrollo que hasta ahora ha experimentado este instituto en el Derecho colombiano, en especial en lo concerniente a su segunda modalidad, no sólo resulta obligado en consideración a los aplastantes efectos de esta forma de intervención estatal sobre el derecho; resulta igualmente fructífero dado la escasa atención que esta construcción ha prestado a la referida garantía y a sus implicaciones.

A. El significado de la extinción del dominio dentro del sistema constitucional de la propiedad.

1. Algunas referencias preliminares.

1.1. Antecedentes de la extinción del dominio en la Asamblea Nacional Constituyente y en el ordenamiento legal anterior a la Constitución de 1991.

256. Aunque en armonía con la tradición constitucional colombiana el constituyente de 1991 incluyó en el párr. 1 del artículo 34 la rotunda prohibición de la pena de confiscación, la presencia en Colombia de numerosos agentes criminales y la necesidad de afectar su organización económica y desincentivar el delito llevó a que a renglón seguido se reconociera al Estado la potestad de extinguir el dominio sobre los bienes ilegítimamente adquiridos. El párr. 2 de esta disposición prevé así la posibilidad de privar a una persona de su propiedad cuando ésta ha sido adquirida mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Esta fórmula buscó acomodarse tanto a la tradición y a las exigencias de un sistema penal moderno y garantista, que repudia la pena de confiscación, como a la urgencia de dotar al

Estado de instrumentos efectivos en la lucha contra el crimen²²³² -especialmente el narcotráfico y los delitos de corrupción administrativa²²³³-, capaces de poner fin al “ejemplo letal para la comunidad” que representa el enriquecimiento rápido y fácil de quienes infringen la ley²²³⁴. Además de enviar un mensaje a la sociedad en el sentido que no cualquier riqueza resulta merecedora de la protección del Estado y del Derecho, la previsión de la extinción del dominio confirma el vínculo existente entre la propiedad, el trabajo y la libertad de empresa: la Constitución únicamente reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y el mérito personal y dentro del marco establecido por la legalidad²²³⁵. El crimen, el fraude o la actuación contraria a los valores jurídicos y éticos de la comunidad, en cambio, no generan derechos merecedores de la protección del orden constitucional²²³⁶.

257. Dada la amplitud con que fue configurada la extinción del dominio por el artículo 34 párr. 2 CC, la regulación constitucional pone a disposición del Estado una potente herramienta en la lucha contra la proliferación de empresas antisociales. Aunque el ordenamiento procesal penal colombiano contemplaba de antaño la figura del comiso respecto de los instrumentos y efectos con los que se cometía el delito o de los objetos provenientes de su ejecución (*vid.* el artículo 59 del Código Penal de 1936, los artículos 308, 350 y 727 del Código de Procedimiento Penal de 1971 o el artículo 37 de la ley 2 de 1984) o la cancelación de “títulos espurios y del registro correspondiente” una vez demostrada la tipicidad de una conducta punible que hubiera dado lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles sujetos a registro (artículo 53 del Código de Procedimiento Penal de 1987); o incluso la incautación y ocupación de bienes directa o indirectamente vinculados con delitos de competencia de la jurisdicción de orden público y su eventual extinción del dominio (artículos 55 y 57 de los decretos 2790 de 1990 y 99 de 1991, dictados al amparo del estado de excepción por perturbación del orden público -estado de sitio-), la figura prevista por el artículo 34 párr. 2 de la Constitución posee un alcance más omnicompreensivo y persigue unos objetivos más ambiciosos²²³⁷.

²²³² *Vid. Gaceta Constitucional*, No. 66, pp. 52 y ss. (Ponencia: “Prescripción, confiscación y notariado”, presentada a la Comisión Cuarta por los constituyentes Armando Holguín y Fernando Carrillo) o también *Gaceta Constitucional*, No. 46, p. 27 (Ponencia: “Propiedad”, presentada a la Comisión Quinta por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero).

²²³³ Así lo destaca, con base en un documento elaborado por la Presidencia de la República debatido por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Constitucional en la sentencia C-374 de 1997, FJ C 2.

²²³⁴ *Gaceta Constitucional*, No. 46... *Loc. Cit.*, p. 27.

²²³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2. También las sentencias C-006 de 1993, FJ 13 y C-389 de 1994, FJ 4.

²²³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2.

²²³⁷ Como ha sido destacado por la Corte Constitucional, “el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito”. *Vid.* la sentencia C-374 de 1997, FJ C2. En sentido análogo, véase la sentencia C-740 de 2003, FJ 10.

258. Se introdujo así en el ordenamiento una nueva modalidad de esta figura, distinta tanto a la prevista en materia penal como a la autorizada por el legislador en reiteradas ocasiones tras la incorporación de la función social de la propiedad al orden constitucional colombiano por la reforma constitucional de 1936. Con relación a esta última, que envuelve la denominada *concepción original* del instituto²²³⁸, cabe apuntar que tanto la legislación de la propiedad agraria como de la urbana, minera y de aguas habían previsto de tiempo atrás la aplicación de la extinción del dominio cuando el ejercicio de la propiedad no resultaba conforme a las exigencias de la función social del derecho. Así lo estableció, primero, el artículo 6 de la ley 200 de 1936. En él se previó la extinción del dominio a favor de la Nación de los predios rurales en los cuales se hubiera dejado de producir una “*explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica*” (artículo 1 ley 200 de 1936 –cursivas fuera de texto-) durante diez años continuos. Con el fin de ampliar las superficies de baldíos nacionales disponibles para colonizadores o aparceros en zonas ya incorporadas al circuito económico²²³⁹, los artículos 22 a 28 de la ley 135 de 1961 hicieron más incisivo y detallado el régimen de extinción del dominio de los predios rurales. El artículo 3 de la ley 4 de 1973 modificó el artículo 6 de la ley 200 de 1936 y redujo a 3 años, salvo fuerza mayor o caso fortuito, el plazo de inexplotación de un predio rural a partir del cual resultaba procedente la declaratoria de extinción del dominio a favor de la Nación. De igual forma, en el ámbito urbanístico, y con el fin de dotar de mayor efectividad a los deberes de uso y aprovechamiento conforme con el planeamiento impuestos de manera genérica a los propietarios de bienes urbanos por el artículo 79 de la ley 9 de 1989, el artículo 80 de este mismo estatuto prescribió la extinción del dominio de aquellas propiedades que desconocieran la *obligación de desarrollo* que les fuera impuesta de modo singular por las autoridades. En la misma línea, y de conformidad con los precedentes que en este sentido presenta la legislación minera, el artículo 3 de la ley 20 de 1969 dispuso el abatimiento a favor de la Nación de los derechos sobre minas adquiridos por distintos títulos *por su no explotación económica* por más de tres años a partir de la entrada en vigor de sus disposiciones o por su suspensión por más de un año. Asimismo, el artículo 82 del CRNC prevé la extinción del dominio privado de las aguas *por su no utilización* durante tres años continuos a partir de su entrada en vigencia, salvo fuerza mayor.

259. Ahora bien, al centrarse fundamentalmente en la lucha contra las formas antisociales de enriquecimiento y dejar por fuera de sus supuestos de aplicación al incumplimiento de la función social de la propiedad, la fórmula acogida por el artículo 34 párr. 2 CC para consagrar la figura de la extinción del dominio parece sugerir una ruptura con esta tradicional línea de desarrollo del instituto en el orden jurídico colombiano. Esta circunstancia ha sido advertida por el juez

²²³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2.

²²³⁹ Exposición de motivos de la ley 135 de 1961, en *La reforma Agraria en Colombia* (Editor Alfonso Uribe Badillo), Bogotá, Cámara de Representantes, 1989, p. 162.

constitucional; quien, a partir de una interpretación amplia de la proclamación de la función social del derecho por el artículo 58 párr. 2 CC y de su papel cardinal dentro del régimen constitucional de la propiedad, ha procurado armonizar la tradición jurídica de la institución y su regulación expresa por el texto constitucional vigente.

1.2. La armonización jurisprudencial de la tradición en materia de extinción del dominio y de la regulación del artículo 34 párr. 2 CC.

260. Para la Corte Constitucional que el enunciado del artículo 34 CC se haya apartado de la concepción originaria de la extinción del dominio como respuesta del ordenamiento frente al incumplimiento de la función social de la propiedad no ha significado la abolición de esta figura. La consagración por el artículo 58 párr. 2 CC de la función social y ecológica como fundamento de un nuevo concepto propietario y fuente de obligaciones cuyo cumplimiento deben exigir las autoridades le ha permitido extender su procedencia también a este tipo casos y asegurar así la continuidad del desarrollo iniciado formalmente en 1936²²⁴⁰. En consecuencia, resulta procedente distinguir *dos modalidades de extinción del dominio: la primera, procede por desconocer la exigencia constitucional relacionada con la legitimidad del título que origina el derecho de propiedad; la segunda, desarrollo de la vinculación social del derecho, tiene lugar por el incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad*²²⁴¹.

261. Para la Corte Constitucional esta dualidad de sentidos con los cuales puede operar la figura de la extinción del dominio obedece y refleja enteramente al régimen previsto por la Constitución para la *adquisición y mantenimiento* del derecho de propiedad. De acuerdo con esta regulación, lo primero (la adquisición) está condicionado a la concurrencia de un título legítimo (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC); mientras que lo segundo (su mantenimiento) requiere el cumplimiento de la función social y ecológica señalada al derecho²²⁴² (artículo 58 párr. 2 CC). “Si el primer presupuesto no concurre, hay lugar a la *extinción de dominio por la ilegitimidad del título* y la acción se basa en el artículo 34 superior. Si el segundo presupuesto no concurre, hay lugar a la *extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad* y la acción se basa en el artículo 58 constitucional”²²⁴³ (cursivas fuera de texto). Al margen de lo discutible

²²⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2. Para el juez constitucional, la fórmula del artículo 34 párr. 2 CC “no implica en modo alguno que la prevista en el aludido texto sea la única forma constitucional de extinción del dominio, pues aceptarlo así llevaría a un retroceso que resultaría incomprensible en una Constitución Política que, como la vigente, proclama entre sus valores fundantes la realización de los postulados esenciales del Estado Social de Derecho, la efectividad de los derechos, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la solidaridad y la prevalencia del interés general (artículos 1º y 2º de la Constitución)”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ. También la sentencia C-216 de 1993, FJ C 2.

²²⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

²²⁴² Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²²⁴³ *Idem.*

que pueda resultar esta posición desde una interpretación basada en la garantía constitucional del derecho y en el necesario fundamento constitucional que debe poseer toda restricción *ius fundamental* de esta intensidad, esta ha sido la línea defendida hasta ahora la Corte Constitucional.

2. Perfiles de la extinción del dominio en la Constitución.

262. A pesar de este diferente anclaje normativo y de perseguir objetivos inmediatos distintos, en sus dos modalidades la extinción del dominio representa una misma figura, comparte un mismo fundamento y apunta a una misma finalidad. En cuanto a lo primero, se tiene que ella representa la más drástica forma de *intervención estatal sobre el derecho de propiedad*. Por este motivo no resulta difícil concluir que una y otra forma de extinción del dominio comparten idéntico fundamento: el régimen constitucional del derecho; y se orientan a una misma finalidad: el afianzamiento y fortificación de las disposiciones que lo conforman. Visto desde esta perspectiva, la extinción del dominio presenta perfiles unitarios, que manan directamente de la Constitución²²⁴⁴. Su identificación constituye un presupuesto indispensable tanto para la adecuada comprensión de la figura, como para la correcta reconstrucción de su régimen jurídico-constitucional. Las notas características de esta potestad son las siguientes:

2.1. Intervención en la propiedad efectuada en virtud de una potestad pública.

263. Antes que una acción procesal de rango constitucional²²⁴⁵, la extinción del dominio constituye una potestad reconocida por la Constitución al poder

²²⁴⁴ Aun cuando la jurisprudencia constitucional se encargó tempranamente de despejar las dudas existentes sobre la supervivencia de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social de la propiedad (*vid.* las sentencias C-006 de 1993, FJ 15 o, con especial énfasis, la C-066 de 1993, SNFJ) ha cundido la idea que el artículo 34 párr. 2 CC proclama no una forma de intervención estatal sobre el derecho de propiedad sino *una acción* de rango constitucional (*cfr.* las sentencias C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20 y C-474 de 2005, FJ 6). Esta visión procesal de la figura, que se explica por producirse sus pronunciamientos en sede de control de constitucionalidad de las leyes que regulan el proceso de extinción del dominio que se ha de seguir conforme a lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC, le ha llevado a centrarse fundamentalmente en la extinción del dominio de los bienes ilegítimamente adquiridos y le ha impedido afirmar de manera explícita el carácter unitario de la institución. Aunque de forma dispersa, ello está, no obstante, implícito en sus decisiones. Adicionalmente, una lectura atenta del artículo 34 párr. 2 CC y un análisis sistemático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permiten apreciar que más que ante una acción de rango constitucional (lo cual es cierto para los casos de las acciones de tutela – artículo 86 CC-, de cumplimiento – artículo 87 *idem*- o populares – artículo 88 *ibidem*-, pero no para la extinción del dominio), se está frente a una auténtica potestad pública para intervenir en el ámbito de la propiedad privada; carácter del cual resulta plausible obtener rasgos comunes que permiten fundamentar la unidad de su régimen.

²²⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, las sentencias de la Corte Constitucional C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20 y C-474 de 2005, FJ 6. En ellas, la extinción del dominio es caracterizada como “una acción

público en relación con el derecho de propiedad. Su objetivo: *reforzar la operatividad del régimen jurídico de este derecho previsto en su texto*. Por una parte, apunta a materializar el enunciado contenido en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, según el cual la garantía constitucional del derecho está condicionada, en primer lugar, a que su adquisición proceda de *un título legítimo*²²⁴⁶. Como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional “[l]a primera exigencia constitucional es que la propiedad se haya adquirido «con arreglo a las leyes civiles», requisito que consagra *la licitud del objeto mismo y, por supuesto, de su causa, de manera que aquélla sólo merece protección del Estado cuando su adquisición ha estado precedida de justo título y obviamente no tiene por fuente el delito ni, en general, un origen al margen de la ley*”²²⁴⁷ (cursivas fuera de texto). Por otra, busca asimismo resaltar el segundo condicionamiento constitucionalmente impuesto a la garantía del derecho: el cumplimiento de la función social y ecológica que le es inherente²²⁴⁸. De lo que se trata, entonces, en esta hipótesis, es de sancionar el incumplimiento de las obligaciones que derivan para el propietario de la vinculación social de su derecho y de dotar de consecuencias prácticas el pregonado cambio en el fundamento del reconocimiento del derecho²²⁴⁹. Toda vez que la función social inmanente al derecho encierra también un “deber social”²²⁵⁰, la propiedad privada deja de ser un derecho subjetivo que *puede o no* ser ejercitado según el querer del propietario, para pasar a ser un derecho que *debe* ser aprovechado “con un sentido social, esto es, útil a la comunidad”²²⁵¹. Por ende, la desatención de estos deberes habilita la consecuente reacción del ordenamiento jurídico. La extinción del dominio es, desde luego, la más radical respuesta a esta situación. Encarna, así, una intervención –la más inflexible y enérgica– en el ámbito del derecho de propiedad.

264. Más que una cuestión meramente semántica o de importancia puramente teórica o retórica, que la extinción del dominio sea considerada una intervención en el ámbito de la propiedad privada efectuada en virtud de una potestad pública y no una acción procesal –como lo ha venido haciendo la jurisprudencia constitucional²²⁵²– resulta un asunto capital en todos los sentidos. En el plano concreto, ello permite despejar el panorama de esta institución, excluyendo debates infundados originados en torno suyo fruto, en parte, de esta confusión. El pretendido carácter dependiente de procesos penales que acrediten la responsabilidad criminal del propietario perseguido como presupuesto para la procedibilidad de la extinción del dominio por ilegitimidad del título, lo mismo

constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad”.

²²⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 6. También las sentencias C-374 de 1997, FFJJ C 2 y C 4-10 o C-389 de 1994, FJ 4.

²²⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2. Al respecto, *vid. supra* el apartado B-1.3 del Capítulo Tercero de este trabajo.

²²⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2001, FJ 3.

²²⁴⁹ Cfr. *supra* el apartado E-2 del Capítulo Primero de esta investigación.

²²⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

²²⁵¹ *Idem*, FJ 3.

²²⁵² Cfr. las sentencias de la Corte Constitucional C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20 y C-474 de 2005, FJ 6.

que la discusión sobre el carácter imprescriptible de la acción por medio de la cual se ejercita esta prerrogativa en estos casos son buenos ejemplos de esta situación²²⁵³. En un plano más abstracto y crucial, ello aporta *un nuevo foco* tanto para su regulación, como para el enjuiciamiento y aplicación del régimen de esta figura: *la garantía constitucional del derecho de propiedad*. Visto desde una perspectiva jurídico-constitucional, para el legislador no es lo mismo reglamentar una acción procesal que una intervención en un derecho fundamental como la propiedad privada. El margen de apreciación, determinado por los límites que la Constitución impone en cada caso, varía significativamente según cuál sea el objeto regulado. Lo mismo ocurre respecto del juez constitucional y de los operadores jurídicos encargados de la aplicación de la regulación legal de esta figura. Ellos también resultan vinculados por las directrices materiales que la dimensión objetiva del derecho irradia y que contribuyen a encausar y armonizar esta potente prerrogativa pública con la garantía constitucional del derecho.

265. Afirmar que la extinción del dominio es una potestad del poder público conlleva asumir la exigencia metodológica de llevar a cabo la construcción de un régimen jurídico que racionalice su uso y asegure su compatibilidad con la garantía constitucional del derecho. Al igual que ocurre con la delimitación del derecho o con la expropiación, en tanto que intervención en la propiedad, la puesta en funcionamiento de la extinción del dominio constitucionalmente prevista supone la abstracción y reconstrucción de este régimen a partir de las diferentes cláusulas constitucionales con incidencia en su aplicación. Lógicamente la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC desempeña aquí un papel fundamental. Que la Constitución autorice la extinción del dominio de la propiedad adquirida mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (artículo 34 párr. 2 CC) en un caso, o entender que ella se deriva directamente del concepto de función social de la propiedad en otro²²⁵⁴, no puede significar la sustracción de las fases de producción y aplicación del Derecho de las exigencias materiales impuestas por la dimensión subjetiva y objetiva del derecho fundamental. Corresponde al juez constitucional remarcar esta situación de vinculación y verificar su acatamiento. De aquí que si bien el legislador goza de un amplia libertad de configuración de los supuestos concretos que dan lugar a la aplicación de esta figura²²⁵⁵, su previsión respecto de un caso particular no puede darse al margen de las exigencias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad²²⁵⁶; y su

²²⁵³ Así, por ejemplo, el rechazo expresado en la sentencia C-374 de 1997 por la mayoría de los integrantes de la Corte Constitucional en relación con las tesis de la conexidad de la acción de extinción del dominio con el proceso penal que acredite la configuración de los hechos delictivos que pueden dar lugar al ejercicio de aquella y de su carácter prescriptible originaron un enérgico voto particular por parte de los miembros disidentes, defensores de una visión no sólo procesal, sino además jurídico penal de este instituto.

²²⁵⁴ Así, la sentencia C-066 de 1993, SNFJ, de la Corte Constitucional.

²²⁵⁵ *Vid.* las sentencias de la Corte Constitucional C-374 de 1997, FJ C 4-2 y C-740 de 2003, FFJJ 10 y 10 y 38.

²²⁵⁶ Así, p. ej., en el caso de la sentencia C-474 de 2005, la aplicación por la Corte Constitucional del límite de la proporcionalidad a la previsión legal de esta figura en el supuesto de vehículos

aplicación concreta esté condicionada a la verificación de los presupuestos que la Constitución ha establecido para su procedencia (*causa extinctionis* legalmente decretada, procedimiento y declaración judicial)²²⁵⁷ y deba estar presidida por la preocupación por asegurar la efectividad de la garantía del derecho²²⁵⁸.

2.2. Intervención individual y concreta.

266. En tanto que intervención en la propiedad privada, la extinción del dominio tiene por objeto asegurar la plena operatividad del régimen constitucional del derecho. Por esto, particularizadas por el legislador las circunstancias genéricas previstas por la Constitución para habilitar su procedencia (ilegitimidad del título de adquisición o ilegitimidad del ejercicio del derecho)²²⁵⁹, esta prerrogativa debe ejercitarse *de manera concreta* respecto del o los bienes ilegítimamente adquiridos o indebidamente aprovechados. De lo contrario se infringiría la prohibición de la confiscación prevista por el artículo 34 párr. 1 CC.

267. La determinación concreta del o los bienes respecto de los cuales se configura un supuesto de extinción del dominio presupone la formalización y realización de *una intervención individual* en el patrimonio del titular del derecho perseguido. Será éste, en particular, el que se vea afectado por la pérdida del (los) derecho(s) declarada una vez adelantado el procedimiento correspondiente. *La extinción del dominio no innova el ordenamiento jurídico ni afecta la institución de la propiedad en un plano jurídico-objetivo. Esta prerrogativa no puede ser, así, ejercida de manera general y abstracta por el legislador. Debe individualizarse siempre tanto en*

que han permanecido más de un año inmovilizados en estacionamientos oficiales por infracciones de tránsito permitió al juez constitucional apreciar la inconstitucionalidad de dicha determinación. Aunque consideró que la finalidad perseguida era plausible -evitar el deterioro de los vehículos inmovilizados y precaver que el Estado deba asumir los gastos del depósito- y la medida resultaba idónea para su materialización, encontró que ella no superaba los test de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. *Vid.* FJ 9.1.

²²⁵⁷ Por esta razón resultan infundadas y descontextualizadas las fortísimas reservas expresadas por ciertos autores respecto de esta figura, acusada de encubrir una confiscación contraria a la prohibición general contenida en el artículo 34 párr. 1 CC y de promover la “inestabilidad, irresponsabilidad y arbitrariedad” en el orden constitucional. *Cfr.* ESCOBAR ISAZA, H. y J. ALVEAR SANÍN. “Expropiación y... *Loc. Cit.*, pp. 216-217.

²²⁵⁸ Este aspecto resulta determinante de la interpretación de las diversas normas que integran el régimen legal de la extinción del dominio. Así, por ejemplo, el artículo 53.2 de la ley 160 de 1994, que regula la aplicación de esta figura en materia de propiedad agraria, señala que “[l]a resolución sobre extinción de dominio deberá dictarse dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento del término probatorio”. Mientras que una hermenéutica presidida por la consideración de la extinción del dominio como un simple trámite podría convalidar la pretermisión de este término y la expedición de dicha resolución con posterioridad a su vencimiento invocando una genérica prevalencia del interés general, una interpretación acorde con el carácter de intervención en la propiedad de este instituto, guiada por la garantía constitucional del derecho, comportará la necesaria pérdida de competencia por factor temporal de la autoridad administrativa y hará de éste un término preclusivo.

²²⁵⁹ La exigencia de predeterminación legal de los supuestos genéricos previstos por la Constitución para la aplicación de este instituto es puesta de relieve por la Corte Constitucional en su sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

su extremo objetivo (bienes sobre los cuales recae), como subjetivo (persona afectada). Esto, con el fin de satisfacer las exigencias de la dimensión procedimental del derecho de propiedad. Una determinación de este calado no puede ser adoptada al margen de toda participación del afectado. Es preciso garantizar una instancia en la cual éste pueda controvertir las razones de la Administración y hacer valer *ex ante* su derecho. De forma coherente con este postulado el artículo 34 párr. 2 CC sanciona una reserva judicial respecto de la determinación final de declarar fenecida la titularidad del derecho y presupone así la realización de un procedimiento ajustado a las exigencias del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC).

268. La exigencia de una intervención individual y concreta a la extinción del dominio envuelve, entonces, tanto su carácter formal (acto y procedimiento jurídico), como su sometimiento a las condiciones constitucionalmente previstas para su procedencia (*causa extinctionis* legalmente decretada, procedimiento y declaración judicial). No cualquier despojo efectuado por los poderes públicos puede representar una extinción del dominio legítima. Lo será únicamente si atiende las exigencias que la Constitución ha señalado.

2.3. Intervención de carácter real.

269. Ahora bien, con el fin de evitar que este mecanismo de robustecimiento de la efectividad del régimen constitucional de la propiedad privada sea burlado mediante el simple cambio de bien en un caso o el traspaso de la titularidad del derecho en el otro, la potestad de extinción del dominio posee asimismo *carácter real*. Esto implica que su ejercicio procede siempre respecto del bien o derecho que registra el vicio que da lugar a su persecución, con independencia de si su nexo con la conducta que vicia el título es directo o indirecto, o de quién figura formalmente como titular del derecho indebidamente ejercitado. Los fines perseguidos por este instituto justifican esta situación. De otro modo su acción resultaría fácilmente eludible. Como se verá enseguida, este atributo resulta especialmente significativo para el caso de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social.

270. Para el supuesto de ilegitimidad del título es claro que la persona que con su comportamiento ha transgredido las reglas del orden social o legal arrastra consigo la causa generadora del despojo de su derecho. De este modo, independientemente de que se desprenda de sus bienes y disponga de ellos de manera sucesiva, su origen viciado no desaparecerá; por el contrario, se transmitirá en cadena y alcanzará siempre al bien (o los bienes por valor equivalente) que se encuentre(n) en sus manos al momento en que se adopte la determinación de proceder a la aplicación de esta medida²²⁶⁰. En últimas, como sostiene la Corte Constitucional, “[e]l derecho de propiedad que la Constitución

²²⁶⁰ Vid. las sentencias de la Corte Constitucional C-740 de 2003, FJ 40; C-1007 de 2002, FJ 2.5 o C-374 de 1997, FJ C 4-5.

garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social”²²⁶¹. De este modo, con el fin de dar cumplimiento al principio según el cual a nadie le está permitido obtener provecho o ventaja, ni derivar derecho alguno del crimen, el fraude o de su propio dolo, la extinción del dominio prevista por el artículo 34 párr. 2 CC procede sobre los bienes adquiridos *directa o indirectamente de una actividad ilegítima*²²⁶². Como ha aclarado la jurisprudencia constitucional, “si se mezclan bienes de procedencia ilícita con otros que fueron adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito”²²⁶³. De lo contrario la prohibición de la confiscación resultaría infringida.

271. El supuesto de abatimiento del derecho por incumplimiento de la función social es diferente. Toda vez que el reconocimiento de la vinculación social del derecho se traduce, fundamentalmente, en condiciones, cargas y obligaciones que *a pesar de afectar concretamente al propietario pesan sobre la propiedad en sí* (gravámenes *in re*), sin respecto a determinada persona, vinculan por igual a quien quiera que ostente la titularidad formal del bien o derecho, lo mismo que a quienes materialmente dispongan de su aprovechamiento o disfrute²²⁶⁴. En consecuencia, su traspaso a un nuevo propietario o la interposición de un tercero no tendrían la virtualidad de enervar una eventual extinción del dominio so pretexto del surgimiento de un nuevo derecho al cual no resultarían extensibles los vicios en que pudo haber incurrido su titular anterior. Como es evidente, admitir un planteamiento semejante restaría toda eficacia a la extinción del dominio como acicate de la efectividad del régimen constitucional de la propiedad privada. Por esta razón, por ejemplo, el artículo 53.1 de la ley 160 de 1994, que regula esta materia en el ámbito de la propiedad agrícola, establece que la resolución que da inicio a este procedimiento deberá ser inscrita en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente y señala que quien adquiera derechos reales sobre el bien afectado a partir de dicho registro asumirá

²²⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2.

²²⁶² Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002, FJ 2.3. Para la Corte Constitucional, “un bien proviene directamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia inmediata del ejercicio de la actividad proscrita por el constituyente como modo de adquisición del dominio. Y, por otra, un bien proviene indirectamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia mediata del ejercicio de esa actividad. En este último caso, la acción recae sobre los bienes obtenidos con otros obtenidos directamente por el ejercicio de esa actividad o con su producto”. *Vid.* la sentencia C-740 de 2003, FJ 30.

²²⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-3.

²²⁶⁴ De aquí que no pueda entenderse, p. ej., que las obligaciones derivadas de la función social del derecho de propiedad gravan únicamente al *dominus*, pero no al poseedor o al arrendador de un determinado bien, o viceversa. Ello sería la forma más simple de eludir el cumplimiento de los deberes que impone la Constitución a todo aquél que detenta un recurso susceptible de la configuración de un ámbito de aprovechamiento privado. La concepción *lato sensu* del objeto de la propiedad constitucional permite superar este escollo y extender formalmente los deberes que manan de la función social a toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial. La improcedencia de estas distinciones a la luz de la función social es destacada por la Corte Constitucional en su sentencia T-013 de 1992 a lo largo de sus diferentes apartados.

desde entonces las diligencias en el estado en que se encuentren. Como puede apreciarse en esta disposición, el respeto a la buena fe de terceros implica la carga para la Administración de dar publicidad a su determinación de extinguir el dominio respecto de un determinado bien o derecho. Ello representa, entonces, un límite a la operatividad de este postulado.

2.4. Intervención sobre la propiedad en sentido lato.

272. En tanto que intervención en la propiedad privada, la extinción del dominio abarca el amplio espectro material cobijado por la garantía constitucional del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. Esto quiere decir que toda posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial amparada por la especial protección que otorga esta disposición es susceptible de la aplicación de esta medida²²⁶⁵. Si toda propiedad constitucional se encuentra sujeta a las exigencias previstas por el texto de la Carta en punto al origen y ejercicio del derecho, resulta apenas natural que la consecuencia que ésta ha señalado para su incumplimiento sea aplicada en consonancia con esta regla.

273. Como se puede apreciar en la ley 793 de 2002, “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, esta situación ha sido correctamente asimilada por el legislador. De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 3, están sujetos a extinción del dominio todos los bienes “que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad”. En consecuencia, con independencia de la naturaleza (jurídico-pública o jurídico-privada, mueble o inmueble, fungible o no fungible, consumible o no consumible) de una propiedad, de tener su origen en un comportamiento contrario a la legalidad o al orden axiológico de la comunidad, o de desconocer en su ejercicio las cargas sociales que pesan sobre ella, tal derecho podrá ser objeto de una declaración de extinción del dominio.

274. A diferencia de lo ocurrido con el instituto expropiatorio, cuyo objeto ha sido restrictivamente apreciado por la jurisprudencia constitucional²²⁶⁶, en materia de extinción del dominio la Corte Constitucional se ha mostrado a favor de una comprensión ensanchada de su objeto. Como tuvo ocasión de expresarlo al examinar la constitucionalidad del ya referido artículo 3 de la ley 793 de 2002, toda vez que el constituyente no estableció restricción alguna respecto de su procedencia, “no reporta problemas de constitucionalidad una norma legal que

²²⁶⁵ La denominación de esta figura no debe, entonces, llamar a engaños: todo derecho patrimonial amparado por la propiedad constitucional, y no sólo el derecho real de dominio (artículo 669 CCC), es susceptible de ser desvirtuado en aplicación de esta medida. Que en sus orígenes en la ley 200 de 1936 esta potestad se haya dirigido únicamente a propiedades raíces se explica en razón de la finalidad perseguida por dicha normativa (reforma agraria) y mal puede erigirse en un condicionante del objeto de esta prerrogativa en la Constitución.

²²⁶⁶ *Vid. supra* los comentarios críticos efectuados a este respecto en los apartados A-1.3 y A-4.1 del Capítulo Quinto de esta investigación.

dispone que son bienes sujetos a la extinción de dominio todos los que sean susceptibles de valoración económica, aquellos sobre los que pueda recaer el derecho de propiedad y los frutos y rendimientos de los mismos”²²⁶⁷.

2.5. Intervención no sujeta a compensación.

275. Aun cuando el efecto producido (el desapoderamiento de una propiedad privada) y el carácter individual y concreto de la extinción del dominio aproximan esta figura al instituto expropiatorio, una de sus diferencias más notorias radica en el carácter no compensado de la primera. No se trata únicamente de que el artículo 34 párr. 2 CC no prevea expresamente el reconocimiento de indemnización alguna en su texto -a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con la expropiación en el artículo 58 párr. 4 frase 1 CC-; como se ha visto con anterioridad, el silencio que en este sentido guarda el artículo 58 párr. 2 CC en relación con la delimitación de la propiedad por virtud de su función social no excluye el eventual reconocimiento de indemnizaciones en esta clase de supuestos²²⁶⁸. El carácter no indemnizable constituye *un rasgo esencial de la extinción del dominio*. El fundamento y la finalidad de esta figura explican esta situación y permiten diferenciarla con claridad de la pena de confiscación constitucionalmente prohibida (artículo 34 párr. 1 CC).

Ciertamente, si su fundamento se ubica en el incumplimiento de exigencias fundamentales impuestas por la Constitución para asegurar la garantía de la propiedad a su titular (legitimidad del título y del ejercicio del derecho) y su finalidad no es otra que afianzar dicho régimen y fortificar su efectividad, mal podría compensarse a quien resulta afectado por su aplicación. Ésta no es más que la respuesta del ordenamiento frente al incumplimiento de claros preceptos constitucionales²²⁶⁹. Su puesta en marcha no es otra cosa que la corroboración práctica de postulados generales que presiden el entero sistema constitucional de la propiedad. El más importante de todos: que “[n]o es indiferente, para los efectos de la garantía constitucional de la propiedad, su origen”²²⁷⁰ ni su ejercicio²²⁷¹. De no concurrir las exigencias fijadas por la Constitución en estos dos extremos, la garantía del derecho decae. De ahí que tanto quien ha adquirido su derecho por vías contrarias al orden constitucional (*ilegitimidad del título*), como quien a pesar de haberlo adquirido justamente se desentiende de las obligaciones que brotan de la función social y ecológica del derecho (*ilegitimidad del ejercicio*), pueda resultar legítimamente privado de su derecho, sin

²²⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 40.

²²⁶⁸ Vid. las consideraciones efectuadas *supra, in extenso*, respecto a los efectos patrimoniales de la delimitación de la propiedad a lo largo del apartado E del Capítulo Cuarto de este trabajo.

²²⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

²²⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 13. En el mismo sentido, *vid.* las sentencias C-389 de 1994, FJ 4; C-374 de 1997, FJ C 2 o C-740 de 2003, FJ 6.

²²⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FFJJ 12 y 14; C-066 de 1993, SNFJ; T-431 de 1994, SNFJ; C-389 de 1994, FJ 2; C-157 de 1997, FJ 2 A; C-488 de 2002, FJ 3.1.2; C-740 de 2003, FJ 7; C-189 de 2006, FJ 4 y C-544 de 2007, FJ 14.

contraprestación alguna, por una declaración de extinción del dominio²²⁷². En este contexto, como ha explicado la Corte Constitucional, “[l]a privación del efecto favorable a que se expone quien no adecúa su conducta a la norma (...) es el resultado normal de su conducta omisiva, que ha podido evitarse por él mismo realizando las conductas que el ordenamiento ha identificado como presupuestos para derivar los beneficios en ella contemplados”²²⁷³.

276. No obstante lo anterior, un reciente desarrollo legislativo del artículo 34 párr. 2 CC ha introducido un paliativo, a manera de incentivo -no de contraprestación-, al carácter no compensado de esta intervención en la propiedad. Con el fin de estimular la entrega voluntaria y directa de bienes por parte de personas cuyas propiedades provienen de actividades ilícitas (artículo 2 de la ley 793 de 2002) y de imprimir celeridad a estos trámites, la ley 1330 de 2009 contempla un beneficio para quienes voluntariamente acudan al proceso y entreguen bienes de su propiedad sobre los cuales debería recaer esta medida. De acuerdo con lo previsto por su artículo 5, estas personas podrán obtener beneficios que les permitan una vivienda para sí o para sus familiares. Con ello se complementa la política de incentivos para el fortalecimiento de la extinción del dominio como herramienta en lucha contra el crimen organizado prevista por el artículo 6 de la ley 793 de 2002, que prevé una “retribución” o recompensa para quien denuncie de manera eficaz o aporte o contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio de bienes (de terceros) respecto de los cuales procede la aplicación de esta medida.

3. El concepto constitucional de extinción del dominio.

277. El análisis anteriormente efectuado de los perfiles constitucionales de la extinción del dominio permite caracterizar la potestad pública envuelta en este instituto y efectuar una aproximación a su noción. Según se ha dicho, se trata de una intervención individual y concreta en la propiedad, no compensada, ligada a una finalidad tan relevante que habilita la persecución del bien afectado del vicio que da lugar a su aplicación con independencia de que su adquisición se haya producido como consecuencia directa o indirecta de la conducta que afecta negativamente el título, o de si el incumplimiento de la función social es o no imputable al titular actual del derecho a extinguir. Adicionalmente, debe considerarse que bien se trate de una extinción del dominio por ilegitimidad del

²²⁷² El carácter no indemnizable de esta clase de intervenciones no obedece, entonces, como alguna vez ha sido afirmado la jurisprudencia constitucional respecto de la extinción del dominio por ilegitimidad del título, a que “ningún derecho adquirido se desconoce a quien figura como titular de la propiedad” (*vid.* la sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-1. En sentido análogo, la sentencia C-740 de 2003, FJ 6) -por tratarse, pretendidamente, de una mera “apariencia” desvirtuada *a posteriori* por la sentencia que declara extinguido el derecho-, sino al fundamento y a la finalidad constitucionalmente atribuidos a esta figura. Ellos permiten retirar formalmente, de manera respetuosa tanto de la garantía del derecho como de los derechos de terceros, la protección inherente a la primera respecto de los bienes o derechos afectados por esta medida.

²²⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

título de adquisición, bien por ilegitimidad en el ejercicio del derecho, el efecto será siempre el mismo: su pérdida no compensada a favor del Estado.

Esta última circunstancia es resaltada por la definición que de esta figura efectúa el legislador, centrada en el fenómeno de la privación. Según lo previsto por el artículo 1 de la ley 793 de 2002, “[l]a extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”. Aun cuando esta formulación denota con acierto el efecto final de esta intervención, su excesiva generalidad hace de ella una definición deficiente y dudosamente útil. Puesto que puede ofrecer cobertura a numerosas operaciones jurídicas, esta noción difícilmente puede permitir acotar el ámbito de aplicación de esta figura o armonizarse con las exigencias de la garantía del derecho. Ello se explica, quizás, por el enfoque esencialmente procesal que posee este estatuto; que contiene el régimen de *la acción de extinción del dominio* y como tal presupone que dicho efecto será siempre el resultado de un proceso judicial que tiene por objeto unos bienes en concreto y persigue unos fines específicos señalados por el legislador. Además de lo anterior, dado el significado particular que presenta este derecho en el ámbito jurídico-civil, la referencia a la pérdida del “dominio” resulta equívoca, pues parecería restringir –injustificadamente, según se ha visto ya, pues el artículo 3 aclara la situación- el objeto de la acción a este concreto derecho real. Con todo, la aparente remisión al artículo 669 CCC y su concepción *stricto sensu* de la propiedad resulta problemática e imprecisa.

278. Por estas razones, y en consideración a que, como se ha señalado anteriormente, no cualquier privación de la propiedad a favor del Estado operada sin compensación puede representar una legítima extinción del dominio, entiendo que jurídico-constitucionalmente resulta justificado apartarse de la definición plasmada en el artículo 1 de la ley 793 de 2002. Es preciso elaborar un concepto que refleje las especificidades de esta figura en la Constitución y atienda a las exigencias materiales y metodológicas que impone la garantía constitucional del derecho de propiedad. Así, y de conformidad con la lectura que de este instituto ha efectuado hasta ahora la jurisprudencia constitucional, considero que la extinción del dominio puede definirse como *la privación judicialmente decretada a favor del Estado de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial amparada por la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC por haber sido adquirida mediante enriquecimiento ilícito, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, o por su ejercicio contrario a la función social y ecológica del derecho.*

B. Presupuestos constitucionales de validez de la extinción del dominio.

279. Como se ha señalado ya, no cualquier pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado representa una extinción del dominio. La drasticidad de esta medida encuentra su contrapeso en las condiciones que la Constitución ha establecido para su procedencia. A semejanza de lo que ocurre con las intervenciones expropiatorias, en relación con las cuales el artículo 58 párr. 4 CC

prevé expresamente cuáles son sus prerequisites (*causa expropriandi* legalmente definida, procedimiento -judicial o administrativo- e indemnización previa)²²⁷⁴, el artículo 34 párr. 2 CC señala los presupuestos condicionantes de esta forma de intervención estatal en la propiedad privada. De no atenderse estos presupuestos el despojo realizado será contrario a la Constitución y, por ende, inválido. En tanto tienen como finalidad establecer las condiciones que deben cumplirse para que se entienda que el desapoderamiento de una propiedad operado por esta vía es legítimo, **estos requisitos constituyen formas de expresión directa de la garantía del derecho**. Su desconocimiento comporta entonces la vulneración de esta garantía y la desatención del deber de protección de los bienes y derechos individuales que atribuye a las autoridades el artículo 2 párr. 2 CC²²⁷⁵. De ahí que el legislador no sea libre para regular de cualquier modo la extinción del dominio, ni la Administración ni los jueces para aplicar directamente las cláusulas constitucionales que le sirven de fundamento. Tanto la regulación de esta figura como la aplicación de las disposiciones que integran su régimen debe efectuarse siempre en el marco establecido por la Constitución, contenido fundamentalmente en los artículos 58 y 34 CC, y presidido de forma especial por la garantía constitucional de la propiedad.

280. Conforme a lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC, la extinción del dominio debe ser decretada por un juez, con base en una causa extintiva (*causa extinctionis*) legalmente declarada, una vez agotado el correspondiente procedimiento²²⁷⁶. La legitimidad de la privación está condicionada a la plena observancia de estos requerimientos. Verificadas estas condiciones, la garantía del derecho decae, éste desaparece del patrimonio del titular afectado y es transferido al Estado. Aun cuando el artículo 34 párr. 2 alude únicamente a los casos de extinción del dominio por ilegitimidad del título (*i. e.* bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o en detrimento de la moral social) y la jurisprudencia constitucional no ha sido del todo clara respecto al sometimiento a este régimen de los supuestos de pérdida del derecho por incumplimiento de la función social, una comprensión garantista de la figura y una interpretación coherente y sistemática de los pronunciamientos del juez constitucional permiten fundamentar la sujeción de una y otra modalidad de extinción del dominio al mismo régimen jurídico-constitucional.

281. A continuación serán examinados los aspectos centrales de cada uno de los presupuestos definidos por la Constitución en el párr. 2 del artículo 34 CC (*causa extinctionis* legalmente declarada, procedimiento y declaración judicial). Antes de proceder a este análisis se expondrán las razones por las cuales, a pesar de no ser ello un mandato expreso de esta disposición, las condiciones allí enunciadas

²²⁷⁴ Vid. en este sentido las sentencias de la Corte Constitucional C-864 de 2004, FJ 5; C-474 de 2005, FJ 6 o C-119 de 2006, FJ 4. Al respecto, véase las consideraciones efectuadas *supra* a lo largo del apartado B del Capítulo Quinto de este escrito.

²²⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 5.

²²⁷⁶ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1994, FJ D 1 b); o también la sentencia C-194 de 1998, SNFJ (Examen del segundo cargo).

no resultan únicamente aplicables a los casos de extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición, sino también a las hipótesis de ilegitimidad en el ejercicio del derecho.

1. Las condiciones del artículo 34 párr. 2 CC como base del régimen general de procedencia de la extinción del dominio.

1.1. Planteamiento general: la falta de cobertura expresa por el artículo 34 párr. 2 CC de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.

282. De acuerdo con lo previsto por el párr. 2 del artículo 34 CC “por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. Con todo, como se ha visto ya, la extinción del dominio también puede tener lugar por el incumplimiento de la función social y ecológica del derecho²²⁷⁷. No obstante, la ausencia de cualquier regulación de sus condiciones de procedibilidad por el artículo 58 párr. 2 CC, disposición en la cual el juez constitucional ha encontrado el fundamento para reafirmar la vigencia de esta otra modalidad del instituto²²⁷⁸, hace surgir la pregunta acerca de su eventual sujeción a los presupuestos definidos por el artículo 34 párr. 2 CC o su sometimiento íntegro a la reserva de ley.

283. En principio, una lectura literal del artículo 34 párr. 2 CC permitiría excluir esta opción: las reglas contenidas en él disciplinan exclusivamente supuestos en los cuales el derecho ha sido *ilegítimamente adquirido*, lo cual no ocurre (forzosamente) en el caso del incumplimiento de la función social. Ésta puede tener lugar también en una hipótesis en la cual se está frente a un derecho *legítimamente adquirido* pero *ilegítimamente ejercido*. En consecuencia, la intervención estatal desplegada frente a hechos de esta naturaleza no tendría por qué someterse a las reglas impuestas por dicha norma. Ello resultaría coherente con la idea según la cual mientras que el régimen de la extinción del dominio por ilegitimidad del título se basa en el artículo 34 párr. 2 CC, el del incumplimiento de la función social lo hace en el artículo 58 CC²²⁷⁹. La ausencia de prerrequisitos expresamente fijados por esta última disposición presupondría una remisión al legislador; quien estaría así habilitado para determinar el régimen correspondiente a esta forma de intervención estatal en la propiedad²²⁸⁰.

²²⁷⁷ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1993, FJ C 2. En sentido análogo, véase las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-066 de 1993, SNFJ; C-389 de 1994, FFJJ 2 y 3; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31; C-474 de 2005, FJ 6.

²²⁷⁸ Vid., p. ej., Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

²²⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31. En este mismo sentido, *vid.* también la sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

²²⁸⁰ Así, por ejemplo, aunque *obiter dictum*, en la sentencia C-474 de 2005 el juez constitucional consideró que la extinción del dominio por no cumplimiento de la función social “no está sujeta a las previsiones del artículo 34 de la Carta. Esto es, puede tener lugar mediante el

284. Paradójicamente, entonces, a pesar de ser el más drástico atentado contra la propiedad privada legítimamente adquirida, la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho sería el único supuesto de intervención en el derecho no previsto por la Constitución. Al no haber sido expresamente contemplado por el constituyente es obvio que éste no haya condicionado su procedencia a ningún tipo de restricciones (a semejanza de lo que ocurre con las demás incursiones en el derecho). Huérfana de garantías constitucionalmente establecidas, constituiría *un ámbito prácticamente abandonado a la reserva de ley*. Mientras que la expropiación y la extinción del dominio por ilegitimidad del título cuentan con unos presupuestos claramente determinados por el propio texto constitucional (artículo 58 párr. 4 CC en un caso y artículo 34 párr. 2 CC en el otro) o la delimitación de su contenido encuentra límites tan caracterizados como el contenido esencial del derecho, el mandato de ponderación, la garantía de “lo adquirido” o el principio de proporcionalidad (artículo 58 párr. 1 CC), fácilmente abstraibles de su régimen; esta modalidad de extinción del dominio no atendería más exigencias que las que dimanen de los principios de legalidad y de proporcionalidad²⁸¹. De este modo, todo aquello que sea dispuesto por el legislador a este respecto, siempre y cuando sea proporcionado, resultaría válido. *La más tajante intervención sobre el derecho es, a la vez, la más desamparada en términos de su protección jurídico-constitucional*. Un panorama, en suma, poco alentador para la garantía constitucional del derecho.

1.2. La erección del artículo 34 párr. 2 CC como base de la regulación constitucional de los presupuestos de validez de la extinción del dominio.

285. En vista de la gravedad e inflexibilidad de los efectos de esta medida, semejante margen de configuración en cabeza del legislador difícilmente resulta compatible con la garantía constitucional del derecho y con su naturaleza de *ius fundamental*. Menos cuando se tiene en cuenta que, como se ha evidenciado ya, se trata de una misma figura (una intervención en la propiedad que atiende a una misma finalidad: afianzar el régimen jurídico-constitucional de la propiedad privada y reforzar su cumplimiento); emplazada en un entorno en el cual, a

pronunciamiento de una autoridad administrativa y recaer sobre bienes legítimamente adquiridos”. *Vid.* FJ 6.

²⁸¹ La importancia del principio en este ámbito es destacada por el juez constitucional en la ya citada sentencia C-474 de 2005, FJ 9.1. Con todo, el principio de proporcionalidad representa un límite a la actuación del legislador, no un presupuesto para la validez de sus actos. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con las otras dos formas de ablación del derecho constitucionalmente previstas (expropiación y extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición del derecho), esta particular forma de sacrificio de la propiedad podrá producirse en los términos en que el legislador lo defina, sin que la Constitución exija un mínimo de garantías *ab initio*. Por supuesto, la radicalidad del efecto producido activa garantías como la del procedimiento (artículo 29 párr. 1); pero no impide que, así entendido su régimen, el legislador pueda confiar íntegramente esta potestad a la Administración. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

manera de salvaguarda de la propiedad, la Constitución ha estatuido un sistema expropiatorio en el que la regla general la constituye la expropiación judicial²²⁸² (con sus implicaciones garantistas) y en el que expresamente se ha subordinado la propia extinción del dominio (aunque en una modalidad que obedece a otras razones), además de a la declaración legal de una causa justificante, a la intermediación y el pronunciamiento de un juez. Dada la profundidad y el carácter definitivo de la afectación patrimonial que se deriva de la extinción de dominio, “es imperativo que su declaración proceda de una autoridad pública sometida únicamente a la Constitución y a la ley, autónoma, imparcial e independiente”²²⁸³. De ahí que resulte plausible defender una **reserva jurisdiccional** general respecto de la determinación de declarar extinguido el dominio sobre una propiedad concreta, con independencia de cuál sea la causa de dicha determinación.

286. Aun cuando se trate de un pronunciamiento efectuado con ocasión de un supuesto *prima facie* subsumible bajo el artículo 34 párr. 2 CC, en la sentencia C-674 de 1999²²⁸⁴ el juez constitucional tuvo ocasión de afirmar la existencia de una reserva judicial *también en supuestos en los cuales se está ante un legítimo propietario que infringe alguna disposición del ordenamiento legal*. Con el fin de determinar si resultaba constitucional que una ley previera como sanción administrativa la privación permanente y no compensada de la propiedad por atentar contra una norma, o si en consideración al carácter definitivo de dicha sanción ésta debería ser siempre decretada por un juez, la Corte Constitucional se vio obligada a intentar deslindar el ámbito correspondiente a las diferentes formas de ejercicio de la potestad sancionatoria (administrativa y penal) del Estado. Al margen de lo incierto y difícil de esta tarea, importa destacar que, a su juicio, dada la gravedad de esta sanción (despojo permanente sin compensación), su imposición debía respetar la reserva jurisdiccional prevista por el artículo 34 párr. 2 CC respecto de este concreto efecto jurídico. En opinión del juez constitucional “la Carta ha querido proteger el derecho de propiedad, de tal manera que ha consagrado una reserva judicial para que a una persona se la pueda privar del dominio de un bien, sin compensación, y como consecuencia de la violación de una norma del ordenamiento, pues el artículo 34 superior es perentorio en señalar que esa

²²⁸² Sobre el carácter de regla general de la expropiación judicial en el sistema colombiano, y la condición excepcional de la vía administrativa, véase *supra* el apartado B-2.1 del Capítulo Quinto de esta investigación.

²²⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 77.

²²⁸⁴ En esta oportunidad el juez constitucional examinó la constitucionalidad de una norma que habilitaba a las autoridades para retener en un entorno cercano a los puntos de venta mercancías adquiridas por particulares sin haber exigido la correspondiente factura. El no pago de la respectiva multa y reclamo de estos bienes por parte de sus propietarios dentro de un plazo prudencial daba lugar a que se autorizara a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para proceder a declarar su decomiso a favor de la Nación, mediante resolución, a fin de que los bienes fueran vendidos en un remate, donados o destruidos. Aunque ello no fue objeto de debate por la Corte Constitucional, ésta consideró que en gracia de discusión podía entenderse que este supuesto resultaba subsumible bajo el artículo 34 párr. 2 CC por entender que se estaba frente a bienes adquiridos con deterioro de la moral social y en perjuicio del Tesoro Público. *Vid.* la sentencia C-674 de 1999, FJ 6.4.

medida de «extinción de dominio» debe ser judicial”²²⁸⁵. En su concepto, “las sanciones que impliquen la privación de la propiedad de un bien de una persona sólo pueden ser declaradas por los jueces, no sólo por expreso mandato constitucional sino, además, porque llegan a desconocer (...) un derecho constitucional, como la propiedad”²²⁸⁶.

287. Aunque la Corte no hace mención alguna al incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, formula este razonamiento en referencia explícita a la extinción de un derecho *legítimamente adquirido* como *sanción por el desconocimiento de un determinado deber legal*. Es claro, entonces, que este planteamiento resulta extensible a los supuestos de extinción del dominio por ilegítimo ejercicio del derecho. No en vano ésta es *la más severa sanción* que el ordenamiento puede prever *por la transgresión de las obligaciones que la ley impone al derecho de propiedad en nombre de aquella*. Se trata, pues, también en estos casos, de la infracción de un deber legal: más concretamente, del desconocimiento de las obligaciones legalmente impuestas al propietario en razón de la vinculación social de su derecho²²⁸⁷.

288. De otra parte, el principio de igualdad (artículo 13 párr. 1 CC) y la primacía y obligación de protección de los derechos fundamentales (artículos 5 y 2 párr. 2 CC respectivamente) aportan argumentos que refuerza asimismo la exigencia de sujeción de esta modalidad de extinción del dominio a los requisitos que fija el artículo 34 párr. 2 CC. A falta de una disposición constitucional que expresamente habilite al legislador para aplicar un régimen diferente (a semejanza de lo que ocurre en materia de expropiación, donde el propio texto constitucional autoriza a la ley para exceptuar la vía judicial como regla general y configurar supuestos de expropiación administrativa), tanto el principio de igualdad como el principio *pro libertate* imponen la subordinación a los presupuestos de procedibilidad fijados por dicha disposición. Nada justifica que la ley reduzca sin un fundamento constitucional sólido las garantías que el propio texto constitucional ha previsto respecto de este instituto. Máxime cuando, como ha ocurrido ya, el legislador ha sometido determinados supuestos de incumplimiento de la función social al régimen previsto por este enunciado, sin que ello haya merecido objeción alguna por parte de la Corte Constitucional²²⁸⁸. El resultado: la concurrencia actual de dos regímenes distintos para disciplinar un mismo tipo de extinción del dominio: uno, rodeado de las mayores garantías que supone estar sujeto a reserva judicial, como ocurre en el caso de la extinción de dominio de los bienes utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas (artículo 2.3 ley 793 de 2002), posiblemente adquiridos por vías legítimas pero indebidamente utilizados; y otro, confiado a la Administración, en el cual la intervención judicial es eventual

²²⁸⁵ *Idem*, FJ 6.9.

²²⁸⁶ *Ibidem*.

²²⁸⁷ Así, *vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-006 de 1993, FJ 15.

²²⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

y posterior, como ocurre en el supuesto de la extinción del dominio de la propiedad agraria (artículos 52-62 de la ley 160 de 1994).

Una desigualdad no prevista por la Constitución, que además de reñir con la equidad (resulta paradójico que se le brinden mayores garantías al delincuente que al mero infractor de un régimen estatutario de la propiedad), dudosamente puede ampararse en la reserva de ley del artículo 58 CC y que la garantía constitucional del derecho exige superar de una manera garantista. El reconocimiento del artículo 34 párr. 2 CC como *base del régimen general de procedibilidad de la extinción del dominio* en los dos supuestos autorizados por la Constitución proporciona una salida razonable a esta situación. Dada su importancia, a continuación se efectuará el estudio de las diferentes condiciones que conforme a dicha disposición deben concurrir para que pueda tener lugar una extinción del dominio legítima.

2. La *causa extinctionis*.

289. Aunque el artículo 34 párr. 2 CC alude a ella en último lugar, visto en un orden lógico la concurrencia de una causa previamente determinada que justifique el despojo constituye el primer presupuesto para la extinción de un derecho de propiedad. Con ella se busca diferenciar esta forma de privación estatal de la propiedad de la confiscación arbitraria de bienes particulares. Es la denominada *causa extinctionis*. A diferencia de lo que ocurre con el instituto expropiatorio, también sujeto a la verificación de una causa justificativa previamente determinada, en este caso el desapoderamiento del derecho no viene directamente exigido por una necesidad de interés general. Aun cuando de forma mediata la extinción del dominio apunta unitariamente a una misma finalidad normativa (consolidar y fortalecer el régimen constitucional de la propiedad privada), su motivación inmediata es diferente en función del tipo de intervención de que se trate: puede orientarse tanto a sancionar el desconocimiento de la exigencia de un título legítimo para la adquisición del derecho, como a reprimir el ejercicio indebido de la propiedad debidamente adquirida. Mientras que en el primer supuesto se persigue la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o en detrimento de la moral social (artículo 34 párr. 2 CC); en el segundo se carga contra quienes han desconocido los deberes que surgen de la vinculación social de su derecho (artículo 58 párr. 2 CC).

1.1. La reserva legal de la *causa extinctionis*.

290. Ahora bien, aun cuando el texto constitucional prevea expresamente la declaración de extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, e implícitamente respecto de aquellos que hayan incumplido su

función social, la mera verificación empírica de uno de estos supuestos no habilita la procedencia directa de esta forma de intervención estatal. *Es preciso que la causa que se invoca como fundamento de su aplicación en un caso concreto haya sido previamente determinada por el legislador.* Corresponde a la ley determinar qué conductas deben tenerse, en concreto, a efectos de la extinción del dominio, por constitutivas de enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público, grave deterioro de la moral social o incumplimiento de la función social y ecológica del derecho²²⁸⁹.

291. La ausencia de una expresa reserva de ley en el enunciado del artículo 34 párr. 2 CC mal puede entenderse como una habilitación general para su aplicación directa por los jueces²²⁹⁰. La reserva legal prevista por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC respecto del régimen general de la propiedad privada no puede ser ignorada. Menos aún cuando la notable indeterminación de los enunciados constitucionales que contienen estas causales demanda la intermediación del legislador como presupuesto para su aplicación y su compatibilidad con la garantía del derecho y principios rectores del orden constitucional como la seguridad jurídica y el Estado democrático de Derecho. Por una parte, ello permite dotar de mayor determinación a los supuestos en los cuales procede aplicar una medida tan extraordinaria como la extinción del dominio. En orden a asegurar un mínimo de certeza en las condiciones de adquisición y ejercicio de la propiedad *resulta imperioso conocer, en concreto, qué conductas dan lugar a su ejercicio*²²⁹¹. Por otra, reitera la competencia que asiste al legislador para desarrollar el orden constitucional en general y en particular las causales de extinción de dominio de manera acorde con las necesidades de cada tiempo²²⁹².

292. La exigencia de predeterminación legal de la *causa extinctionis* constituye así una primera garantía en relación con la extinción del dominio tanto en los casos de ilegitimidad del título (artículo 34 párr. 2 CC) como de vulneración de la función social del derecho (artículo 58 párr. 2 CC). Con ello se busca evitar un uso arbitrario de este recurso extraordinario por parte de la Administración o de los jueces y poner este importante instrumento a disposición del legislador. Con todo, que la Constitución confíe primariamente esta responsabilidad en la ley ordinaria²²⁹³ no se opone a que estas causales puedan ser excepcionalmente determinadas por el ejecutivo, bien en ejercicio de las facultades extraordinarias

²²⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 10, 11 y 38. También las sentencias C-389 de 1994, FJ 4 y C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²²⁹⁰ Tal es, por ejemplo, la lectura que de forma un tanto descontextualizada realizan ESCOBAR ISAZA, H. y J. ALVEAR SANÍN. "Expropiación y... *Ob. Cit.* pp. 216-217. Para estos autores la falta de una reserva de ley en el texto del artículo 34 párr. 2 CC supone que la verificación de una causal como el "grave deterioro de la moral social" puede ser apreciada "por cualquier juez, de manera soberana, en virtud de una facultad constitucional que se confiere a los jueces y que no puede ser restringida por una ley". *Cfr. Idem*, p. 216.

²²⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 38.

²²⁹² *Ibidem*, FJ 10.

²²⁹³ La exclusión de una reserva de ley estatutaria ha sido expresamente constatada por la Corte Constitucional. *Cfr.* la sentencia C-740 de 2003, FJ 13.

de legislación delegada que prevé el artículo 150.10 párr. 1 CC, bien de la potestad de legislación derivada de la declaración de los estados de excepción (artículos 212-215 CC). No obstante, en este último supuesto las causas definidas deben tener relación de conexidad con la situación invocada como fundamento del estado de excepción configurado²²⁹⁴.

293. Como ya ha sido señalado, además de precaver un ejercicio arbitrario de esta potestad, este primer presupuesto busca subrayar la importancia de la intermediación legislativa con respecto a la puesta en marcha de esta figura. Que la Constitución habilite al legislador para concretar las causales previstas de manera genérica por el constituyente para la aplicación de la extinción del dominio significa, como ha sido destacado por la Corte Constitucional, que en cumplimiento de esta labor resulta legítimo que aquél determine el ámbito al cual desea circunscribir este instrumento conforme a los requerimientos de cada momento histórico²²⁹⁵. “Bien puede él incorporar comportamientos sancionados en la ley penal como delictivos, o aludir a actos u omisiones que, aunque no elevados a la categoría de punibles, o habiéndola perdido, sí contraríen la moral o causen agravio al interés patrimonial del Estado”²²⁹⁶. La textura abierta de estas cláusulas y la reserva de ley le autorizan para configurar discrecionalmente este régimen y le permiten tipificar tantas causales específicas cuantas estime necesarias y orientarlas en la dirección que juzgue conveniente²²⁹⁷.

1.2. El control judicial sobre la *causa extinctionis*.

294. Con todo, el amplio margen de apreciación que la Constitución confiere al legislador en la identificación de las causales de procedencia de la extinción del dominio no significa que éste sea completamente libre para definir qué conductas dan lugar a esta enérgica medida. Se trata de una libertad de configuración que debe ser entendida, lógicamente, en el marco trazado fundamentalmente por los

²²⁹⁴ *Vid.* en este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional C-1007 de 2002, FJ VIII-2.2.

²²⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 10 y 11. En sentido análogo, *vid.* la sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²²⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²²⁹⁷ Así, p. ej., en materia urbanística la ley 388 de 1997 derogó las disposiciones que habilitaban la aplicación de esta técnica por incumplimiento del deber de desarrollo prioritario (artículos 79-93 de la ley 9 de 1989) y en su lugar instauró la figura del procedimiento de enajenación forzosa mediante pública subasta (artículos 52-57): una medida igualmente efectiva en términos del fortalecimiento de la coactividad de las obligaciones que manan de la función social de la propiedad urbana, pero, en tanto que venta, más respetuosa del contenido económico del derecho que la privación sin indemnización operada vía extinción del dominio. Destaca el claro nexo de la enajenación forzosa con la función social del derecho MEILÁN GIL, J. L. “La dimensión temporal de la... *Passim*, pp. 23-25. La técnica de la ejecución sustitutoria, emparentada con la figura del agente urbanizador, que ante la renuencia del propietario habilita a un tercero para llevar a cabo la construcción de un terreno, puede resultar igualmente útil a estos efectos. Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ REXACH, Ángel y Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ. *Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Montecorvo, 2004, pp. 276 y ss.

artículos 34 párr. 2 y 58 CC²²⁹⁸. A pesar de su amplitud, las nociones de enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público, grave deterioro de la moral social e incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad restringen el arco de posibilidades del legislador. Su regulación de las causales de procedencia de la extinción del dominio deberá siempre enmarcarse en este cuadro. De lo contrario, su determinación será inconstitucional y la eventual medida así practicada, inválida.

295. De este modo, de la misma manera que con base en lo previsto por el artículo 34 párr. 2 CC puede declararse legítimamente como causal de extinción del dominio de un bien su procedencia ilícita, directa o indirecta; resulta asimismo válido que el legislador contemple la privación de los bienes utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o de bienes directamente relacionados con investigaciones penales. Pese a no representar *forzosamente* supuestos de adquisición ilegítima de la propiedad (según lo establecido por el artículo 34 párr. 2 CC), en estos eventos la extinción del dominio procede por la indebida utilización de tales bienes, dedicados a actividades ajenas a la función social y ecológica del derecho y contrarias a los intereses de la colectividad²²⁹⁹. Con base en un razonamiento análogo resulta igualmente fundado prever la extinción del dominio de un bien respecto del cual a pesar de presentarse una explotación provechosa en términos económicos, se desatiende o ignora el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables y de propender por la conservación de un medio ambiente sano²³⁰⁰. En contraste, resulta inválida por desbordar este marco y resultar injustificada la previsión de esta medida respecto de bienes simplemente retenidos por las autoridades si transcurrido un año de su retención no son reclamados por sus propietarios²³⁰¹.

296. Las dificultades hermenéuticas derivadas de la indeterminación y amplitud de las cláusulas constitucionales que justifican la aplicación de esta medida son en parte mitigadas por la aplicación del principio de proporcionalidad. Éste constituye un límite decisivo al margen de apreciación que la Constitución confiere al legislador en relación con las causales de procedencia de la extinción

²²⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 4.

²²⁹⁹ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31. En sentido análogo, véase la sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

²³⁰⁰ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

²³⁰¹ Este fue el supuesto examinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-389 de 1994. Para el juez constitucional, en este caso no se presentaba ni un supuesto subsumible bajo alguno de los títulos previstos por el artículo 34 párr. 2 CC, ni un incumplimiento de la función social del derecho. Con respecto a este último aspecto, se apunta que “[e]l hecho de que se trate de bienes que no hayan sido reclamados por su dueño dentro de un determinado lapso, a primera vista, no legitima constitucionalmente la extinción, con fundamento en el art. 58 de la C.P., porque el titular del dominio en forma voluntaria no ha omitido el deber de cumplir con la función social asignada a la propiedad, pues no tiene la posesión material de los bienes, dado que estos se encuentran a disposición de la autoridad judicial. Es más, podría decirse que esta circunstancia configura una fuerza mayor en razón de la producción de un acto de la autoridad que impide al propietario del bien realizar los actos de posesión que autoriza la ley”. *Vid.* FJ 5.

del dominio. Procura desterrar la arbitrariedad y los excesos en el desarrollo de la reserva de ley vigente en esta materia. Por ende, las disposiciones que habilitan el ejercicio desproporcionado de esta potestad resultan inconstitucionales. El supuesto examinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-474 de 2005, en la cual se enjuicia la constitucionalidad de la aplicación de esta medida respecto de vehículos que han permanecido más de un año inmovilizados en estacionamientos oficiales por infracciones de tránsito es un ejemplo de ello. Una aproximación meramente formal al carácter subsumible de esta previsión bajo alguno de los títulos habilitantes de la extinción del dominio en la Constitución llevaría a concluir que se trata de un supuesto que podría encuadrarse bajo la cobertura del incumplimiento de la función social del derecho. Sin embargo, su valoración a la luz del principio de proporcionalidad permitió al juez constitucional constatar que aun cuando la finalidad perseguida por dicha habilitación era plausible -evitar el deterioro de los vehículos inmovilizados y la asunción por el Estado de los gastos del depósito- y la medida resultaba idónea para su materialización, ella no superaba los test de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Por ende, consideró que se trataba de una previsión contraria a la Constitución²³⁰². *Las causales definidas para la extinción del dominio no sólo deben enmarcarse así dentro de los supuestos previstos de forma genérica por la Constitución para su procedencia; deben, además, resultar acordes con las exigencias del principio de proporcionalidad.*

3. El procedimiento de extinción del dominio.

297. El segundo presupuesto de validez de la extinción del dominio es el procedimiento. Aunque no explícitamente formulado, este requerimiento se desprende fácilmente del artículo 34 párr. 2 CC y de su exigencia que la decisión de extinguir el derecho sea adoptada por una autoridad jurisdiccional. Ello presupone el procedimiento en sí y la activación de la garantía del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC). La vertiente procedimental del derecho de propiedad eleva igualmente este requisito: difícilmente resultaría compatible con la garantía del derecho la adopción de una determinación de este calado sin haber otorgado al afectado la posibilidad de defender *ex ante* sus intereses. Como se verá enseguida, ella no solamente demanda del Estado la articulación de una instancia que asegure formalmente al propietario la posibilidad de ser oído; presupone un conjunto de garantías materiales que limitan y orientan el poder que asiste al legislador respecto de la configuración de estos procedimientos. Así las cosas, *una extinción del dominio no puede resultar legítima si no es adoptada una vez*

²³⁰² Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 9.1. Lo mismo podría decirse, por ejemplo, de una hipotética habilitación legal para decretar la extinción del dominio respecto de los bienes que han sido adquiridos sin exigir la factura de compra. Aun cuando ello podría resultar justificado conforme a la disposición que habilita la aplicación de esta medida en supuestos de adquisición de bienes en perjuicio del tesoro público y por la importancia del deber ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (artículo 95.9 CC) y los efectos favorables que podrían derivarse de su aplicación en la lucha contra la evasión y la elusión tributarias, difícilmente podría valorarse como necesaria o proporcionada en estricto sentido.

agotado un procedimiento judicial efectuado con arreglo a las exigencias del debido proceso.

298. Al igual que ocurre en materia de expropiación, la garantía del procedimiento representa un momento central del régimen jurídico-constitucional de la extinción del dominio. Por esta razón debe ser vista en el marco de la filosofía impulsada por los artículos 29 párr. 1 y 89 CC. Esto implica que los procedimientos deben concebirse y caracterizarse como garantías de acierto, objetividad, ponderación y mayor legitimidad de las decisiones públicas, lo mismo que como instrumentos de tutela de los derechos fundamentales²³⁰³. En consecuencia, tanto la articulación legal de las correspondientes estructuras procedimentales como su aplicación concreta deben atender a las exigencias impuestas por la vertiente procedimental del derecho y la garantía del debido proceso. El legislador, la Administración y los jueces resultan igualmente compelidos por estos requerimientos. En tanto que instancia de creación del Derecho, el primero deberá definir procedimientos garantistas, materialmente aptos para asegurar verdaderas oportunidades de protección a los intereses patrimoniales de los implicados en estas causas y armonizar esta prerrogativa con la garantía del derecho. A los dos últimos corresponde una aplicación de estas estructuras procedimentales conforme con las garantías del derecho de propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC).

299. Como se verá a continuación, estas previsiones contribuyen a recortar la libertad de configuración que la Constitución otorga al legislador en este campo, especialmente en lo relativo a la estructuración concreta de los procedimientos. La definición de las vías procesales a través de las cuales se ejerce la potestad de extinción del dominio es, en este sentido, una determinación mucho más discrecional a cargo de la ley. Un último aspecto importante relacionado con la garantía del procedimiento es la regulación del destino provisional (cautelar) y definitivo de los bienes objeto de esta clase de actuaciones estatales. Como se podrá apreciar líneas abajo, dada la influencia variable que sobre él ejercen las garantías del derecho y del debido proceso, éste se configura como un ámbito sujeto a una libertad de configuración relativa.

3.1. El amplio margen de apreciación para la definición de los procedimientos de extinción del dominio y la regulación de cuestiones procesales generales.

300. Que la Constitución no aluda de manera expresa al procedimiento como presupuesto de validez de la extinción del dominio en el artículo 34 párr. 2 CC no quiere decir que éste no deba ser atendido. Significa, en cambio, *la ausencia de un modelo procedimental constitucionalmente establecido*. Esta circunstancia, sumada al

²³⁰³ Destaca algunos de estos perfiles del procedimiento BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Sobre el procedimiento... *Loc. Cit.*, p. 269.

carácter no absoluto y la apertura a la configuración legal de la garantía del debido proceso, permiten atribuir al legislador una amplia libertad de configuración en materia de definición de los procedimientos de extinción del dominio. Esto *resulta clave dada la dualidad de finalidades inmediatas que persigue esta institución y la amplitud de objetos sujetos a esta potestad*. Posibilita, por ejemplo, la legítima puesta en operación de una pluralidad de vías procesales fijadas en función del fin perseguido por cada clase de intervención. Así, que se trate de un mismo instituto no quiere decir que su ejercicio deba estar sometido en todos los casos a un único o a las mismas vías procesales. Podrán aplicarse, por ejemplo, fórmulas más expeditas para aquellos supuestos originados en el enriquecimiento ilícito o en perjuicio del tesoro público; o rodear de mayores garantías a los procesos abiertos con ocasión del incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad. El tipo de bien o el valor de los derechos a extinguir constituyen asimismo criterios válidos para establecer diferenciaciones relevantes en cuanto al procedimiento. Desde una perspectiva jurídico-procesal no puede ser lo mismo extinguir el dominio de una concesión minera no aprovechada, que de un vehículo utilizado por una banda criminal o de una inmensa fortuna procedente del narcotráfico.

301. De igual modo, esta regulación puede concentrarse en un mismo cuerpo legal, que reglamente de modo integral y general las distintas formas de extinción del dominio, fraccionarse en las distintas leyes sectoriales, o combinar ambos esquemas²³⁰⁴. Asimismo puede regularse como una intervención en la propiedad, ejercida al margen de las eventuales implicaciones jurídico-penales de la actuación del propietario²³⁰⁵, o ligarse al ejercicio del *ius puniendi* y establecer su aplicación complementaria a la acción penal (como ocurrió en vigencia de la legislación anterior, con los artículos 7 y 10 de la ley 333 de 1996), de modo que no resulte procedente adelantar acciones de extinción de dominio de manera independiente cuando quiera que existan procesos penales en curso. También pueden establecerse vías “normales”, “excepcionales” o “abreviadas” (un ejemplo de esto último se encuentra, por ejemplo, en la reciente ley 1330 de 2009 en relación con la extinción del dominio de bienes ilegítimamente adquiridos) al interior de cada una de estas hipótesis en función de la gravedad de los hechos

²³⁰⁴ Esto último es lo que sucede en la actualidad en Colombia: la ley 793 de 2002 regula de forma general la extinción de dominio procedente en los supuestos de adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave detrimento de la moral social (artículo 34 párr. 2 CC) y algunos casos puntuales de indebido ejercicio del derecho relacionados básicamente con su puesta al servicio de empresas criminales. Como se infiere de las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-821 de 2006, FFJJ 13-15, el legislador no se encuentra obligado a regular en un mismo estatuto la totalidad de los supuestos en los cuales procede la extinción del dominio. De igual forma, nada se opone a que al regular esta institución tenga en cuenta supuestos relacionados tanto con la adquisición ilegítima de bienes (artículo 34 párr. 2 CC) como con el incumplimiento de la función social del derecho (artículo 58 párr. 2 CC). *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²³⁰⁵ Es lo que hace la ley 793 de 2002. De acuerdo con ésta normativa la acción de extinción del dominio no posee carácter complementario de la acción penal y procede autónomamente, con independencia de que se halle en trámite un proceso penal. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 36.

que originan la causa o de circunstancias particulares que se presenten (la concurrencia voluntaria al proceso, en el supuesto del trámite abreviado de la ley 1330 de 2009, es un ejemplo de ello). El contenido de cada una de estas estructuras es una cuestión diferente, que será examinada en el apartado siguiente. De momento interesa resaltar que el legislador, en ejercicio de la habilitación general que le confieren el artículo 29 párr. 1 CC en relación con la garantía del debido proceso y el artículo 58 párr. 1 y 2 CC respecto de la configuración del régimen de la garantía de la propiedad y de las obligaciones inherentes a la función social y ecológica del derecho, bien puede definir *estructuras procedimentales disímiles, con diferentes plazos de duración, niveles de complejidad y de tutela de los intereses patrimoniales del afectado*. Ello deberá ser definido con arreglo a criterios objetivos que podrán pivotar sobre la distinta finalidad perseguida por cada supuesto de extinción del derecho regulado, el tipo de propiedad sobre el cual recae la medida, el valor de los bienes afectados por ella o elementos particulares del caso como el sometimiento voluntario del afectado a la potestad estatal de extinguir el dominio respecto de bienes ilegítimamente adquiridos.

302. Por último, debe destacarse que esta misma libertad de configuración le permite al legislador encomendar la tramitación de estos expedientes a autoridades pertenecientes a cualquiera de los órdenes jurisdiccionales²³⁰⁶. El carácter de intervención en la propiedad –y no de sanción penal– de esta medida y la no especificación por el constituyente de una autoridad judicial específica abre esta posibilidad y permite asignar su conocimiento tanto a órganos adscritos al orden penal (como ocurre en la actualidad con la ley 793 en su artículo 11 respecto de la extinción del dominio de bienes ilegítimamente adquiridos), como a la jurisdicción civil o contencioso-administrativa. Frente a la tajante exigencia de pronunciamiento judicial para la declaración de la extinción del derecho, resulta, en cambio, constitucionalmente vedado confiar la totalidad de la instrucción de esta clase de sumarios y la determinación final a las autoridades administrativas²³⁰⁷. Ello no excluye, desde luego, a semejanza de lo que ocurre en los supuestos de expropiación judicial, la incidental intervención de entes administrativos y la correlativa configuración de un procedimiento administrativo previo a la puesta en marcha del correspondiente instrumento procesal ante la jurisdicción. Es lo que debería ocurrir, por ejemplo, en materia de extinción del dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad agrícola; ámbito en el cual, como se verá más adelante, con claro desconocimiento de la reserva judicial prevista por la Constitución sobre esta decisión, ella ha sido atribuida a la Administración y la intervención judicial es apenas posterior y eventual²³⁰⁸.

²³⁰⁶ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-409 de 1997, FJ 3. También la sentencia C-1708 de 2000, FJ 4.1.

²³⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1708 de 2000, FJ 4.1. En este sentido, *vid.* también la sentencia C-674 de 1999, FJ 6.4.

²³⁰⁸ Vid. los artículos 52-62 de la ley 160 de 1994.

303. Por otra parte, también en lo relativo a la definición de aspectos procesales generales, tales como el régimen de nulidades²³⁰⁹, el reenvío integrador a otros estatutos procesales y la definición su orden de aplicación para superar los vacíos que se puedan presentar en el régimen que se establece (p. ej. ordenamiento procesal penal primero, procesal civil después, etc.)²³¹⁰ y la previsión o no de la resolución antes de sentencia de cuestiones procesales relevantes como la competencia, la jurisdicción o la indebida conformación de la parte demandada²³¹¹, entre otras, son asuntos remitidos a la libertad de configuración del legislador en el marco de la garantía del debido proceso. Igualmente le corresponde a la ley definir quiénes están legitimados para iniciar los procesos judiciales de extinción del dominio y para establecer si ese ejercicio se provoca por petición de cualquier persona o de oficio por una autoridad específica²³¹².

3.2. El más estrecho margen de apreciación en materia de estructuración de los procedimientos de extinción del dominio.

304. La Constitución también remite a la ley la determinación del contenido específico de los procedimientos de extinción del dominio²³¹³. No obstante, y en contraste con la amplia libertad de configuración que constitucionalmente se reconoce al legislador en punto a la definición de las vías procesales por medio de las cuales se ejercita esta potestad, la articulación de su estructura concreta debe atender a unas mayores exigencias constitucionales. Las directrices procedentes tanto de las garantías de la propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC), como de la prohibición de confiscación (artículo 34 párr. 1 CC), imponen un contenido mínimo que asegure condiciones discursivas adecuadas y recortan el margen de apreciación legislativo en este ámbito. Un procedimiento apropiadamente articulado, que racionalice la potestad extintiva del poder público y la concilie con garantías fundamentales del Estado constitucional de Derecho, constituye también, junto con la concurrencia de una causal justificativa previamente determinada por el legislador, una diferencia sustancial de la extinción del dominio con la figura de la confiscación.

305. De este modo, aun cuando las finalidades perseguidas por cada supuesto extintivo regulado habilitan la introducción de variables procesales con distinto grado de tutela del derecho, sea cual sea su configuración específica, las estructuras procedimentales definidas deberán procurar desarrollar materialmente las exigencias de la garantía del derecho y del debido proceso. Esto significa, por una parte, que deberán asegurar la *publicidad del trámite y de sus determinaciones*, así como *facilitar la participación del afectado y de terceros interesados*

²³⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJ 84-85.

²³¹⁰ *Idem*, FFJJ 57-58. *Vid.* también la sentencia C-1708 de 2000, FJ 4.4

²³¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 87.

²³¹² Corte Constitucional, sentencia C-409 de 1997, FJ 3.

²³¹³ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-1. En este mismo sentido, véase las sentencias C-409 de 1997, FJ 3; C-1708 de 2000, FFJJ 4.4 y 4.5 y C-740 de 2003, FFJJ 22, 57-58 y 87.

en los diversos momentos que integran el procedimiento. Ello constituye una condición de posibilidad de la armonización de esta figura con la garantía del derecho. Lo anterior presupone asimismo que el trámite estructurado proporcione al afectado *auténticas oportunidades de defensa de su derecho, que le permitan realizar una oposición real a las pretensiones y a los señalamientos estatales y cuestionar tanto aspectos formales (procedimiento, competencia, etc.) como materiales (configuración de la causal invocada, valoración de los medios de prueba, etc.) de su actuación.*

306. Toda vez que se trata de disciplinar el procedimiento de ejercicio de una intervención en la propiedad, sea porque se pretende desvirtuar la legitimidad del título, sea que se busca sancionar la ilegitimidad del ejercicio del derecho, la extinción del dominio *no debe ser (forzosamente) visualizada como una institución perteneciente al repertorio de instrumentos vinculados con el poder punitivo del Estado*²³¹⁴. Su lazo ontológico directo es, como se ha señalado ya, con el régimen jurídico-constitucional de la propiedad privada. Esta circunstancia resulta determinante porque supone que *su regulación no debe someterse a las garantías constitucionales propias del ámbito jurídico-penal*²³¹⁵. Por ende, la ley que determina los procedimientos aplicables en esta materia no resulta vinculada por figuras como la presunción de inocencia²³¹⁶, la *reformatio in pejus*²³¹⁷, la ultraactividad o retroactividad de la ley favorable²³¹⁸, ni por principios como el de legalidad de la pena o de irretroactividad de la ley penal²³¹⁹. Puesto que la extinción del dominio no constituye una sanción, su decreto en un caso particular no excluye (ni resulta excluido por) la imposición de otras sanciones; en consecuencia, su aplicación tampoco está condicionada por el *non bis in idem*.

307. Naturalmente, que dichas garantías no resulten trasladables al ámbito de la extinción del dominio no quiere decir que el legislador pueda presumir la ilegitimidad del título de adquisición del derecho o de su ejercicio, ni que pueda privar al afectado de oportunidades verdaderas de ser oído. Como ya ha sido señalado, las garantías del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) imponen al legislador exigencias materiales que no pueden ser desatendidas. Ello presupone, en primer lugar, que a pesar de la inaplicabilidad de la presunción de inocencia en este campo, *la determinación de declarar extinguido el dominio sobre un derecho debe fundarse en pruebas legalmente practicadas y debatidas en el curso del proceso*²³²⁰. En armonía con la presunción de buena fe del artículo 83 CC²³²¹, quien efectúa un señalamiento en relación con la

²³¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 36 y 37.

²³¹⁵ *Idem*.

²³¹⁶ *Ibidem*.

²³¹⁷ *Idem*, FJ 78.

²³¹⁸ *Ibidem*, FJ 96.

²³¹⁹ *Ejusdem*, FJ 102. En este mismo sentido, véase la sentencia C-374 de 1997, FJ 10.

²³²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 27 y 37.

²³²¹ **Artículo 83.-** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

legitimidad de la adquisición o del ejercicio de un derecho asume la carga de demostrarlo²³²². En consecuencia, pesa sobre el Estado la obligación de recaudar un acervo probatorio suficiente para concluir fundadamente que la titularidad de unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas sino ilícitas²³²³ o que su ejercicio no se aviene a las exigencias de la función social y ecológica del derecho. Esto determina la obligación de estructurar un procedimiento que ofrezca al afectado la posibilidad de *conocer y controvertir dichas pruebas y solicitar la práctica de otras que le permitan desvirtuar la pretensión y los señalamientos estatales y fundamentar probatoriamente su oposición a ella*²³²⁴. Solo en la medida en que se atienda este requerimiento el particular dispondrá de verdaderas oportunidades de defender su derecho, bien enfrentándose y rebatiendo las pretensiones estatales en relación con su propiedad, bien acreditando que el incumplimiento que se le endilga no le es imputable²³²⁵.

308. Ahora bien, ni la referida presunción de buena fe, ni la carga probatoria que pesa sobre Estado resultan incompatibles con la *distribución legal de esta carga*. La actividad procesal del afectado no puede limitarse a la simple negación de los hechos señalados por las autoridades, la oposición meramente retórica a sus pretensiones o la sola invocación de circunstancias justificativas. *Su desacuerdo debe ser fundamentado*. Por ende, el propietario implicado no se encuentra eximido del deber de aportar elementos de prueba que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a la ilicitud de la procedencia de sus bienes o al indebido ejercicio de su derecho²³²⁶. Para la Corte Constitucional, la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien se halle en mejores condiciones de probar un hecho es quien debe aportar evidencias al proceso, resulta aplicable en estos supuestos²³²⁷. En consecuencia, razona el juez constitucional, por estar el titular del derecho en mejores condiciones de probar su origen lícito, le incumbe aportar medios de convicción que *sustenten su oposición a la pretensión estatal y desvirtúen los señalamientos fundados de las autoridades estatales*²³²⁸. Esta distribución legal de la carga de la prueba no es óbice para que se reconozca al juez la potestad de decretar de oficio los medios de convicción que estime necesarios para decidir de forma adecuada el asunto que

²³²² Corte Constitucional, sentencia C-674 de 1999, FJ 5.1.

²³²³ En este sentido, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 62.

²³²⁴ *Idem*, FFJJ 27 y 37.

²³²⁵ Nada obsta para que, p. ej., el pretendido incumplimiento de los deberes que impone la función social de la propiedad pueda justificarse por causas ajenas a la voluntad del propietario (problemas del terreno, incumplimientos contractuales de terceras personas encargadas de efectuar una determinada labor, una orden judicial o administrativa, etc.); circunstancias todas que deben poder ser esgrimidas y acreditadas por el afectado en el marco del correspondiente procedimiento. Estas situaciones han sido objeto de estudio por la jurisprudencia y la doctrina española a propósito de la figura de la expropiación por incumplimiento de la función social. Al respecto, véase DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. “Expropiaciones urbanísticas: las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos”, en *RDUMA*, No. 221, 2005, pp. 135-136.

²³²⁶ En este sentido, *cfr. idem*, FJ 37.

²³²⁷ *Ibidem*.

²³²⁸ *Idem*.

se somete a su consideración²³²⁹. Como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “el juez debe intervenir de manera dinámica en la actuación, orientándola al cumplimiento de la finalidad configurada por el constituyente y, desde luego, hacia la realización de las garantías constitucionales de trascendencia procesal de las personas afectadas”²³³⁰.

309. Finalmente, frente a las implicaciones materiales para el derecho de la apertura de esta clase de procedimiento -en últimas, la propiedad se puede ver afectada tanto cautelar como definitivamente- y en consideración a la importancia de los medios de prueba para su correcta sustanciación, el legislador debe asegurar al afectado la posibilidad de impugnar decisiones con incidencia sobre alguno de estos dos extremos. Ello implica la garantía de la doble instancia respecto de determinaciones como la que vincula a un determinado bien a un proceso de esta clase²³³¹, deniega al afectado la práctica de pruebas solicitadas²³³² o declara la extinción definitiva del dominio respecto de los bienes objeto de la actuación²³³³. No resultaría, entonces, ajustado a la Constitución prever que solo esta última determinación (*rectius* la sentencia) puede ser objeto de impugnación ante el superior del funcionario que adoptó la medida²³³⁴. La importancia de la doble instancia para el derecho de defensa y las garantías del debido proceso y de la propiedad misma demandan, así, la previsión de los recursos que hagan posible asegurar que aquellas decisiones que resuelven aspectos sustanciales del proceso serán susceptibles de control por el superior jerárquico de quien adopta dicha determinación. “Que dos funcionarios independientes examinen la situación planteada en una actuación determinada, constituye una garantía para los administrados”²³³⁵ que no puede ser escamoteada por el legislador. No obstante, en tanto que sujeta a configuración legal (artículo 31 párr. 1 CC), la garantía de la doble instancia puede ser regulada por el legislador de diferentes maneras en función de la ponderación que se vea obligado a efectuar al definir la estructura de cada procedimiento en particular.

3.3. La relativa libertad de configuración legislativa para determinar (cautelar y definitivamente) el destino de los bienes objeto de la extinción del dominio.

310. También corresponde a la ley determinar cautelar y definitivamente el destino de los bienes objeto de un procedimiento de extinción del dominio. A pesar de que la Constitución remite esta materia al legislador, la diferente influencia que sobre cada una de estas determinaciones ejercen las garantías de la propiedad y del debido proceso implica que éste no goce de la misma libertad de

²³²⁹ *Ibidem*, FJ 77.

²³³⁰ *Idem*.

²³³¹ *Ibidem*, FJ 74.

²³³² *Idem*, FJ 75.

²³³³ Así lo determina, p. ej., el artículo 13.10 de la ley 793 de 2002.

²³³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 81.

²³³⁵ *Idem*.

configuración en la regulación legal de cada uno de estos extremos. Mientras que estas garantías desempeñan un papel capital de límite y guía en la articulación del régimen de las medidas cautelares, su incidencia es relativa una vez agotado el procedimiento de extinción del dominio según el sentido de la decisión que se adopte.

311. En cuanto mecanismos orientados a asegurar tanto la evasión del ejercicio de esta potestad, como la protección del derecho provisionalmente afectado en aras de garantizar la eventual realización posterior de los fines del proceso de extinción de dominio, la articulación del régimen de medidas cautelares procedentes en esta materia se encuentra fuertemente influenciado por las garantías de la propiedad y del debido proceso. En consideración a sus efectos sobre el poder de disposición sobre el derecho afectado ellas demandan, por un lado, que (i) el decreto de esta clase de medidas esté condicionado por la existencia de un fundamento probatorio suficiente, capaz de permitir inferir razonablemente que el (los) derecho(s) cuestionado(s) carece(n) de un título legítimo de adquisición o que su utilización riñe con las exigencias de su función social y ecológica. Por otro, (ii) que se prevean medidas tendientes a asegurar la tanto la conservación material de los bienes afectados, como de su función productiva o, al menos, la intangibilidad de los intereses económicos del afectado. De este modo, si bien el legislador es libre de establecer las medidas que juzgue pertinentes (*v. gr.* la inscripción de la vinculación del bien a un procedimiento de esta clase en el registro de la propiedad –si éste existe– con la subsecuente suspensión del poder dispositivo del bien; el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física), ello debe encontrar su contrapeso en la correlativa imposición de especiales deberes de cuidado en relación con la conservación y el aprovechamiento que de estos bienes efectúe la entidad que se señale como su depositaria, y la previsión de fórmulas que apunten a salvaguardar los intereses patrimoniales del afectado (*v. gr.* fianzas, pólizas de seguro, etc.).

La obligatoria práctica de un inventario y un avalúo de los bienes afectados, así como la autorización y definición legal de un régimen para la celebración de contratos de fideicomiso, arrendamiento o comodato respecto de algunos bienes, o la venta de algunos otros (*v. gr.* los bienes consumibles que amenacen deteriorarse), lo mismo que la articulación de un procedimiento con plazos ciertos y etapas preclusivas, y la especificación del régimen de responsabilidad aplicable a quien actúe como depositario de estos bienes y la forma de asumir los costes que representa la administración de estos bienes, son cuestiones que deben ser atendidas por la ley en atención a las exigencias de las garantías del derecho y del debido proceso. *Tanto la preservación del interés económico del propietario como de la utilidad social del bien deben constituir los focos en torno a los cuales se defina este régimen.*

312. Surtido el procedimiento, la influencia de estas garantías apuntará en distintos sentidos dependiendo de si la decisión final estima o desestima la pretensión extintiva ejercitada. En este último supuesto exigirán la articulación de unas estructuras procedimentales adecuadas para asegurar el pronto restablecimiento al afectado del poder de disposición sobre el bien que fue objeto de medidas cautelares. De darse el evento contrario, esto es, de producirse la declaración de extinción del dominio, el derecho afectado será sustraído del patrimonio de quien hasta entonces fue su titular y pasará a estar radicado en cabeza del Estado. Por ende, le corresponde al legislador determinar este procedimiento de transferencia definitiva en función de si el bien en cuestión ya se encontraba o no en manos públicas²³³⁶. Ello implica la potestad de determinar la entidad que recibirá el derecho, las finalidades a las cuales deberá aplicarse, así como los medios a través de los cuales podrán atenderse tales objetivos.

El legislador se encuentra, entonces, habilitado para vincular los derechos así adquiridos a programas o proyectos sociales como la reforma agraria o la sustitución de cultivos ilícitos, el estímulo de determinadas actividades productivas o la acción de organismos privados sin ánimo de lucro dedicados a la realización de actividades de interés general acordes con los instrumentos de planificación del desarrollo. Su discrecionalidad en este aspecto es notable. Como ha sido señalado por la Corte Constitucional, esta facultad del Congreso “es inherente a la función que cumple en cuanto, por una parte todo bien que ingrese al Tesoro Público debe ser asignado y administrado con arreglo a la ley, y, por otra, los programas de rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado deben tener origen en la ley y ser desarrollados según sus disposiciones”²³³⁷. Con todo, por tratarse de bienes públicos, la determinación legal deberá prever modalidades de gestión que se ajusten a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa por mandato del artículo 209 párr. 1 CC.

4. El pronunciamiento judicial que declare la extinción del dominio sobre un bien.

313. El último presupuesto habilitante para el ejercicio de esta potestad pública es que se declare por decisión de un órgano jurisdiccional. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC la extinción del dominio deberá declararse “por sentencia judicial”. Pese a la claridad de esta previsión, la jurisprudencia constitucional no ha sido unánime respecto a su interpretación. En ocasiones se ha mostrado tajante en relación con esta exigencia y ha caracterizado a la sentencia como la única vía posible para decretar extinguido un derecho²³³⁸; en

²³³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 1997, FJ 7.

²³³⁷ *Idem*, FJ 8.

²³³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-409 de 1997, FJ 3. También, en este sentido, las sentencias C-176 de 1994, FJ D-1 b) y C-374 de 1997, FJ C 2.

otras, sin embargo, ha aludido de forma genérica e indistinta a la concurrencia de sentencia o a “cualquier decisión judicial que tenga un carácter definitivo”²³³⁹ para producir este efecto. Así, por ejemplo, no ha encontrado contraria a la Constitución la autorización legal alguna vez otorgada para ejercitar esta potestad mediante decisiones judiciales de otra clase²³⁴⁰. De cualquier forma, y con independencia de acentos o matices, la Corte Constitucional ha encontrado en la *reserva judicial* sobre esta determinación un aspecto nuclear de la privación sin indemnización operada por vía de esta figura²³⁴¹. En su concepto, esta reserva sobre la declaración de extinción del dominio no sólo es compatible con la estructura del poder público y con la separación funcional de las distintas ramas que la integran, sino que, en tanto que afectación radical y definitiva del derecho de propiedad, “es imperativo que su declaración proceda de una autoridad pública sometida únicamente a la Constitución y a la ley, autónoma, imparcial e independiente”²³⁴².

314. Con todo, el claro fundamento constitucional de esta fórmula no ha evitado las vacilaciones de la jurisprudencia en punto al alcance general de la reserva. Al referirse a supuestos no subsumibles bajo las causales del artículo 34 párr. 2 CC (adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social), la Corte Constitucional ha considerado que la extinción del dominio puede ser declarada *en el curso de un proceso judicial o en sede administrativa*²³⁴³. Este planteamiento se explica por la idea según la cual los dos tipos de extinción del dominio, por ilegitimidad del título de adquisición y por ilegitimidad del ejercicio, difieren en su fundamento normativo y, por tanto, en su régimen y presupuestos de procedibilidad. Así, “[m]ientras que la primera está sujeta a los motivos y a los requisitos del artículo 34 constitucional, esto es que el bien haya sido adquirido mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, y que exista un pronunciamiento judicial que declare extinguido el dominio; la segunda tiene lugar cuando el propietario se desentiende de los deberes ligados a la función social que deben cumplir los bienes de los cuales es titular y no está sujeta a las previsiones del artículo 34 de la Carta”²³⁴⁴. En consecuencia, concluye el juez constitucional, esta última “puede tener lugar mediante el pronunciamiento de una autoridad administrativa y recaer sobre bienes legítimamente adquiridos”²³⁴⁵.

²³³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1993, FJ 2.

²³⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

²³⁴¹ La existencia de la reserva judicial es proclamada sin ambages en las sentencias C-674 de 1999, FFJJ 6.4 y 6.9 y C-740 de 2003, FJ 77.

²³⁴² Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 77.

²³⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 24. En este mismo sentido, *vid.* también la sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

²³⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*. En un sentido análogo, *cfr.* las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-066 de 1993, SNFJ o C-740 de 2003, FJ 31.

²³⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

Aun cuando esta idea retoma una línea tempranamente expuesta por la jurisprudencia constitucional²³⁴⁶, ella no resulta compatible con el auténtico *fundamento común* (artículo 34 párr. 2 y 58 CC) que poseen las dos formas posibles de esta intervención en el ordenamiento colombiano²³⁴⁷. Adicionalmente, como se demostró al analizar las razones por las cuales los requisitos previstos por el artículo 34 párr. 2 CC deben tomarse como base general de la regulación constitucional de los presupuestos de validez de la extinción del dominio²³⁴⁸, tal planteamiento riñe tanto con las exigencias materiales impuestas por el principio de igualdad y el principio *pro libertate*, como con los propios desarrollos jurisprudenciales en relación con el régimen constitucional de la extinción del dominio en los cuales se ha acuñado la fórmula de la reserva judicial²³⁴⁹. En

²³⁴⁶ Cfr. las sentencias C-006 de 1993, FFJJ 15 y 24; C-066 de 1993, SNFJ o C-216 de 1993, FJ C 2.

²³⁴⁷ A mi juicio, afirmar tajantemente que cada una de las modalidades de extinción del dominio que reconoce la Carta encuentran un fundamento normativo diferenciado e independiente –el artículo 34 párr. 2 CC para aquella que procede respecto de la propiedad ilegítimamente adquirida y el artículo 58 CC en relación con el despojo de la propiedad ilegítimamente ejercida– representa un error en la apreciación global del sistema normativo de la propiedad privada en la Constitución. Como ya ha sido señalado, en uno y otro evento la extinción del dominio debe ser vista como una potestad pública –no una acción procesal– relacionada con el régimen constitucional de la propiedad; un instituto que apunta, justamente, a la consolidación y fortificación de las normas que integran dicho régimen. Por ende, en uno y otro caso dicha potestad se construye a partir de una interrelación fluida entre los artículos 34 párr. 2 y 58 CC. Mientras que el primero consagra el instrumento, el segundo contiene las líneas maestras de dicho régimen: encierra tanto la exigencia de un título legítimo para la adquisición del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC), como la de su legítimo ejercicio para su mantenimiento (artículo 58 párr. 2 CC). Que el artículo 34 párr. 2 CC especifique la primera de tales exigencias y contemple expresamente la posibilidad de declarar la extinción de los derechos adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social mal puede servir de base para postular una ruptura neta entre el fundamento normativo de cada una de estas actuaciones. Antes que por *una u otra* disposición, una comprensión global del régimen constitucional de este derecho impone entender que con independencia del tipo de extinción del dominio que se ejercite, su fundamento estará conformado, concurrentemente, por *estos dos* enunciados.

²³⁴⁸ Vid. las consideraciones efectuadas *supra* en el apartado B-1.2 de este Capítulo.

²³⁴⁹ De aquí que resulte difícilmente admisible el argumento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-066 de 1993 (SNFJ), según el cual la exigencia de respeto a la reserva jurisdiccional prevista por el artículo 34 párr. 2 CC, ratificada más adelante por la propia jurisprudencia constitucional en la decisión C-674 de 1999, FFJJ 6.4, 6.9 y 6.10, se basa “en la falsa hipótesis según la cual únicamente es factible la extinción del dominio en los casos del mencionado artículo 34, inciso 2º, de la Carta Política, olvidando las fuentes que de tiempo atrás han sido incorporadas a nuestra estructura jurídica para la aplicación de dicha consecuencia sin necesidad de texto constitucional expreso y como resultado de una pérdida o abandono de la función social de la propiedad reconocida por la Constitución desde 1936”. Reconocer la pervivencia de la concepción originaria de la extinción del dominio aun a pesar de su falta de cobertura expresa por lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC no puede significar la total sustracción de esta figura del régimen que la Constitución ha previsto para la institución. Aun cuando el propio reconocimiento de la aplicación de esta figura *praeter constitutionem* podría resultar cuestionable desde una concepción estricta de la garantía constitucional del derecho en consideración a su carácter fuertemente restrictivo (ablativo) del mismo, que se admita la posibilidad de su desarrollo por el legislador en atención a la holgada habilitación que la Constitución le confiere para el desarrollo del régimen de la propiedad y de su función social no significa asumir la remisión integral a la ley de la definición del régimen específico de esta figura.

últimas, como ha sido afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 1999 (FJ 6.9), “la Carta ha querido proteger el derecho de propiedad, de tal manera que ha consagrado una reserva judicial para que a una persona se la pueda privar del dominio de un bien, sin compensación, y como consecuencia de la violación de una norma del ordenamiento”. Por ende, concluye el juez constitucional, la infracción de un *deber legal* –como ocurre visiblemente en los supuestos de función social- que dé lugar a sanciones *que impliquen la privación definitiva de la propiedad* “sólo pueden ser declaradas por los jueces, no sólo por expreso mandato constitucional sino, además, porque llegan a desconocer (...) un derecho constitucional, como la propiedad”²³⁵⁰.

315. Lógicamente, que la referida reserva judicial resulte aplicable por igual a los supuestos de extinción del dominio por ilegitimidad de la adquisición del derecho, que por incumplimiento de la función social, no quiere decir que la Administración se vea privada de la potestad de realizar acciones que comportan el desapoderamiento temporal de bienes de propiedad privada. Es el caso del decomiso. El carácter *no definitivo* de la privación del derecho que resulta de la práctica de esta medida²³⁵¹ hace que ella no caiga bajo la cobertura la reserva judicial de la extinción del dominio en tanto que *despojo definitivo y no compensado del derecho*. Tampoco significa, como se verá más adelante, que la Administración no pueda declarar por sí misma la verificación de las condiciones resolutorias o extintivas incorporadas como cláusulas accesorias en los títulos que dan vida a determinadas formas de propiedad emanadas de actos administrativos (p. ej. aprovechamientos mineros o de recursos naturales). En estos supuestos, la

Como ya ha sido señalado, la drasticidad de sus efectos sobre la garantía del derecho y el principio de igualdad se oponen a tal consideración y exigen atender los referentes sentados por la regulación constitucional de este instituto. Que en sus orígenes la extinción del dominio por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la función social del derecho haya sido articulada por el legislador en ausencia de una norma constitucional que enmarcara su desarrollo no puede significar que hoy en día, en vigencia de un texto constitucional diferente –presidido por otros valores y otra lógica, como la de la garantía de los derechos fundamentales y su aplicación directa-, se puedan ignorar las directrices que la propia Constitución imparte al legislador, en general, en punto al desarrollo de este instituto. El desafío de la hermenéutica constitucional consiste en lograr decantar los elementos que se derivan de esta regulación y fundamentar racionalmente un régimen que abarque las distintas modalidades practicables de esta figura y resulte compatible tanto con la garantía del derecho de propiedad, como con las necesidades de reforzar las reglas constitucionales en materia de legítima adquisición y ejercicio del derecho.

²³⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-674 de 1999, FJ 6.9. Sobre el “carácter sancionatorio” de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

²³⁵¹ El carácter forzosamente *no definitivo* que debe poseer el decomiso administrativo en el orden constitucional vigente es resaltado por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 1999, FFJJ 7-10. Este pronunciamiento rectifica la jurisprudencia sentada en una decisión anterior (C-194 de 1998), en la cual se consideró legítima la privación administrativa definitiva de un bien por considerar –sin tener en cuenta su efecto nugatorio del derecho ni la garantía constitucional de éste- que en tanto expresión de la potestad sancionatoria de la Administración, esta modalidad de decomiso no se encontraba sujeta a las exigencias del artículo 34 párr. 2 CC.

especial naturaleza de dicho tipo de propiedad (*propiedad especial*²³⁵²), que nace sujeta a las condiciones impuestas en el acto que le configura, a pesar de producirse materialmente un desapoderamiento del derecho análogo al que resulta del ejercicio de la extinción del dominio, habilita este proceder. Sí implica, en cambio, como también se apreciará en detalle líneas abajo, la inconstitucionalidad del actual esquema procedimental que disciplina el ejercicio de esta potestad por incumplimiento de la función social y ecológica en casos como la propiedad agraria (artículos 52-62 de la ley 160 de 1994) o minera (artículo 29 del Código de Minas). La delegación de esta prerrogativa en autoridades administrativas y el carácter apenas posterior y eventual de la intervención judicial supone un abierto desconocimiento de la reserva judicial imperante en esta materia.

C. Tipos de extinción del dominio en Colombia.

316. Aun cuando el artículo 34 párr. 2 CC alude únicamente a la extinción del dominio de aquellos derechos que han sido ilegítimamente adquiridos (mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social), como ya ha sido señalado de forma precedente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que no es ésta la única modalidad constitucionalmente admisible de esta forma de intervención en el derecho de propiedad. A pesar de las muchas dudas que suscita este planteamiento desde la óptica de la garantía del derecho, la tradición de esta institución en el ordenamiento colombiano²³⁵³, el énfasis puesto por el constituyente de 1991 en la vinculación social de la propiedad privada y el contexto axiológico en el que se enmarca la garantía del derecho le han permitido considerar que además de la extinción de dominio que tiene lugar por no satisfacerse las exigencias relacionadas con la legitimidad del título que origina el derecho conforme a lo previsto por el artículo 34 párr. 2 CC, ella procede también por incumplimiento de la función social y ecológica que le es inherente²³⁵⁴. Que ésta sea la realidad

²³⁵² Vid. *supra* los apartados D-2 del Capítulo Segundo y A-1.2 c) del Capítulo Tercero de esta investigación.

²³⁵³ Como ya ha sido señalado, la figura de la extinción del dominio fue introducida al ordenamiento colombiano por el legislador tras la proclamación de la función social de la propiedad efectuada en la reforma constitucional de 1936. Con base en esta fórmula, tanto la legislación de la propiedad agraria como de la urbana, minera y de aguas han previsto de tiempo atrás la aplicación de la extinción del dominio cuando el ejercicio de la propiedad no resulta conforme a las exigencias de la función social del derecho. Esta tradición institucional le ha permitido entender al juez constitucional que la procedencia de la extinción del dominio no se circunscribe únicamente a los supuestos señalados por el artículo 34 párr. 2 CC.

²³⁵⁴ Para el juez constitucional, la fórmula empleada por el artículo 34 párr. 2 para determinar los supuestos de aplicación del instituto "no implica en modo alguno que la prevista en el aludido texto sea la única forma constitucional de extinción del dominio, pues aceptarlo así llevaría a un retroceso que resultaría incomprensible en una Constitución Política que, como la vigente, proclama entre sus valores fundantes la realización de los postulados esenciales del Estado Social de Derecho, la efectividad de los derechos, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la solidaridad y la prevalencia del interés general (artículos 1º y 2º de la

jurídico-positiva de la materia no es óbice para que se efectúe una aproximación crítica a la misma. Por esta causa, además de realizar una exposición de los aspectos principales de estas dos modalidades del instituto extintivo se indague sobre el encaje constitucional actual de la tradicional extinción del dominio por incumplimiento de la función social.

317. Sea como sea, a la vista de la realidad jurisprudencial vigente dos son las formas de extinción del dominio existentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Una y otra se hallan sujetas a los presupuestos de procedibilidad analizados en el apartado B de este Capítulo (*causa extinctionis* legalmente señalada, procedimiento con arreglo al debido proceso y pronunciamiento judicial que declare extinguido el derecho); difieren, no obstante, en los motivos desencadenantes de su ejercicio y las finalidades concretas perseguidas por cada una de ellas. Aunque se trata de una disparidad que no determina una separación tajante de los regímenes correspondientes a cada modalidad del instituto –en general deben atender a las mismas exigencias constitucionales y conllevan la producción del mismo efecto jurídico–, les troquela con elementos particulares que ameritan su tratamiento diferenciado. Esto, con el fin de dar un relieve adecuado a tales peculiaridades, referentes tanto a las causales que justifican la procedencia de esta medida, como al sentido concreto de cada forma de extinción del dominio y a las implicaciones que esto puede acarrear en relación con aspectos tan variados como la estructura del procedimiento, la autoridad competente para su trámite o la protección de terceros de buena fe.

1. Extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición de la propiedad.

318. La extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición de la propiedad es aquella que procede respecto de bienes que han sido adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social en consideración al vicio congénito que la afecta. Expresamente regulada por el artículo 34 párr. 2 CC, esta modalidad del instituto extintivo atiende directamente a la motivación del constituyente de desincentivar el enriquecimiento contrario a los intereses de la sociedad y al margen de la legalidad y de la ética pública²³⁵⁵. Busca hacer operativa la previsión contenida en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC según la cual la garantía del derecho se encuentra condicionada a que éste haya sido adquirido “con arreglo a las leyes civiles”. Con ella se busca llevar a la práctica el postulado fundamental según el cual “[s]ólo lo lícito genera derechos y por fuera de la ley no puede haber amparo del Estado”²³⁵⁶

Constitución”. Vid. Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ. Este planteamiento es ratificado en otras decisiones como las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-216 de 1993, FJ C 2; C-389 de 1994, FFJJ 2 y 4; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31 o C-474 de 2005, FJ 6.

²³⁵⁵ Vid. *Gaceta Constitucional*, No. 46... *Loc. Cit.*, p. 27; o también *Gaceta Constitucional*, No. 66... *Ob. Cit.*, pp. 52 y ss.

²³⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

(cursivas fuera de texto). Con este fin, como ha sido observado por la Corte Constitucional, dicho enunciado debe ser entendido como la norma que establece “la primera exigencia constitucional” impuesta al derecho de propiedad: “consagra la licitud del objeto mismo y, por supuesto, de su causa, de manera que aquélla sólo merece protección del Estado cuando su adquisición ha estado precedida de justo título y obviamente no tiene por fuente el delito ni, en general, un origen al margen de la ley”²³⁵⁷.

319. Haber sido concebida por el constituyente como un instrumento en la lucha contra el crimen organizado y tener lugar por causales como el enriquecimiento ilícito o la adquisición de bienes en detrimento del tesoro público, comportamientos con referentes jurídico-penales ampliamente conocidos, ha determinado un sesgo hacia este campo en la forma como esta modalidad del instituto extintivo ha sido apreciada y desarrollada. Antes que como una intervención en la propiedad privada, ella suele ser vista como una expresión más del *ius puniendi* estatal. Esta idea, esbozada en algunos pronunciamientos iniciales del juez constitucional²³⁵⁸, ha sido paulatinamente abandonada. Aunque dominada por una visión procesal del instituto –que le lleva a caracterizarle como una acción²³⁵⁹ y no como una potestad-, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia ha conseguido reivindicar la autonomía de esta figura y desligar su procedencia de los presupuestos que rigen la responsabilidad penal.

320. No obstante, su evidente proximidad con la política criminal se ha traducido en una no desdeñable influencia sobre la regulación jurídico-positiva de esta modalidad de extinción del dominio. En ella se puede corroborar la vocación de esta potestad de servir como herramienta auxiliar del Estado en la lucha contra algunas de las distintas formas delincuenciales a las que éste debe encarar. A continuación se analizarán algunos de los puntos en los cuales es más visible este influjo (determinación de la *causa extinctionis*, del procedimiento y del ensanchado alcance de esta potestad, limitado por la obligada protección a terceros de buena fe). Como podrá apreciarse, de él se deriva una clara singularización de esta figura. Antes de emprender dicho análisis es preciso, no obstante, examinar con más detalle los fundamentos de este tipo de intervención

²³⁵⁷ *Idem*. En un sentido análogo, también la sentencia C-740 de 2003, FJ 6.

²³⁵⁸ Así, con base en una interpretación del artículo 34 párr. 2 CC a la luz de los debates surtidos en la Asamblea Nacional Constituyente, *cfr.* la sentencia C-389 de 1994, FFJJ 4 y 5. En esta decisión el juez constitucional sostiene que la extinción del dominio prevista por el referido artículo 34 párr. 2 CC posee “la naturaleza jurídica de una pena accesoria a la que corresponde al delito que se juzgue. Sin embargo, el legislador la puede instituir como una pena principal” (FJ 4). Afirma igualmente que la procedencia de esta medida “necesariamente se vincula con la existencia de un delito, cuya materialidad debe ser establecida en un proceso penal y en el cual se haya determinado la autoría del responsable” (FJ 5). Esta misma línea es firmemente defendida por un grupo de magistrados disidentes que suscriben el voto particular a la sentencia C-374 de 1997. *Vid.* salvamento de voto de la sentencia C-374 de 1997 de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²³⁵⁹ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20. En este mismo sentido, véase la sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

extintiva y su autonomía respecto de instituciones del Derecho Penal como el proceso penal y la pena.

1.1. Los fundamentos de la extinción del dominio por ilegitimidad del título y su autonomía respecto del proceso penal.

321. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, la adquisición y amparo por la garantía del derecho de la propiedad constitucional exige un título legítimo²³⁶⁰. Su ausencia y la concurrencia de alguna de las causales previstas por el legislador en el marco de lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC habilitan el inicio de un procedimiento que culmine con la declaración por un juez del decaimiento del derecho ilegítimamente adquirido. Así, más que sancionar un atentado contra un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, esta modalidad de extinción del dominio busca *asegurar la consolidación y el efectivo cumplimiento de las disposiciones que integran el régimen constitucional de la propiedad privada en punto a su adquisición.*

322. Por esta razón, esta clase de intervención en la propiedad no puede ser considerada una pena que se ha de imponer de manera principal o accesoria como consecuencia de la comisión de un delito²³⁶¹. De ser tal el caso, el artículo 34 párr. 2 CC no sólo no representaría innovación alguna²³⁶² -no sería más que la formalización constitucional de medidas previamente adoptadas por el legislador penal para hacer frente a delitos de especial gravedad-, sino que además la estructura, funcionamiento y finalidad del instituto poseerían un sentido totalmente distinto. Así, por ejemplo, su ejercicio quedaría supeditado a la demostración de la responsabilidad penal del propietario, de suerte que sin esta previa declaración no podría haber lugar a su ejercicio ni dentro ni fuera del proceso penal instruido. Adicionalmente conllevaría la necesidad de restringir la *causa extinctionis* a comportamientos siempre tipificados como hechos punibles, sujetar la institución al reconocimiento de las garantías propias del Derecho Penal (presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, principio de culpabilidad, prohibición de la *reformatio in pejus*, prohibición de la retroactividad de la ley y principio de legalidad de la pena, garantía de la aplicación de la ley más favorable, *non bis in idem*, etc.) y confiar su conocimiento de modo invariable a la justicia penal.

323. Las marcadas restricciones que se derivan de esta comprensión para el margen de configuración y aplicación de este instituto, lo mismo que la falta de argumentos dogmáticos de peso que fundamenten esta interpretación²³⁶³, han

²³⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2. En este mismo sentido, *vid.* la sentencia C-740 de 2003, FFJJ 6 y 31.

²³⁶¹ El carácter de pena es rechazado expresamente por la Corte Constitucional en sentencias como C-374 de 1997, FJ C 4-2; C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20.

²³⁶² *Vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-740 de 2003, FJ 10.

²³⁶³ En la sentencia C-740 de 2003, FFJJ 18-21, la Corte Constitucional efectúa un interesante análisis de los cargos expuestos por quienes impugnaban la ley 793 de 2002 por considerar que

llevado a la Corte Constitucional a reivindicar su autonomía en relación con el *ius puniendi* estatal y su estrecho vínculo con el régimen constitucional de la propiedad privada²³⁶⁴. Lo primero le ha permitido subrayar que *no se trata de una pena impuesta por la comisión de un delito*, sino de una medida cuya aplicación tiene lugar con independencia del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado²³⁶⁵. Así, explica la Corte, “[u]n dominio amparado en un título injusto se extingue, indistintamente de que para la consecución de tal título se haya cometido o no una conducta punible”²³⁶⁶. Lo segundo ha hecho posible reivindicar que se trata de una medida no motivada por intereses patrimoniales particulares sino por intereses superiores del Estado; cuestión determinante para deslindar su órbita respecto del ámbito del Derecho Civil²³⁶⁷.

324. La autonomía que la Constitución confiere al ejercicio de esta potestad en relación con el juicio criminal en el que eventualmente podría verse implicado el propietario que incurra en supuestos de adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, conduce a que no sea necesario que se haya iniciado, que esté en curso o que haya habido un proceso penal para que la extinción del dominio pueda llevarse a cabo²³⁶⁸. Tampoco hace precisa una sentencia penal inculpativa para que ésta prospere²³⁶⁹; ni resulta excluida por la imposición de sanciones penales o administrativas. De igual modo, y en contraste con el carácter personal de la responsabilidad penal, la extinción del dominio puede recaer sobre bienes que han sido transferidos *mortis causa* a los herederos o legatarios de quien con su comportamiento originó el vicio que aqueja a una propiedad determinada²³⁷⁰. Adicionalmente abre un amplio abanico de posibilidades en relación con la determinación de las causales de extinción del dominio, que bien pueden ser o no comportamientos tipificados como delictivos por la ley penal²³⁷¹. El ámbito de esta modalidad de la extinción del dominio es más amplio que el de la mera comisión de delitos²³⁷². Como ha sido observado por la Corte Constitucional, lo que hizo el artículo 34 párr. 2 CC fue “consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar legitimidad de los bienes, *indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante*”²³⁷³ (cursivas fuera de texto).

infringía la visión pretendidamente constitucional de esta figura como pena y los desestima por encontrarlos carentes de fundamento en el texto de la Constitución.

²³⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20. También en este sentido, *vid.* la sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

²³⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20.

²³⁶⁶ *Ibidem*, FJ 26.

²³⁶⁷ *Idem*, FJ 16.

²³⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²³⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 16 y 18.

²³⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 2.

²³⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 16 y 20.

²³⁷² *Idem*. En un sentido análogo, véase la sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²³⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 10.

325. No obstante, como se podrá apreciar al analizar las diferentes causales previstas por la Constitución y su desarrollo legal, a pesar de la amplia habilitación constitucional que a este respecto le ha sido atribuida al legislador, éste se ha centrado fundamentalmente en la represión de bienes adquiridos mediante la comisión de delitos. Sea como sea, es claro que este desarrollo no agota las posibilidades que ofrece la regulación constitucional de esta figura; de modo que aquél es libre de apartarse de esa línea e introducir nuevas causales cuando lo juzgue conveniente o necesario. En últimas, en ejercicio de la habilitación que le ha sido conferida puede desarrollar este instituto de manera compatible con las necesidades de cada tiempo, siempre que se atienda el marco constitucionalmente establecido para el ejercicio de esta competencia²³⁷⁴.

1.2. La determinación de la *causa extinctionis* a la luz del artículo 34 párr. 2 CC.

326. La concurrencia de una causal de extinción del dominio previamente determinada por el legislador constituye el primer presupuesto para que proceda el ejercicio de esta medida. Si bien el artículo 34 párr. 2 CC alude de modo genérico a la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social como causas justificantes de una privación de esta especie, su aplicación concreta está supeditada a su especificación por ley. Corresponde al legislador determinar qué conductas deben tenerse, *a efectos de la extinción del dominio*, por constitutivas de enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social²³⁷⁵.

327. En consideración a la ya referida autonomía de la extinción del dominio respecto del *ius puniendi* y a la textura abierta de las causales previstas por la Constitución, el legislador goza de un notable margen de apreciación para la determinación de estas conductas. “Bien puede él incorporar comportamientos sancionados en la ley penal como delictivos, o aludir a actos u omisiones que, aunque no elevados a la categoría de punibles, o habiéndola perdido, sí contraríen la moral o causen agravio al interés patrimonial del Estado”²³⁷⁶. La habilitación constitucional para precisar estas causales, que pueden o no ajustarse a los requerimientos de la política criminal (conductas punibles), hace de éste un instrumento flexible, susceptible de ser direccionado en diferentes sentidos de acuerdo con los requerimientos del momento²³⁷⁷. En últimas, corresponde al legislador reformar, ampliar, restringir, adicionar, interpretar y derogar, total o parcialmente, las leyes (artículo 150 párr. 1 y numerales 1 y 2 CC); con lo cual aquél, en ejercicio de la función legislativa, puede imprimir a esta herramienta el

²³⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 10.

²³⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FFJJ 10, 11 y 38. También las sentencias C-389 de 1994, FJ 4 y C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²³⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C 4-2.

²³⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 10.

sentido que estime más conveniente en función de las necesidades de cada tiempo. Por ahora, como podrá observarse enseguida, dado el sesgo jurídico-penal que se ha imprimido a las causales de procedencia en la ley, su utilización discurre paralela a la del *ius puniendi* estatal.

a) El enriquecimiento ilícito.

a') Aspectos generales.

328. El enriquecimiento ilícito es la primera de las causas previstas por la Constitución como desencadenante de la extinción del dominio. El carácter indeterminado de esta fórmula precisa el desarrollo del legislador a efectos de identificar en concreto las conductas que dan lugar a su ejercicio. Con ser cierto que el enriquecimiento ilícito tiene hoy en el ordenamiento penal colombiano, y de manera autónoma, el carácter de delito²³⁷⁸, también lo es que el ámbito de cobertura de esta causal puede ser más amplio que el de los tipos penales que específicamente reprochan esta conducta. Esto, sin contar con que, aun cuando resulta indudable que de las tres causales extintivas previstas por el artículo 34 párr. 2 CC es ésta la que presenta un nexo más directo con el ordenamiento penal, lo ilícito puede no reducirse únicamente al ámbito de lo punible penalmente²³⁷⁹. Se trata, pues, de una causal provista de una especial amplitud; que puede fácilmente solaparse en determinados supuestos con el más difuso ámbito de cobertura de las otras dos. De ahí la importancia de que el legislador en su labor de desarrollo de estas previsiones articule fórmulas claras y precisas,

²³⁷⁸ El ordenamiento penal colombiano sanciona tanto el enriquecimiento ilícito de particulares como de servidores públicos. El primero se encuentra tipificado por el artículo 327 de la ley 599 de 2000 o Código Penal en el marco de los delitos contra el orden económico social (Título X del Libro Segundo); el segundo, por el artículo 412 *idem*, y forma parte de los delitos contra la Administración Pública (Título XV del Libro Segundo). Los textos de estas disposiciones son los siguientes:

Artículo 327.- Enriquecimiento ilícito de particulares <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 412.- Enriquecimiento ilícito. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

²³⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 16.

que permitan a los afectados conocer con certeza el fundamento del ataque que se dirige contra su propiedad como presupuesto para poder defenderse de él.

329. Como ya ha sido señalado, a pesar de que el legislador es libre de acentuar o prescindir del vínculo con el *ius puniendi* estatal si lo juzga conveniente o necesario, desde una perspectiva jurídico-constitucional la extinción de dominio se encuentra desligada de la comisión de conductas punibles²³⁸⁰. En consecuencia, en términos estrictamente constitucionales, la extinción del dominio que tiene lugar con base en esta causal no tiene porque depender de la adecuación de la conducta del propietario a alguno de los tipos que reprimen concretamente este comportamiento (artículos 327 y 412 Código Penal Colombiano)²³⁸¹. Esto no quiere decir que el legislador sea completamente libre para determinar qué es ilícito de cara a la aplicación de esta medida. En cumplimiento de esta tarea debe ser coherente con el conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y atender, por ende, a los límites impuestos por principios constitucionales como la seguridad jurídica, la igualdad y la buena fe; lo mismo que al principio de proporcionalidad.

330. Ahora bien, el énfasis en la persecución de los patrimonios procedentes de la comisión de delitos dado por la regulación legal de este enunciado constitucional contenida en el artículo 2 de la ley 793 de 2002, la estructura un tanto confusa de este precepto y el alcance incierto de un condicionamiento efectuado por el juez constitucional al examinar su constitucionalidad, impiden saber a ciencia cierta si, legalmente, a efectos de extinción del dominio el enriquecimiento ilícito tiene o no un significado más amplio que el que le asigna específicamente el Derecho Penal a esta conducta (artículos 327 y 412 del *ejusdem*). A continuación se procurará esclarecer esta situación.

a´) Desarrollo legal.

331. El artículo 2 de la ley 793 de 2002 regula las diferentes causales de procedencia de esta potestad previstas por el artículo 34 párr. 2 CC. En él se establece primero, de modo general, un catálogo de siete conductas, cuyo alcance es precisado en la parte final del precepto (párrafo 2 del artículo 2)²³⁸². Así,

²³⁸⁰ *Idem*.

²³⁸¹ Menos aun cuando, como ocurre en el caso del tipo enriquecimiento ilícito de servidor público (artículo 412 *idem*), su configuración es subsidiaria y depende, por ende, de que la conducta enjuiciada no dé lugar a la verificación de otros hechos punibles.

²³⁸² **Artículo 2. Causales.-** Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.

señala como causas justificativas de esta incursión en la propiedad relacionadas con el enriquecimiento ilícito la existencia (a) de un incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo (artículo 2.1); (b) de bien o bienes procedentes directa o indirectamente de una actividad ilícita (artículo 2.2); (c) de bienes o recursos procedentes de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito (artículo 2.4); o (d) cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen de un bien perseguido en un proceso penal (artículo 2.7)²³⁸³.

En principio, entonces, las causales previstas en las letras a) y d) del párrafo anterior (artículos 2.1 y 2.7 de la ley 793 de 2002) podrían ser vistas como un

4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen [ilícito]* del bien perseguido en el proceso.

Parágrafo 1°. El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición.

Parágrafo 2°. Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

1. El delito de enriquecimiento ilícito.

2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo.

* El apartado señalado fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2003. *Vid.* FJ 35.

²³⁸³ Naturalmente, en armonía con las explicaciones precedentes en relación con la presunción de buena fe y la distribución de la carga de la prueba en esta clase de procedimientos, esta última causal no puede ser entendida como una presunción de ilegitimidad del origen de los bienes. Debe entenderse como una incapacidad del propietario de desvirtuar los señalamientos de las autoridades con respecto al origen de su propiedad. *Vid.* los comentarios efectuados al respecto *supra* en el apartado B-3.2 de este Capítulo.

desarrollo amplio de la cláusula constitucional; la confirmación del postulado antes enunciado, según el cual resulta procedente aplicar la extinción del dominio sobre los bienes adquiridos con enriquecimiento ilícito más allá del ámbito señalado por los tipos penales que específicamente califican este comportamiento como punible (artículos 327 y 412 del Código Penal Colombiano). Estos dos enunciados remiten a supuestos en los cuales corresponde al Estado “acreditar que comparando un patrimonio inicial y otro final, existe un incremento en principio injustificado”²³⁸⁴. El debate no debe, pues, girar en torno a la demostración de un ilícito penal, sino al *aumento patrimonial no justificado*²³⁸⁵. La ya referida distribución de la carga de la prueba obliga al Estado a acreditar probatoriamente dicho incremento y al particular, a justificarlo con base en evidencias creíbles.

A su vez, el párrafo 2 del artículo 2 aclara el sentido de lo que debe entenderse por “actividades ilícitas”, fórmula referenciada en las causales señaladas anteriormente bajo las letras b) y c) (artículos 2.2 y 2.4 de la ley 793 de 2002), y remite a distintas normas del Código Penal. Este enunciado, que consta de tres apartados en los que –de forma un tanto confusa e innecesaria dado el carácter genérico de las causales previstas- parece querer definir el sentido de lo que ha de entenderse por “actividades ilícitas” en relación con cada una de las causales señaladas por la Constitución (*rectius* enriquecimiento ilícito, afectación del tesoro público y grave deterioro de la moral social), en el primero de sus apartados hace referencia al enriquecimiento ilícito –sin más-. Más que como una circunlocución, ello ha de entenderse, a mi juicio, como una remisión a los delitos de enriquecimiento ilícito.

332. En consecuencia, podría decirse, según la causal que se aplique, en el ordenamiento colombiano la extinción del dominio respecto de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito posee un doble alcance: *ad intra* y *ad extra* de la codificación penal nacional. Puede suponer tanto un incremento patrimonial no justificado, sin conexión alguna con conductas punibles –causales a) y d) anteriormente señaladas-; como un aumento en el patrimonio basado en la comisión de alguno de los delitos de enriquecimiento ilícito –causales b) y c) arriba indicadas-.

a’’) La jurisprudencia de la Corte Constitucional.

333. No obstante, al examinar el referido artículo 2 de la ley 793 de 2002, la Corte Constitucional resolvió condicionar su constitucionalidad a que se entienda que

²³⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 27.

²³⁸⁵ Como ha sido señalado por la Corte Constitucional esta circunstancia presupone “el deber de cumplir una intensa actividad probatoria pues sólo con base en pruebas legalmente practicadas puede inferir que el dominio que se ejerce sobre determinados bienes no encuentra una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas”. *Vid. Idem.*

“el párrafo 2º gobierna *todas las causales* previstas en el artículo 2º de la Ley”²³⁸⁶ (cursivas fuera de texto). Una decisión que, dado el contenido específico del referido párrafo 2 -remisión a delitos relacionados con el enriquecimiento ilícito y la afectación del tesoro público y la moral social-, parece resultar incompatible con cualquier hermenéutica que interprete las causales del artículo 2 -incluso aquellas que no aluden a “actividades ilícitas” y, por ende, *no reenvían al párrafo 2-* fuera de las disposiciones del Código Penal señaladas por dicho enunciado y en relación con la específica causal constitucional invocada en cada uno de sus apartados. En últimas, para el juez constitucional, lo que hizo el legislador por medio del referido párrafo 2 no fue otra cosa que “elaborar un catálogo de las conductas que se enmarcan en cada una de las fuentes constitucionales de la extinción de dominio”²³⁸⁷; lo cual, a su juicio, resulta legítimo²³⁸⁸.

334. Ahora bien, con ser cierto esto último, no lo es menos que en consideración a su particular estructura normativa carece de lógica aplicar este condicionamiento a las causales previstas en los numerales 1 y 7 del artículo 2 de la ley 793 (indicadas *supra* bajo las letras a) y d) del epígrafe 331 de esta segunda parte). Puesto que en ellas no se alude a “actividades ilícitas”, “utilización o destinación ilícita” o “ilícita procedencia” (numerales 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 2), fórmulas que sí remiten al referido párrafo 2, no hay en aquellas reenvío alguno a este último enunciado. Por esto, supeditar su interpretación a lo dispuesto en él resulta innecesario, antitécnico y confuso. *Prima facie* su sentido es autónomo en relación con las normas penales señaladas por el antes citado párrafo 2. De ahí que si bien la observancia de dicho condicionamiento restringe el alcance de la extinción del dominio y aporta mayor certeza jurídica en relación con estas dos causales genéricamente configuradas por la ley, ella viene a acentuar la tendencia a circunscribir este instituto básicamente a conductas con relevancia jurídico-penal. De este modo, pese al doble sentido antes referenciado en punto al significado del enriquecimiento ilícito, el pronunciamiento del juez constitucional obliga a entender que éste remite siempre a los delitos en enriquecimiento ilícito previstos por el Código Penal.

Con todo, cabe señalar que el condicionamiento efectuado por la Corte Constitucional, que busca aclarar el sentido del artículo 2 de la ley 793 de 2002 y realza el lazo que bajo este desarrollo estableció el legislador entre extinción del dominio y ciertas conductas punibles, más que una exigencia directamente determinada por la Constitución es acaso consecuencia de la forma como tales causales fueron estructuradas por la ley. Sin duda una correcta técnica legislativa habría hecho innecesario dicho condicionamiento. El legislador debe ser consciente de que al definir estas causales no sólo desarrolla un aspecto básico del régimen constitucional de la propiedad -dota de efectos prácticos a la exigencia de un justo título para adquirir el derecho prevista por el artículo 58

²³⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, FJ 38.

²³⁸⁷ *Idem*.

²³⁸⁸ *Ibidem*.

párr. 1 frase 1 CC-, sino que además regula el más drástico atentado permitido por la Constitución contra este derecho. Una cuestión en absoluto baladí, que exige el mayor detalle y rigor en su estructuración, definición y puesta en funcionamiento. Por ende, debe procurar definir causales claras y ciertas, ojalá inequívocas, que determinen con precisión el motivo del cual depende que se aplique o no esta radical medida sobre una propiedad en concreto. Su articulación dentro de una estructura sistemática lógica e inequívoca resulta igualmente relevante. Además de una adecuada técnica normativa, la ley debe tener cuenta que las causales así definidas forman parte de un sistema normativo presidido por la garantía constitucional de derechos como la propiedad y el derecho de defensa (en el marco de un debido proceso), lo mismo que por principios como la buena fe, la proporcionalidad y la seguridad jurídica. Estas previsiones deben presidir y enmarcar el desarrollo de la habilitación que en este sentido ha otorgado la Constitución al legislador.

b) El perjuicio al tesoro público.

335. La segunda causal prevista por el artículo 34 párr. 2 CC es la adquisición de bienes en perjuicio del tesoro público. La textura abierta de esta cláusula requiere la intermediación del legislador que predetermine en concreto las conductas que dan lugar a su aplicación. De forma análoga a lo que sucede con el enriquecimiento ilícito, este supuesto extintivo cuenta asimismo con claros referentes jurídico penales (muchos de los delitos que integran el Título XV del Libro Segundo del Código Penal –delitos contra la Administración Pública– remiten a afectaciones del patrimonio estatal). Sin embargo, también aquí, el ámbito de cobertura de esta causal puede ser más amplio que el de las conductas punibles que específicamente sancionan atentados contra el erario público. En absoluto podría considerarse que el espectro de conductas lesivas del patrimonio del Estado se reduce a los actos que el Código Penal califica de delitos. El no pago de una multa o la compra de un bien sin factura representan minoraciones del tesoro público no sancionadas penalmente que pueden, a su vez, traducirse en la adquisición por el particular de un bien determinado (cualquier bien: un libro, unos zapatos, un vehículo, etc.). Nada se opone, entonces, a que en desarrollo de este supuesto extintivo previsto por la Constitución la ley contemple comportamientos penalmente irrelevantes.

Lógicamente lo anterior no quiere decir que el legislador pueda prever la aplicación de la extinción del dominio para cualquier supuesto de adquisición de bienes originado en una lesión al patrimonio estatal. Para casos como el no pago de la multa o de la compra sin factura la entidad de la afectación resultante puede no ser suficiente para ameritar la activación de este mecanismo extraordinario de intervención en la propiedad. Además de desproporcionada en estricto sentido, su previsión puede además no resultar idónea o necesaria en

consideración al origen de la afectación económica producida²³⁸⁹. La *causa extinctionis* que fije el legislador debe atender, entonces, al límite de la proporcionalidad. Esto implica contrastar la medida con los diferentes escalones que integran este principio (ideoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Así, visto desde un ángulo estrictamente jurídico-constitucional, resultaría procedente amparar en esta causal la extinción del dominio de bienes adquiridos mediante comportamientos que a pesar de no adecuarse a ninguna conducta punible afectan negativamente el patrimonio público siempre que ello resulte proporcionado. Sería el caso, por ejemplo, de la evasión de impuestos a partir de cierto monto (aunque se trate de obligaciones fiscales susceptibles de ser coactivamente cobradas mediante las vías desarrolladas para el efecto por el ordenamiento tributario). Con todo, el notable repertorio de vías previstas por el legislador para amparar los intereses económicos de la Administración lleva a preguntarse, al hilo del límite de la proporcionalidad, si la extinción del dominio puede cumplir en la práctica algún papel relevante fuera del ámbito jurídico-penal.

336. Quizás por esta razón, de forma análoga a lo que sucede con el enriquecimiento ilícito, tampoco en este supuesto el legislador ha optado por hacer valer la amplia habilitación que le ofrece el texto constitucional en este campo. De hecho ninguna de las causales previstas en los siete numerales del artículo 2 de la ley 793 parece hacer referencia directa a la adquisición de bienes en perjuicio del tesoro público. Sin embargo el reenvío de algunas de ellas al parágrafo 2 de este precepto permite identificar el alcance estrictamente jurídico-penal que el legislador ha conferido a esta causal constitucional. La remisión a diferentes normas del Código Penal colombiano permite conectar dichas causales con afectaciones al patrimonio del Estado²³⁹⁰ y afirmar que, *a la luz de su desarrollo legal, el perjuicio al tesoro público se concreta también, fundamentalmente, en conductas penalmente punibles.*

²³⁸⁹ Así, por ejemplo, aun cuando del incumplimiento de un contrato público debidamente celebrado se desprende un perjuicio para el tesoro público que eventualmente puede acarrear una ventaja correlativa para el contratista incumplido que se traduzca, a su vez, en la adquisición de uno o varios bienes, resultaría cuestionable que la aplicación de la extinción del dominio superase en este supuesto el *test de necesidad*. La existencia de otros medios legales eficaces para restablecer los intereses económicos de la Administración (*v. gr.* pólizas de cumplimiento, procesos de cobro coactivo, etc.) haría innecesaria esta intervención en el ámbito de la propiedad.

²³⁹⁰ De acuerdo con el segundo párrafo del parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 793 de 2002 debe entenderse que hay adquisición de bienes en perjuicio del tesoro público cuando éstos proceden de actuaciones que se encuadran en los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

c) El grave deterioro de la moral social.

337. La última de las causales previstas por el propio texto constitucional en el artículo 34 párr. 2 CC es la adquisición de bienes con grave deterioro de la moral social. El recurso a una cláusula tan ambigua e indeterminada como ésta hace imperativo un desarrollo legal que permita fijar su sentido. A semejanza de lo que ocurre con los supuestos anteriores, tampoco es ella una fórmula que pueda resumirse o compendiarse en las conductas tipificadas como punibles que atentan contra bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal relacionados con la moral pública (*v. gr.* la vida y la integridad personal, la libertad individual y la integridad moral y sexual, la familia, la fe pública, la Administración Pública, etc.). En consideración a la amplitud de dicha cláusula, es claro que no toda conducta que afecte gravemente a la moral social tiene que configurar también un comportamiento tipificado como delictivo. Tampoco cualquier atentado contra la moral social que se traduzca en un incremento patrimonial amerita el ejercicio de la potestad de extinción del dominio; debe tratarse de actuaciones que comporten su deterioro “grave”.

338. Ahora bien, la compleja indeterminación de la cláusula “moral social” dificulta extremadamente la fijación de su sentido. A pesar de lo intrincado de esta labor, la Corte Constitucional ha procurado armonizar la definición de su contenido y alcance con los postulados axiológicos sobre los cuales se sustenta el orden constitucional actual. Así, más que a un concepto absoluto, universal e inmutable, ha entendido que la moral social alude a **“la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”**²³⁹¹ (negritas del texto). Ello, enmarcado en un contexto normativo que reconoce la dignidad del hombre y la libertad individual como dos de los pilares básicos del orden social constituido²³⁹². La visión de la persona como ser libre, capaz de autodeterminarse, de trazar su propio plan de vida y obrar según sus convicciones y necesidades, impone barreras significativas a la idea de moral social y a su virtualidad limitativa de los derechos individuales. La proclamación constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CC) excluye tanto un determinado modelo de personalidad o de vida, como la limitación irrazonable y desproporcionada de esta libertad²³⁹³. En últimas, como ha sido destacado por la Corte Constitucional, “un modelo de organización política afincado en el multiculturalismo y con expreso reconocimiento del pluralismo jurídico no puede aspirar a imponer patrones morales”²³⁹⁴. Más que establecer como propia una determinada visión del mundo, el legislador tiene la obligación de articular un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe permanecer neutral²³⁹⁵. En este contexto resulta forzoso entender que la Constitución representa “el compendio de la moral

²³⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-224 de 1994, FJ Cuarto.

²³⁹² *Vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-373 de 2002, FJ 14.

²³⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, FJ 20.

²³⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2002, FJ 14.

²³⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, FJ 20.

pública de la modernidad”²³⁹⁶. Es, entonces, en el texto constitucional donde el legislador debe hallar las claves fundamentales para el desarrollo de esta cláusula.

339. Toda vez que la reglamentación legal de esta previsión constitucional incide no sólo sobre el derecho de propiedad, sino también sobre el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión y oficio (en últimas, los bienes sujetos a esta potestad se presumen adquiridos como fruto del ejercicio de una actividad libremente escogida), su definición debe atender a los límites que la jurisprudencia ha decantado para este efecto. Esto supone asumir, primero, que ha de tratarse de causales que busquen salvaguardar derechos de los demás o el orden jurídico; y segundo, que deben resultar acordes con las exigencias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad²³⁹⁷. En consecuencia, mal podría el legislador, por ejemplo, establecer la extinción del dominio sobre bienes adquiridos por los propietarios o trabajadores de establecimientos nocturnos en los que se expende licor o de *sex shops*, por considerar que se trata de actividades que lesionan severamente la moral social. Esta potestad debe orientarse a la protección de bienes jurídico-constitucionales relevantes para la comunidad, en armonía con la neutralidad valorativa que la Constitución impone al Estado. Las actividades de narcotráfico y conexas, uno de los campos en los cuales se inició la práctica de esta medida, han ocupado buena parte de la atención en este frente. Sin embargo, es claro que el espectro de las afectaciones graves a la moral social es mucho más amplio; tanto, que también puede fácilmente solaparse con comportamientos propios del enriquecimiento ilícito (caso del narcotráfico o estafa, p. ej.) o del perjuicio al tesoro público (supuestos de corrupción administrativa).

340. Una lectura de las causales de extinción del dominio plasmadas en el artículo 2 de la ley 793 de 2002 permite apreciar que acaso la prevista en su numeral 1 (“[c]uando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo”) podría relacionarse con la grave afectación de la moral social. En efecto, para conectar esta causal constitucional con las fijadas por la ley podría pensarse que si bien no resulta ilícito un enriquecimiento no justificado -lo cual impediría su subsunción bajo la primera causal-, éste podría calificarse de moralmente perjudicial para la sociedad. Sin embargo, esta hermenéutica reforzada resulta innecesaria. Al igual que ocurre con el supuesto de la adquisición de bienes con afectación del tesoro público, la remisión de algunas de las causales del artículo 2 al parágrafo 2 de este enunciado permite identificar qué conductas constituyen para el legislador graves afectaciones de la moral social que ameritan la extinción del dominio. Se trata, una vez más, de referentes tomados del Derecho Penal. En su párrafo tercero el parágrafo 2 del artículo 2 alude expresamente a esta cláusula y remite ya no solamente a delitos concretos sino también a bienes jurídicos tutelados por

²³⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y ...* Loc. Cit. p. 105.

²³⁹⁷ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2002, FJ 14. Cfr. también las sentencias C-481 de 1998, FJ 20; o T-067 de 1998, FJ 6.

la legislación penal²³⁹⁸. En consecuencia, *a la luz de su desarrollo legal actual, el grave deterioro de la moral social se concreta, también en este evento, fundamentalmente, en conductas penalmente punibles.*

1.3. La determinación del procedimiento de extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición del derecho.

341. Entendida como “mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar la legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante”²³⁹⁹, la determinación del procedimiento aplicable a esta modalidad de intervención extintiva cobra especial relevancia y sustantividad. Aunque la Constitución no impone exigencias particulares a este procedimiento – en este aspecto se remite al análisis anteriormente efectuado en el apartado B-3 de este Capítulo-, la impronta jurídico-penal con que hasta ahora el legislador ha desarrollado esta institución encuentra una expresión más en el procedimiento previsto para su tramitación. No se trata, como ya ha sido señalado, de que por mandato constitucional la regulación de esta clase de procedimientos deba observar las garantías constitucionales propias del ámbito jurídico-penal²⁴⁰⁰; su influjo es acaso más formal, pero igualmente significativo (aunque, se repite, ello sea producto de una determinación legal y no de un mandato directamente constitucional).

342. En ejercicio de la habilitación que la Constitución le confiere para la configuración de estos procedimientos, y en línea con su enfoque primordial de

²³⁹⁸ De acuerdo con lo previsto por este enunciado, se tendrán por actividades ilícitas que implican grave deterioro de la moral social las conductas que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la administración pública, el régimen constitucional y legal, y en concreto los delitos de secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo. Producto de esta remisión genérica al conjunto de comportamientos que atentan contra los bienes jurídicos allí señalados, algunas de las conductas punibles previstas por el párr. 2 del parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 793 de 2002 como merecedoras de extinción del dominio por resultar contrarias al tesoro público, encierran también actos que contrarían gravemente la moral social en los términos del párr. 3 de este mismo apartado normativo. La afectación de la moral social se solapa, así, con la lesión del patrimonio público. Es el caso, p. ej., de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales o del ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico (párr. 2 del parágrafo 2 del artículo 2); tipificados para proteger bienes jurídicos como la Administración Pública y el orden económico y social (párr. 3 del parágrafo 2 del artículo 2). A pesar de la manifiesta indeterminación de las causales señaladas por la Constitución, ello es evidencia de la deficiente técnica legislativa con que fue desarrollado este aspecto por la ley 793 de 2002.

²³⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 10.

²⁴⁰⁰ Como fue indicado *supra* en el apartado C-1.1 de este Capítulo, gracias a la autonomía constitucional de la extinción del dominio respecto del *ius puniendi* la ley que determina los procedimientos aplicables en esta materia no está obligada a observar como garantías a desarrollar o límites a considerar figuras como la presunción de inocencia, la *reformatio in pejus*, la ultraactividad o retroactividad de la ley favorable, ni por principios como el de legalidad de la pena o de irretroactividad de la ley penal.

utilizar la potestad extintiva como un recurso para perseguir bienes que son fruto o se encuentran implicados en la comisión de delitos, el legislador ha definido un trámite cuya estructura se asemeja sustancialmente al procedimiento penal: una fase previa de indagación preliminar, otra de instrucción formal y consolidación del expediente y una última fase de juzgamiento ante un tercero imparcial. En él se atienden las diferentes exigencias impuestas por las garantías del derecho de propiedad y del debido proceso en este frente (publicidad del trámite, auténticas posibilidades de participar y de ejercer el derecho de defensa, distribución de la carga de la prueba, mecanismos de control de las decisiones sustanciales, plazos razonables de duración del proceso, etc.)²⁴⁰¹. Además de configurar un procedimiento cuya forma remite en lo básico al esquema procesal penal propio del denominado modelo acusatorio, la ley también ha confiado su sustanciación a las autoridades competentes en dicho orden jurisdiccional. De este modo, al igual que ocurre con las causas criminales, las dos primeras etapas se encuentran a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la fase de juzgamiento, de los jueces penales. Las semejanzas son, pues, bastante acusadas. Máxime cuando el trámite debe ser iniciado de oficio por la Fiscalía cuando quiera que concurra alguna de las causales determinadas por el artículo 2 de la ley 793 de 2002.

343. De acuerdo con su regulación legal (artículos 12-19 de la ley 793 de 2002), el procedimiento de extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social consta, como ya ha sido mencionado, de tres etapas: en la primera, de indagación preliminar, la Fiscalía procura identificar los bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio. De encontrar mérito suficiente, en ella puede haber lugar a practicar medidas cautelares. En este evento se activan en cabeza de las entidades habilitadas para ello las facultades de administración y los deberes de cuidado sobre los bienes afectados por tales medidas. La segunda fase, de instrucción formal del sumario, inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir unos bienes determinados y culmina con la resolución sobre si procede o no la extinción de dominio. La resolución de inicio dictada por el fiscal a cargo del trámite debe ser debidamente informada tanto al Ministerio Público como a las personas afectadas a efectos de facilitar su oportuna participación en él. También en esta fase hay lugar a ordenar medidas cautelares o solicitarlas si hasta entonces no han sido ordenadas o solicitadas. De no poder ser localizados los afectados, la salvaguardia de sus intereses exige su emplazamiento y la designación de curador *ad litem*. En consideración a su importancia para esta fase del procedimiento, la solicitud y práctica de pruebas - tanto de las solicitadas como de las ordenadas de oficio por la Fiscalía- resulta crucial para reforzar los señalamientos del instructor y servir de fundamento a la oposición del propietario afectado. Cerrado el debate probatorio debe darse traslado a los intervinientes para que presenten sus alegaciones de conclusión. La decisión de proseguir o no con la extinción del dominio debe ser adoptada entonces por la propia Fiscalía. De hallarse mérito para continuar la actuación, el procedimiento pasa a su tercera etapa: el juicio. Para este fin debe remitirse el

²⁴⁰¹ *Vid.* al respecto los comentarios realizados *supra* en el apartado B-3.2 de este Capítulo.

expediente al juez competente. Ante el juez de conocimiento los intervinientes tendrán una oportunidad final para controvertir la decisión de la Fiscalía. Agotado este trámite deberá procederse a dictar la sentencia en la que se declara la extinción de dominio o su improcedencia.

344. Un último aspecto relevante en relación con los aspectos procesales de este trámite es el relativo a las formas de control que deben preverse sobre las decisiones adoptadas en él. Las implicaciones materiales para el derecho de la apertura de esta clase de procedimiento -en últimas, la propiedad se puede ver afectada tanto cautelar como definitivamente- y el carácter central que para su adecuada tramitación corresponde tanto a los medios de prueba como a su objetiva valoración, imponen al legislador la obligación de asegurar al afectado la posibilidad de impugnar decisiones clave en el proceso. En tanto que derecho de carácter no absoluto, la ley podrá regular de distintos modos la procedencia de esta garantía. Mal podría asumirse que todas las decisiones adoptadas en el curso del proceso son susceptibles de impugnación. Sin embargo, la importancia del papel que procesalmente corresponde a la solicitud y práctica de pruebas en relación con el derecho de defensa y la garantía de la propiedad privada, y a la severidad de los efectos de la decisión final, la doble instancia debe asegurarse al menos respecto de determinaciones como la que vincula al proceso²⁴⁰², deniega la práctica de pruebas solicitadas²⁴⁰³ o declara la extinción definitiva del dominio respecto de los bienes objeto de la actuación²⁴⁰⁴. No resultaría ajustado a la Constitución prever que solo esta última determinación (*rectius* la sentencia) puede ser objeto de impugnación ante el superior del funcionario que adoptó la medida²⁴⁰⁵. La importancia de la doble instancia para el derecho de defensa y las garantías del debido proceso y de la propiedad misma demandan, entonces, la previsión de los recursos que hagan posible asegurar que aquellas decisiones que resuelven aspectos sustanciales del proceso serán, en la medida de lo posible - como se ha señalado ya, se trata de un derecho de configuración legal sujeto a ponderación-, susceptibles de control por el superior jerárquico de quien adopta dicha determinación.

1.4. El alcance de la extinción del dominio por ilegitimidad del título y su límite en la obligada protección de los terceros de buena fe.

345. Tal como ha sido concebida, la eficacia plena de la extinción del dominio presupone su operatividad respecto de los bienes que provengan directa o indirectamente de una de las causales previstas para su aplicación, *en ocasiones con independencia de en manos de quien se encuentren*. Esto implica configurar un instrumento provisto de un objeto de alcance alargado tanto en un sentido horizontal como vertical. Lo primero, esto es, el alcance horizontal de la extinción

²⁴⁰² *Ibidem*, FJ 74.

²⁴⁰³ *Idem*, FJ 75.

²⁴⁰⁴ Así lo determina, p. ej., el artículo 13.10 de la ley 793 de 2002.

²⁴⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 81.

del dominio, resulta imperativo con miras a repeler la fraudulenta evasión de la aplicación de esta potestad por el afectado mediante la venta, permuta o puesta en circulación dentro del circuito económico mediante otras modalidades negociales (fiducia, *leasing*, etc.) de los bienes originalmente adquiridos producto de la realización de las conductas previstas como causal de la extinción del derecho. Toda vez que las transacciones de naturaleza traslativa del derecho deben traducirse en la incorporación de un bien o de una suma equivalente al bien objeto de disposición en el patrimonio de su antiguo titular, *la potestad extintiva podrá dirigirse contra la misma persona y ejercerse respecto de lo recibido por dicha transacción.* “En estos supuestos, de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto”²⁴⁰⁶. Demostrado el nexo de causalidad entre la transacción efectuada y los bienes que posteriormente conforman el patrimonio de una persona, de conformidad con la prohibición de la confiscación y el principio de interdicción de la arbitrariedad, éstos podrán ser objeto de extinción del dominio *por un valor equivalente*²⁴⁰⁷. De igual modo, esta medida debe proceder respecto de los bienes que son fruto de aquellos que han sido directamente adquiridos mediante el ejercicio de actividades consideradas como causal de extinción del dominio²⁴⁰⁸. En consideración a su origen, dicha propiedad se encuentra igualmente viciada de ilegitimidad congénita.

El alcance horizontal de esta prerrogativa debe permitir, además, someter a sus efectos los bienes que han sido adquiridos por terceros a sabiendas de la ilicitud congénita de su título con el fin de colaborar o encubrir a quien originalmente lo adquirió mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Ello resulta determinante, por ejemplo, para combatir fenómenos como el lavado de activos o el testaferrato. En estos eventos, por tratarse de *terceros de mala fe* su posición no puede ser amparada²⁴⁰⁹. De conformidad con el principio según el cual nadie puede sacar provecho o ventaja de su propio dolo, demostrado éste o la culpa grave de su nuevo titular, los bienes o recursos así adquiridos no pueden reputarse merecedores de ninguna

²⁴⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ E-40. En sentido análogo, véase las sentencias C-374 de 1997, FJ C 4-5 y C-1007 de 2002, FJ 2.5.

²⁴⁰⁷ En un sentido análogo, *vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-176 de 1994, FJ D 1 b. El artículo 4 de la ley 793 de 2002 contiene en su párr. 2 una regla que autoriza este proceder. De acuerdo con lo dispuesto por este enunciado: “[c]uando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular. Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa”.

²⁴⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002, FJ 2.3. *Vid.* también la sentencia C-740 de 2003, FJ 30.

²⁴⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002, FJ 2.5.

protección constitucional y deben poder ser objeto de extinción de dominio²⁴¹⁰. “La mala fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional”²⁴¹¹.

346. Ahora bien, si la mala fe del tercero adquirente ratifica la amplitud del alcance horizontal de la extinción del dominio, su buena fe opera como una limitante a su efectividad²⁴¹². Por esta causa, de haberse producido una transferencia del derecho por acto *inter vivos* resulta determinante precisar si el tercero adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave²⁴¹³. De ser así, procede la extinción del dominio. De lo contrario resulta forzoso amparar su buena fe²⁴¹⁴. Máxime cuando no solo se trata de buena fe simple, sino de una *buena fe cualificada, de buena fe exenta de culpa*. Además de amparar la conducta leal, recta y honesta, ésta última da efectos al principio según el cual el error común genera derecho²⁴¹⁵. Tanto la presunción de buena fe (artículo 83 CC) como la garantía del debido proceso y el derecho de defensa (artículo 29 párr. 1 CC) obligan al Estado a desplegar una actividad probatoria que fundamente el señalamiento según el cual el tercero actuó a sabiendas del vicio originario de su derecho y con el ánimo de encubrir o colaborar con el anterior propietario. Esto no es óbice para que, al igual que ocurre con el afectado, se produzca una distribución de la carga de la prueba, que exija del tercero una oposición fundada en elementos de convicción creíbles. Lógicamente, la valoración del compendio probatorio y de lo que configura culpa grave debe ser razonable. Como ha sido señalado por la Corte Constitucional, mal podría exigirse del comprador una investigación exhaustiva acerca de los antecedentes penales de su vendedor y, menos todavía, de quienes a él le vendieron o le transfirieron el dominio²⁴¹⁶. Con todo, la aplicación de la buena fe cualificada en estos supuestos exige: (i) que el derecho o situación jurídica tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de legitimidad, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pudiera descubrir la verdadera situación (*error communis facit jus*); (ii) que la adquisición del bien tenga lugar de conformidad con todas las formalidades exigidas por la ley; y (iii) la buena fé en el adquirente, esto es, la conciencia leal y sincera de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño²⁴¹⁷.

347. En cuanto a lo segundo, es decir, al alcance vertical de la extinción del dominio, apunta a convalidar la persecución de los bienes adquiridos por causa de muerte por los sucesores de quien los adquirió mediante enriquecimiento

²⁴¹⁰ *Idem*. También *cfr.* la sentencia C-740 de 2002, FJ 32.

²⁴¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ 10.

²⁴¹² Además de autorizar la persecución de bienes por valor equivalente, el artículo 4 párr. 2 de la ley 793 de 2002 contiene en su última frase la definición de este límite. Según lo previsto en dicho enunciado, la habilitación allí conferida “no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa”.

²⁴¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002, FJ 2.5.

²⁴¹⁴ *Idem*. En sentido análogo, véase las sentencias C-374 de 1997, FJ C 4-4 y C-740 de 2003, FJ 40.

²⁴¹⁵ Al respecto, *vid.* la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de 23 de junio de 1958.

²⁴¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ C-4.4.

²⁴¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002, FJ 2.5. En sentido análogo, véase la sentencia C-740 de 2003, FJ 40.

ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social²⁴¹⁸. De lo que se trata, es de hacer valer el carácter imprescriptible²⁴¹⁹ e insubsanable²⁴²⁰ del vicio originario de dicha propiedad. Ésta nunca se legitimará; jamás podrá ser considerada merecedora de protección por el ordenamiento jurídico. “[L]a ilicitud originaria del bien vicia su dominio en manos de quien se encuentre”²⁴²¹. De ahí que, *al margen de la irrelevancia jurídica de la conducta de los herederos o legatarios, quienes recibieron tales bienes por mandato legal o por disposición testamentaria, ello resulte indiferente y proceda su sometimiento a la potestad extintiva del Estado.*

2. Extinción del dominio por ilegitimidad del ejercicio del derecho de propiedad.

348. La extinción del dominio por ilegitimidad en el ejercicio del derecho es aquella que *procede por la violación de los deberes que manan de la función social de la propiedad*²⁴²². Puede suponer tanto su desconocimiento *en un sentido estricto*, como *en un sentido lato*. Lo primero alude al incumplimiento de las obligaciones específicamente determinadas por las normas que fijan el contenido y alcance de dicha cláusula para una forma concreta de propiedad privada²⁴²³. Es el supuesto típico de infracción de las obligaciones impuestas al propietario por un concreto régimen dominical: la no explotación económica de una propiedad rústica susceptible de aprovechamiento agrícola o el uso irracional de un predio dotado de un especial valor ambiental²⁴²⁴. Lo segundo hace referencia a la genérica vulneración de la función social del derecho que se produce como resultado de la aplicación de la propiedad a fines abiertamente antisociales: es el caso de los bienes destinados a actividades ilícitas²⁴²⁵.

349. La consideración según la cual la extinción del dominio “no es específica del artículo 34 de la Constitución ni tiene en él su única fuente”²⁴²⁶ ha permitido a la Corte Constitucional afirmar que su aplicación puede tener lugar más allá de los supuestos de adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social previstos en dicho enunciado. La figuración de este instituto en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de propiedad privada como corolario de la función social del derecho desde su introducción en 1936, el énfasis puesto por el constituyente

²⁴¹⁸ Esta previsión se encuentra en el párr. 2 del artículo 5 de la ley 793 de 2002. De acuerdo con esta disposición: “[p]rocederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2”.

²⁴¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1997, FJ 10.

²⁴²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 44.

²⁴²¹ *Idem.*

²⁴²² Así, véase la sentencia C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31. También la sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

²⁴²³ En este sentido, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

²⁴²⁴ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

²⁴²⁵ Así, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²⁴²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

de 1991 en la vinculación social del derecho y el contexto axiológico en el que se enmarca la garantía constitucional de la propiedad le han permitido considerar – sin una base normativa explícita- que también se puede extinguir la propiedad por el incumplimiento de la función social y ecológica que le es inherente²⁴²⁷.

350. Como ya ha sido señalado, aceptar este planteamiento supone asumir que, por tratarse de la misma institución y ante la ausencia de una disciplina constitucional que permita precaver un ejercicio arbitrario de esta prerrogativa por parte del legislador y la Administración, ella debe someterse a los requisitos previstos por el artículo 34 párr. 2 CC²⁴²⁸; disposición en la cual la Constitución ha perfilado el régimen que debe gobernar esta figura. Lógicamente, a pesar de encontrarse sujeta a los presupuestos generales examinados en el apartado B de este Capítulo, esta modalidad del instituto extintivo presenta algunas diferencias en relación con el tipo previsto por el artículo 34 párr. 2 CC. No estar tan fuerte ni enteramente permeado por el Derecho Penal –aunque no escape totalmente de esta influencia- y su anclaje en la cláusula de la función social del derecho imprimen un sello particular a esta forma de extinción del dominio. De cualquier modo, el peso de una tradición heredada de un régimen constitucional anterior, la falta de una visión coherente y global de este instituto y la vigencia de una legislación fraccionada y dispersa han impedido darle un tratamiento unitario, que haga posible identificar sus contornos y reconstruir las bases de su régimen constitucional actual.

351. De ahí que resulte imperativo emprender su análisis desde el prisma de la Constitución. Ello proporciona una perspectiva lo suficientemente elevada y abierta para abarcar las diversas formas en que esta figura se ha desenvuelto al interior del ordenamiento, permite ordenarlas y sistematizarlas. Adicionalmente, al ofrecer un criterio que introduce orden y unidad en una institución que el legislador ha desarrollado de forma segmentada y asistemática, este análisis también hace posible identificar problemas de constitucionalidad de algunos de estos desarrollos. Con este fin, a continuación se estudiarán los fundamentos de esta modalidad del instituto y las particularidades de su *causa extinctionis* y de su procedimiento. Su estudio resulta relevante en atención a los problemas que suscitan su desarrollo legal y la falta de una adecuada reconstrucción de su régimen por parte de la jurisprudencia constitucional; aspectos clave para comprender por qué, a mi juicio, se está, en esta particular materia, frente a un panorama de dudosa compatibilidad con las exigencias de la Constitución.

²⁴²⁷ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ. También las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-216 de 1993, FJ C 2; C-389 de 1994, FFJJ 2 y 4; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31 o C-474 de 2005, FJ 6.

²⁴²⁸ Cfr. las consideraciones efectuadas al respecto *supra* en el apartado B-1.2 de este Capítulo.

2.1. El fundamento de la extinción del dominio por ilegítimo ejercicio del derecho de propiedad.

a) El incumplimiento de la función social del derecho y la extinción del dominio.

352. Para el artículo 58 párr. 2 CC la propiedad privada “es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. En armonía con los valores y fines sobre los que se asienta el Estado social de Derecho, aquella es caracterizada como un haz de facultades y obligaciones fijadas en atención a los intereses colectivos que cada forma de propiedad en concreto está destinada a satisfacer o realizar²⁴²⁹. En consecuencia, la Constitución impone al propietario la obligación de aprovechar su derecho “con un sentido social, esto es, útil a la comunidad”²⁴³⁰.

353. En línea con la jurisprudencia desarrollada en este punto en vigencia de la Constitución anterior²⁴³¹, la Corte Constitucional ha considerado que esta previsión comporta la introducción de una condición más al amparo jurídico-constitucional de este derecho: su efectividad sólo es reconocida “en la medida en que sirva a los fines comunes”²⁴³². No basta, entonces, con que la propiedad sea legítimamente adquirida (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC); *el mantenimiento de la protección que le es conferida por este hecho está condicionado, a su vez, a que se cumpla la función social y ecológica que le es inherente*²⁴³³. De ahí que aun cuando el propietario cuente con un justo título que legitime su posición, pueda ser válidamente desposeído de ella si se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes al beneficio común y del deber de conservar y restaurar el medio ambiente²⁴³⁴. Con el fin de dotar de efectividad la declaración del artículo 58 párr. 2 CC respecto de la función social y ecológica del derecho, esta modalidad del instituto de la extinción del dominio aplica la más vigorosa sanción pensable al incumplimiento de los deberes que aquella impone al propietario²⁴³⁵. Se articula así un planteamiento que conjuga la ya añosa concepción de la propiedad privada como figura “que interesa no solamente a su titular y beneficiario, sino a la sociedad entera”²⁴³⁶, con el postulado general constitucional según el cual “[e]l ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades” (artículo 95 párr. 1 frase 3 CC).

²⁴²⁹ Así, la STC 37/1987, FJ 2.

²⁴³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

²⁴³¹ *Vid.*, p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 56, del 14 de septiembre de 1989.

²⁴³² Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

²⁴³³ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²⁴³⁴ *Idem*.

²⁴³⁵ Así, *vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-006 de 1993, FJ 15.

²⁴³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 17 de febrero de 1976.

b) Los problemas de engaste de esta figura en el ordenamiento constitucional actual.

354. Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha respaldado unánimemente la pervivencia de este tipo de extinción del dominio en el orden constitucional actual no obstante no ser considerado expresamente por la Constitución (artículo 34 párr. 2 CC), una aproximación diferente, enfocada desde la óptica de la garantía del derecho, permite poner en cuestión dicho reconocimiento. Ello presupone, como primera medida, la necesidad de tipificar la clase de injerencia en el derecho que se tiene enfrente. Sólo entonces se puede conocer el régimen jurídico-constitucional que le resulta aplicable y proceder a indagar sobre su conformidad o no con las disposiciones de la Constitución. De este modo, o bien se le da el tratamiento de una modalidad más del instituto extintivo –como de hecho ha ocurrido hasta ahora-, o bien se le califica de una expresión más del poder que la Constitución reconoce al legislador para definir el régimen de la función social del derecho, y más concretamente, para establecer sanciones por su incumplimiento. *Sea cual sea la alternativa escogida, la figura debe someterse al régimen constitucional correspondiente.*

En el primer caso, entonces, resultaría procedente la subordinación de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social a las exigencias previstas por el artículo 34 párr. 2 CC. En ellas se cifra la disciplina constitucional de esta prerrogativa y como tal han de servir de referente obligado a sus demás manifestaciones. Aun cuando una restricción tan profunda difícilmente puede aceptarse sin contar con un fundamento constitucional expreso²⁴³⁷, el énfasis puesto por el constituyente y la jurisprudencia constitucional en la función social del derecho podría revestir de cierta legitimidad la idea de fundamentar en ella una injerencia de esta magnitud. Sin embargo, difícilmente podría llevar a aceptar que la misma surja fuera de todo referente jurídico-constitucional directo. **Una inmersión en el derecho de este calado sencillamente no puede ser abandonada a la reserva legal.** *No al menos en un entorno presidido por la garantía constitucional del derecho.* Ahora bien, entender que esta forma de extinción del dominio no debe atender a los condicionamientos del artículo 34 párr. 2 CC fuerza a tipificar esta intervención como una sanción estatuida en desarrollo del poder de configuración del derecho que asiste al legislador. Con ser cierto que esta última potestad confiere un amplísimo margen de apreciación a la ley, no lo es menos que **se trata de un poder claramente limitado.** En desarrollo de la habilitación relativa al régimen de la propiedad y su función social el legislador no puede prever la sanción que se le antoje. Mucho menos cuando ella desborda claramente fronteras que, como el contenido esencial o la prohibición de privación de “lo adquirido”, enmarcan las actuaciones delimitadoras del

²⁴³⁷ Que el reforzamiento de los derechos fundamentales en el papel del constitucionalismo moderno iniciado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949 supone tanto la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que consagran derechos fundamentales, como que las limitaciones más severas a estas posiciones jurídicas deben contar con un anclaje claro en el texto de la Constitución es destacado por DÍAZ LEMA, J. M. “Restricciones subjetivas de... *Ob. Cit.*, pp. 294 y ss.

legislador. **No es lo mismo establecer limitaciones al derecho que sacrificarlo por completo.** El poder de configuración del derecho y de su función social no puede llegar tan lejos.

355. De este modo, bajo el prisma de la garantía del derecho, una interpretación de la Constitución que reconozca que esta figura no se somete al régimen del artículo 34 párr. 2 CC conlleva visualizar esta clase de extinción del dominio como un desarrollo del régimen legal de la función social (*recitus delimitación*) y pone en evidencia sus problemas de engaste con el sistema constitucional actual. Así, sin perjuicio de la competencia que asiste a la ley para establecer restricciones a un derecho o de prever diferentes tipos de sanción por el no cumplimiento de la función social, por desbordar los marcos que encuadran su potestad, el legislador tendría vedado prever este efecto como consecuencia de esta conducta. **Sólo la Constitución puede prever en qué supuestos un derecho puede ser suprimido o exceptuado**²⁴³⁸. De haber querido reforzar el régimen de la función social con esta radical sanción, el propio texto constitucional debería haberla previsto, como ocurre frente a la expropiación (artículo 58 párr. 4 CC) o frente a la extinción del dominio de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (artículo 34 párr. 2 CC). En estos casos, como se ha visto hasta ahora, *el derecho cede únicamente si se observan plenamente los presupuestos y los límites definidos por la Constitución. En eso consiste la garantía del derecho.* Por esta razón, y a partir de la consideración de sus aplastantes efectos sobre el derecho y a su falta de cobertura expresa, podría concluirse que una forma tan drástica e incisiva de intervención en el ámbito de la garantía de la propiedad exige una explícita consagración constitucional o, cuando menos, su inserción directa dentro del régimen que la Constitución ha previsto expresamente para regular actuaciones análogas, esto es, el acatamiento de los prerequisites fijados por el artículo 34 párr. 2 CC.

356. No obstante, a pesar de encerrar argumentos muy fuertes, esta hermenéutica se tropezaría con la oposición que suscita dejar de lado las implicaciones del conjunto en el cual se inserta la garantía constitucional del derecho de propiedad. Tanto el marco general que ofrecen el Estado social y democrático de Derecho y el carácter pluralista y abierto de la constitución económica, como el papel preponderante que la Constitución otorga a la función social del derecho restarían valor a dicha interpretación. La reivindicación de la idea defendida por IPSEN según la cual la vinculación social de la propiedad no es solamente una regla de interpretación, sino también una encomienda y concesión de facultades al legislador para una conformación socializadora en el ámbito de la propiedad²⁴³⁹ bien podría fundamentar la defensa de esta prerrogativa constitucionalmente innominada.

²⁴³⁸ *Idem*, p. 312.

²⁴³⁹ IPSEN, Hans Peter. "Enteignung und Sozialisierung", en *VVDStRL*, No. 10, Berlin, Walter de Gruyter, 1952, p. 120.

357. Sin embargo, las reservas que desde la perspectiva de la garantía del derecho despierta el fundamento de esta figura se hacen más visibles cuando a dicho razonamiento se suman los argumentos derivados de los *múltiples compromisos internacionales suscritos por Colombia que exigen un replanteamiento de la concepción originaria de la extinción del dominio*. Lo previsto en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) es un ejemplo de ello²⁴⁴⁰: si bien se reconoce la legítima potestad que asiste a los Estados para *subordinar la propiedad privada al interés general* (artículo 21.1), a renglón seguido *se proscribida toda forma de privación sin justa indemnización* (artículo 21.2). La extinción del dominio por incumplimiento de la función social quedaría, pues, excluida²⁴⁴¹. En últimas, no debe olvidarse lo previsto por el artículo 93 párr. 1 frase 2 CC, por virtud del cual las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Las reglas de la CADH en materia de propiedad constituyen, así, un marco en el cual debe ser entendida la regulación constitucional de este derecho y al cual debe atender el legislador en sus desarrollos normativos de la Constitución. Los diferentes tratados de protección de la inversión extranjera (BITs) y tratados de libre comercio (TLCs) celebrados en los últimos años por Colombia, en los cuales la cláusula de protección frente a expropiaciones y nacionalizaciones constituye uno de los puntos neurálgicos del régimen acordado²⁴⁴², son también razones adicionales para reflexionar sobre el encaje constitucional actual de la tradicional figura de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social.

²⁴⁴⁰ De acuerdo con lo previsto por el artículo 21 de la CADH: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, *excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*” (cursivas fuera de texto).

²⁴⁴¹ En el caso de la extinción del dominio de derechos adquiridos por enriquecimiento ilícito, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social la cuestión sería diferente en consideración al claro sesgo jurídico penal que posee y a que se trata de derechos ilegítimamente adquiridos.

²⁴⁴² Un ejemplo de los primeros puede verse en el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones, suscrito el 31 de marzo de 2005, en su artículo 4. A pesar de proclamar una especial salvaguarda de las inversiones extranjeras, usual en esta clase de pactos, de conformidad con la cual éstas “no serán sometidas a nacionalización, expropiación *ni a cualquier otra medida de efectos similares* (en adelante “expropiación”) **excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva**” (cursivas y negrilla fuera de texto), ello no mereció observación, reserva o comentario alguno por parte de la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta previsión. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-309 de 2007, FJ 4- d). Un ejemplo de los segundos puede verse en el TLC suscrito con los EEUU (Capítulo 10, Sección A, artículo 10.7) en 2006 o con Chile (Capítulo IX, Sección A, artículo 9.10) en ese mismo año. Pese a establecer una clara garantía indemnizatoria por supuestos de privación por razones de interés general –como es muy claramente el caso de algunas hipótesis de esta modalidad de extinción del dominio–, la Corte Constitucional tampoco efectuó pronunciamiento alguno en relación con ninguno de estos textos. *Vid.* la sentencia C-750 de 2008, FJ 4.7.2.9 en relación con el TLC con los EEUU y la sentencia C-031 de 2009, FJ 3.6.10 respecto al TLC con Chile.

358. El carácter prevalente que la propia Constitución otorga en su artículo 93 párr. 1 frase 1 a los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción –es el caso, señaladamente, de la CADH²⁴⁴³–, la obligación de interpretar los derechos constitucionalmente consagrados a la luz de estos tratados (artículo 93 párr. 1 frase 2 CC) y las eventuales implicaciones que en términos de responsabilidad internacional puede acarrear la infracción de los compromisos de protección de inversiones extranjeras adquiridos por Colombia, hacen de la reflexión sobre la validez y la conveniencia del reconocimiento inconcuso de esta institución una tarea obligada. El énfasis puesto por la Constitución en la responsabilidad que incumbe al Estado en relación con la consolidación y garantía de la efectividad del vínculo social de la propiedad privada no puede habilitarle para infringir las reglas que ella misma considera prevalentes, ni para defraudar la confianza que los agentes económicos procedentes de otros países han depositado en la palabra de las autoridades colombianas. *El propósito de fortalecer coactivamente el acatamiento de los deberes que la función social impone al propietario no puede llegar a convalidar en todos los casos la privación no compensada del propietario reacio a someterse a ella.* Se trata de un objetivo que aunque plausible y legítimo no puede perseguirse de cualquier modo.

359. Es preciso, entonces, en determinados eventos, replantearse la aplicación de la extinción del dominio y procurar la articulación de nuevas formas de asegurar la prevalencia del interés general más acordes con la garantía del derecho y los compromisos internacionales adquiridos por Colombia²⁴⁴⁴. Esta necesidad resulta evidente en aquellos supuestos en los cuales la medida se explica únicamente como mecanismo para asegurar la subordinación de la propiedad al interés general envuelto en el cumplimiento de su función social²⁴⁴⁵. Las hipótesis de

²⁴⁴³ En consideración al valor supralegal que la Constitución asigna a este grupo de acuerdos internacionales, ellos forman parte, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del denominado “*bloque de constitucionalidad*” y constituyen parámetros de valoración de la constitucionalidad de la legalidad ordinaria. Sobre esta figura, véase, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-225 de 1995, FJ 12; C-358 de 1997, FJ 6 o C-191 de 1998, FFJJ 5-6. También UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, Bogotá, 2005. El texto puede consultarse en la página web del Centro de Estudios DEJUSTICIA, en la siguiente dirección electrónica:

http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=73

²⁴⁴⁴ Lo ocurrido en la legislación urbanística con la abolición de la tradicional extinción del dominio por incumplimiento de la función social de la propiedad urbana (artículos 79-91 de la ley 9 de 1989) y su sustitución por la enajenación forzosa (artículos 52-57 de la ley 388 de 1997) ilustra un claro ejemplo de replanteamiento de la concepción originaria de la extinción del dominio favorable a la introducción de formas de intervención más acordes con la garantía del derecho y los compromisos internacionales, pero igualmente efectivas en el sometimiento de la propiedad a la función social.

²⁴⁴⁵ Es el caso, p. ej., de la extinción del dominio en los supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad rural. Los problemas de compatibilidad de esta medida con la garantía del derecho y con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano obligan a buscar alternativas para garantizar coactivamente –si se quiere, aunque no es la única opción– el cumplimiento de la función social del derecho. Figuras como la enajenación forzosa del ordenamiento urbanístico o el arrendamiento forzoso pueden constituir fórmulas viables para

extinción del dominio derivadas de la puesta de un bien al servicio de empresas criminales o ilícitas²⁴⁴⁶ ameritan un trato diferente; aunque en estos supuestos lo lógico sería vincular los derechos comprometidos a la responsabilidad penal de su titular²⁴⁴⁷. Estandarte de numerosas e inconclusas reformas agrarias, quizá sea la hora de reflexionar sobre la conveniencia y necesidad de hallar alternativas jurídicamente viables y eficaces que sirvan de sustitutas a un instrumento que, como esta modalidad del instituto extintivo, busca servir de acicate a la concepción social del derecho de propiedad. El arco de posibilidades es tan amplio, que prácticamente sólo la privación sin compensación estaría vedada. Más que la preservación de una institución que a pesar de ser parte de la tradición del Derecho Público nacional no ha logrado nunca colmar las grandes expectativas que se fijaron en ella, la preocupación central no ha de ser otra que atender cabalmente los requerimientos que a día de hoy impone la Constitución tanto en materia de garantía de la propiedad, como de realización efectiva de la función social del derecho y cumplimiento de los compromisos internacionales.

360. Al margen de las personales reservas que albergo en relación con el encaje de esta institución dentro del actual sistema normativo de la propiedad privada en la Constitución, el apoyo sin fisuras que la jurisprudencia constitucional ha brindado a este instituto²⁴⁴⁸ obliga a referirse a los aspectos principales que conforman su régimen. La dispersión y falta de visión global de su desarrollo legal y la ausencia de una adecuada sistematización de los límites y los presupuestos de su aplicación fuerzan a detenerse en su examen. Inercialmente arrastrada por la tradición en que se fundamenta, la falta de reflexión sobre estos aspectos de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho hace que ésta no solo sea la intervención estatal frente a la que más desamparado se encuentra el propietario, sino también, en términos jurídico-constitucionales, la parcela más caótica del entero régimen de la propiedad privada en la Constitución. Por esto, como ya ha sido señalado, resulta imperativo emprender este esfuerzo desde el prisma de la Constitución y asumir que, de aceptarse, por tratarse de una misma institución, la extinción del dominio por ilegítimo ejercicio del derecho debe someterse a los requisitos previstos por el

realizar este fin. Cabe también pensar en otras posibilidades menos incisivas como la definición de tributos que incentiven el correcto aprovechamiento de esta clase de bienes o de una política de expropiación cuya indemnización sea determinada en función del grado de explotación del predio en los últimos años.

²⁴⁴⁶ En este sentido, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²⁴⁴⁷ Ciertamente, salvo por supuestos de extinción de la acción penal, no parece tener mucho sentido la total autonomía que en relación con el proceso penal atribuye a la extinción del dominio el artículo 4 de la ley 793 de 2002 respecto de los bienes directamente implicados en la comisión de un delito, tal como se contempla en la causal 3 del artículo 2 de la ley 793 de 2002. De acuerdo con este enunciado puede declararse extinguido el dominio respecto de los bienes que “hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”.

²⁴⁴⁸ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6. En sentido análogo, véase las sentencias C-006 de 1993, FJ 15; C-066 de 1993, SNFJ; C-216 de 1993, FJ C 2; C-389 de 1994, FFJJ 2 y 3; C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31.

artículo 34 párr. 2 CC²⁴⁴⁹; disposición en la cual se encuentran perfiladas las bases del régimen que debe gobernar esta figura. Los aspectos generales de sus presupuestos de procedibilidad ya han sido analizados en el apartado B de este Capítulo, al cual se remite. A continuación se destacarán los aspectos particulares de esta modalidad de extinción del dominio.

2.2. La determinación de la *causa extinctionis* a la luz de la función social de la propiedad.

361. La extinción del dominio por ejercicio ilegítimo del derecho tiene lugar por la violación de la función social y ecológica que según el artículo 58 párr. 2 CC es inherente a la propiedad privada²⁴⁵⁰. Aunque la Constitución no define qué debe entenderse por función social del derecho, su sentido es deducible del conjunto de disposiciones que integran el sistema constitucional de este derecho²⁴⁵¹. Si bien la actividad de delimitación del contenido del derecho pivota en torno a un concepto estricto de función social, que remite a la realización vía ejercicio dominical de los diversos contenidos sociales integrados en torno a la cláusula de Estado social de Derecho²⁴⁵²; la extinción del dominio se vale igualmente de una concepción *lato sensu* de esta noción.

362. Ciertamente, el incumplimiento de la función social que da lugar a esta modalidad de extinción del dominio puede presentarse tanto en un sentido lato, como en un sentido estricto. En un sentido lato, la función social de la propiedad apunta a la exigencia genérica de ejercicio del derecho conforme a los intereses de la colectividad. Por esta vía se sanciona, entonces, la destinación de bienes a fines abiertamente antisociales, como empresas criminales o ilícitas²⁴⁵³. En un sentido estricto, la función social de la propiedad se orienta a la realización concreta del Estado social de Derecho y de la constelación de principios y derechos de signo social (protección ambiental o del patrimonio histórico-cultural, derecho a la vivienda digna, promoción de la competencia en materia de servicios públicos, defensa del consumidor, etc.) que gravita en torno suyo vía ejercicio dominical²⁴⁵⁴. Se traduce, entonces, en la imposición de concretos deberes, cargas y condiciones integradas en estatutos dominicales previstos por el legislador como especificación de la función social que se predica de cada forma de propiedad. La infracción de estos estatutos se encuentra en la base de la aplicación de esta sanción en los supuestos de violación de la función social en sentido estricto²⁴⁵⁵.

²⁴⁴⁹ Cfr. las consideraciones efectuadas al respecto *supra* en el apartado B-1.2 de este Capítulo.

²⁴⁵⁰ Así, véase la sentencia C-740 de 2003, FFJJ 7 y 31. También la sentencia C-474 de 2005, FJ 6.

²⁴⁵¹ En relación con la idea de función social, véase las consideraciones efectuadas *supra* en los apartados A-2.4 y B-3 del Capítulo Cuarto de esta investigación.

²⁴⁵² Cfr. *supra* el apartado D del Capítulo Cuarto de este trabajo y sus distintos sub-apartados.

²⁴⁵³ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31.

²⁴⁵⁴ Cfr. en este sentido, las consideraciones realizadas *supra* en el apartado B-3 del Capítulo Cuarto de este trabajo.

²⁴⁵⁵ En este sentido, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

363. La amplitud de la cláusula de la función social de la propiedad atribuye al legislador un notable margen de apreciación para determinar en concreto la *causa extinctionis* de los supuestos extintivos que regula. Aunque indeterminados, la Constitución establece ciertos límites a dicho margen. Así, no cualquier conducta puede ser tipificada como causal de esta modalidad de extinción del dominio; lógicamente, debe envolver la preocupación por *la realización positiva de la función social y ecológica del derecho*. La propia Constitución y su rico catálogo de derechos y principios de signo social debe limitar y orientar al legislador en este sentido. Esto presupone, naturalmente, entender que “la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad”²⁴⁵⁶. Por ende, la causal definida debe, entonces, estar teleológicamente dirigida a la promoción del bien común. Se ajustan a estos requerimientos, por ejemplo, los supuestos en los cuales se define la procedencia de la extinción del dominio de un bien respecto del cual a pesar de presentarse una explotación provechosa en términos económicos, se desatiende o ignora el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables y de propender por la conservación de un medio ambiente sano²⁴⁵⁷.

364. Adicionalmente, dado que la extinción del dominio envuelve una reacción del ordenamiento frente al incumplimiento de un deber emanado de la función social²⁴⁵⁸ (en sentido *lato* o *stricto*), la causal debe construirse alrededor de una conducta que contraría deberes que vinculen a los particulares propietarios y cuyo incumplimiento permita imputarles una falta susceptible de ser sancionada de este modo. Por desconocer esta exigencia la Corte Constitucional consideró inválida la previsión de esta medida respecto de bienes retenidos por las autoridades si transcurrido un año de su retención no eran reclamados por sus propietarios²⁴⁵⁹. En concepto del juez constitucional, la conducta establecida como causal –no reclamo del bien después de un año de ser retenida– puede evidenciar negligencia de parte del propietario, pero no se encuadra dentro de los supuestos previstos por la Constitución para la aplicación de la extinción del dominio. No se trataba de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público ni con grave deterioro de la moral social. Tampoco podía imputársele al propietario el no cumplimiento de la función social cuando éste ni siquiera se encontraba en posesión de los bienes²⁴⁶⁰. La causal definida debe, pues, hacer referencia a un incumplimiento de esta clase de deberes imputable al titular del derecho.

365. Con todo, no cualquier determinación que adopte el legislador en el marco del interés común y de los deberes que se desprenden de la función social de la

²⁴⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 14. En el mismo sentido, véase la sentencia T-431 de 1994, SNFJ.

²⁴⁵⁷ *Vid.* Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 3.

²⁴⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

²⁴⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994. *Vid.* FJ 5.

²⁴⁶⁰ *Idem.*

propiedad resulta legítima. El principio de proporcionalidad desempeña un papel de límite igualmente importante. Dada la amplitud del margen de apreciación que se deriva de la habilitación legal para desarrollar este punto, este límite apunta a precaver la arbitrariedad y los excesos en el desarrollo de la reserva de ley. El ya citado supuesto de la sentencia C-474 de 2005 de la Corte Constitucional, en la cual se enjuicia la constitucionalidad de la aplicación de esta medida respecto de vehículos que han permanecido más de un año inmovilizados en estacionamientos oficiales por infracciones de tránsito, ilustra con claridad la importancia del principio de proporcionalidad en este ámbito. La valoración de esta previsión legal enjuiciada a la luz de este principio permitió al juez constitucional constatar que aun cuando la finalidad perseguida por dicha habilitación era plausible –tenía como objetivo evitar el deterioro de los vehículos inmovilizados y la asunción por el Estado de los gastos del depósito- y la medida resultaba idónea para su materialización, ella no superaba los test de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Consideró, por lo tanto, que en tal caso la autorización de esta intervención en la propiedad resultaba contraria a la Constitución²⁴⁶¹. En contraste, una aproximación meramente formal al carácter subsumible de esta previsión bajo la cobertura de la función social del derecho probablemente habría llevado a concluir que se trataba de un supuesto legítimo.

Sí resulta proporcional, en cambio, la autorización para la aplicación de esta medida respecto de los bienes utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o de bienes directamente relacionados con investigaciones penales. En estos supuestos, aún cuando no se produce la infracción de un concreto régimen dominical, la extinción del dominio procede por la indebida utilización de tales bienes, dedicados a actividades contrarias a los intereses de la colectividad y, por ende, incontrovertiblemente ajenas –en un sentido lato- a la función social y ecológica del derecho²⁴⁶².

366. Aun cuando tanto en los supuestos de infracción a la función social en sentido lato como en sentido estricto la causal debe estar *predeterminada y debidamente tipificada* por el legislador, dado su alcance específico, en los segundos se presupone la vigencia de un estatuto dominical concreto en el cual se definan con claridad y precisión los deberes que la función social impone al propietario. De lo contrario, la indeterminación de este extremo resultará incompatible con la previsión de esta sanción para su incumplimiento. Las garantías de la propiedad y del derecho de defensa en el marco de un debido proceso, lo mismo que la reserva de ley imperante en la materia, elevan esta exigencia. Resultaría, por ende, contrario a la Constitución sancionar con la extinción del dominio el incumplimiento de la función social de una propiedad cuyo sentido no ha sido debidamente especificado por la ley. Por esta causa, y al margen de tener que ser igualmente previstos de forma taxativa y concreta por el legislador, los supuestos de genérico desconocimiento de la función social del

²⁴⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 9.1.

²⁴⁶² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31. En sentido análogo, véase la sentencia C-066 de 1993, SNFJ.

derecho (*lato sensu*) deben reservarse para eventos que revistan especial gravedad. En ellos no resulta exigible que el deber infringido se encuentre plasmado en un concreto estatuto dominical, por ser expresión, por ejemplo, de reglas plasmadas en el Código Penal. Debe tratarse, así, de faltas graves que, como ocurre en el caso de la puesta de bienes al servicio de empresas delictivas, supongan un *ostensible atentado contra los intereses de la colectividad* y una *manifiesta infracción del orden constitucional*. El canon de la proporcionalidad desempeña aquí, pues, un papel central y reenvía, fundamentalmente, a actos relacionados con conductas punibles.

2.3. La determinación del procedimiento de extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.

367. Que la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho se encuentre sometida a los presupuestos constitucionales fijados por el artículo 34 párr. 2 CC significa que los lineamientos señalados en los apartados B-3 y B-4 de este Capítulo resultan integralmente aplicables en este ámbito. Sin embargo, la idea extendida (en la jurisprudencia y en la legislación) que esta modalidad del instituto extintivo no se encuentra constitucionalmente sujeta a los cánones establecidos por dicha norma constitucional²⁴⁶³ ha llevado a que su desarrollo sea bastante dispar y no en todos los casos conforme con tales requerimientos. La falta de una apreciación sistemática de la figura de la extinción del dominio ha permitido mantener encubierta esta situación a mi juicio irregular. Como se ha explicado de manera precedente, tanto la regulación constitucional de los derechos fundamentales en general, como el régimen particular de la propiedad privada en la Constitución exigen el replanteamiento de la denominada concepción originaria de este instituto. En un entorno presidido por el principio de supremacía constitucional (artículo 4 CC), como señala MUÑOZ MACHADO, “[n]o cabe mantener posiciones jurídicas que, por más tradición que tengan, resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales”²⁴⁶⁴.

368. A la luz de lo anterior, con independencia del tipo de extinción del dominio de que se trate, tanto la articulación de su régimen legal como su aplicación en los casos concretos deben ajustarse siempre a las exigencias impuestas por la vertiente procedimental del derecho y la garantía del debido proceso. Esto conlleva la obligación de prever formas que aseguren la publicidad del trámite y brinden verdaderas oportunidades de participación y defensa a los interesados, que les permitan conocer y oponerse a las pretensiones y a los señalamientos estatales y a sus fundamentos, al igual que demostrar la eventual concurrencia de causas que desvirtúen la imputabilidad del referido incumplimiento de los

²⁴⁶³ *Vid.* al respecto lo señalado *supra* en el apartado B-1.1 de este Capítulo.

²⁴⁶⁴ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de... Ob. Cit.*, p. 392.

deberes²⁴⁶⁵. El respeto a la presunción de buena fe, lo mismo que un reparto equilibrado de la carga de la prueba y la definición de plazos razonables que impidan la indefinida afectación cautelar de la propiedad resultan, pues, imperativos. La previsión de recursos que hagan posible el control de las determinaciones sustanciales adoptadas por las autoridades en el curso del proceso resulta igualmente básica; tanto como el respeto escrupuloso de la reserva judicial constitucionalmente estatuida en punto a la privación definitiva y no compensada de la propiedad privada como sanción por el incumplimiento de un deber legal²⁴⁶⁶.

369. Así, si bien el legislador goza de un amplio margen de configuración en relación con la definición del régimen de la garantía de la propiedad y de las obligaciones inherentes a la función social y ecológica del derecho, ello no significa que aquél sea libre para definir a su arbitrio las reglas a las cuales deben sujetarse esta clase de trámites. Si bien resulta legítima la articulación de estructuras procedimentales disímiles, susceptibles de ser confiadas a autoridades jurisdiccionales de distintos órdenes, con diferentes esquemas procesales, plazos de duración, niveles de complejidad y de tutela de los intereses patrimoniales del afectado, ello debe siempre enmarcarse dentro de los parámetros que constitucionalmente rigen dicha determinación.

a) El desigual y constitucionalmente dudoso desarrollo legal de los procedimientos de extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.

370. La vinculación general del legislador que regula este instituto al marco señalado por el artículo 34 párr. 2 CC es la razón por la cual, como ya ha sido comentado líneas arriba, el desconocimiento de la reserva jurisdiccional respecto de la determinación de declarar extinguido el dominio que se observa en el régimen legal aplicable a supuestos de extinción del dominio por incumplimiento de la función social de la propiedad rural o minera (incumplimiento de la función

²⁴⁶⁵ Las elaboraciones de la jurisprudencia y doctrina española en punto a la improcedencia de la expropiación por incumplimiento de los deberes de la función social de la propiedad o de la caducidad de una licencia de construcción (*vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. "Expropiaciones urbanísticas... *Loc. Cit.*, pp. 135-136) resulta de gran valor en este campo. Que no rija el principio de culpabilidad propio del Derecho Penal no puede significar que éste constituya un ámbito presidido por la responsabilidad objetiva. Sin duda, p. ej., razones como la existencia de problemas imprevistos en el terreno que obligan a realizar estudios (por un plazo razonable, lógicamente), el grave incumplimiento contractual de terceros encargados de la realización de actividades fundamentales para el desarrollo de la explotación, la mora de la Administración en el otorgamiento de determinadas autorizaciones o permisos, o la vigencia de una orden judicial o administrativa que restrinja las facultades dominicales, pueden ser circunstancias a considerar al momento de evaluar el incumplimiento de la función social por parte de un propietario vinculado a esta clase de procedimientos.

²⁴⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-674 de 1999, FJ 6.9. Sobre el "carácter sancionatorio" de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social, *vid.* Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, FJ 15.

social *stricto sensu*) resulta altamente cuestionable. De acuerdo con lo previsto por el artículo 52 de la ley 160 de 1994, la extinción del dominio puede tener lugar por el incumplimiento de la función social y ecológica de predios agrícolas inexplorados, irracionalmente explotados (desde una perspectiva ambiental) o dedicados a la siembra de cultivos ilícitos²⁴⁶⁷. No obstante, en lugar de establecer una regulación en consonancia con las exigencias constitucionales actuales, esta disposición atribuye el poder de declarar extinguido el dominio al ente administrativo a cargo de la política de reforma agraria. Si bien ello guarda armonía con los antecedentes legales de la figura en esta materia, contenidos en normas que, como los artículos 8 de la ley 200 de 1936 y 22, 23 y 24 de la ley 135 de 1961, habían reglamentado este instrumento en el contexto de inacabadas reformas a la economía agrícola y, en especial, a la propiedad rural, desconoce la reserva judicial que establece la Constitución en punto a esta clase de determinaciones. La previsión de un recurso de revisión en única instancia ante el Consejo de Estado (artículo 53.3 de la ley 160 de 1994) con efectos suspensivos de la resolución administrativa no subsana dicha infracción. En tanto que intervención posterior y eventual no satisface las exigencias de la garantía de la propiedad, ni mucho menos de la reserva judicial instaurada por la Constitución en atención a la severa afectación del derecho que comporta la práctica de esta medida.

Algo semejante ocurre con la extinción del dominio prevista por el artículo 29 del Código de Minas en relación con los derechos de propiedad de los particulares sobre el suelo y subsuelo mineros o sobre las minas que hubieren sido reconocidos y conservados en los términos, condiciones y modalidades establecidas por la ley, de conformidad con el reconocimiento de los derechos preexistentes que reconoce la Constitución en su artículo 332²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁷ **Artículo 52.-** Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo primero de la Ley 200 de 1936, durante tres (3) años continuos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o cuando los propietarios violen las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente, o cuando los propietarios violen las normas sobre zonas de reserva agrícola o forestal establecidas en los planes de desarrollo de los municipios o distritos con más de 300.000 habitantes. // También será causal de extinción de derecho de dominio la destinación del predio para la explotación con cultivos ilícitos. El procedimiento respectivo se iniciará de oficio o a solicitud de autoridad competente. // Lo dispuesto en este artículo no se opone a la declaratoria de extinción del dominio cuando, a la fecha en que empiece a regir esta Ley, hubiere transcurrido un lapso de tres (3) años de inexploración del inmueble, o si dicho término se cumpliera dentro de la vigencia de esta norma. // Cuando la posesión se hubiere ejercido sobre una parte del predio solamente, la extinción del dominio no comprenderá sino las porciones incultas que no se reputen poseídas conforme a la Ley 200 de 1936. // El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria tendrá a su cargo adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado sobre predios rurales según lo previsto en la presente Ley.

²⁴⁶⁸ De acuerdo con lo previsto por el artículo 29 del Código de minas, estos derechos (propiedad común, pues no alude a los derechos que surgen de la concesión minera, sino a derechos de propiedad *stricto sensu*) “se considerarán extinguidos si los interesados suspenden la exploración o explotación por más de doce (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso

371. Este desconocimiento de la Constitución resulta de tal entidad que vicia, a mi juicio, el entero régimen previsto en uno y otro caso por el legislador. Con todo, un vistazo a la regulación que de los procedimientos a seguir ha efectuado el legislador no puede más que ratificar las reservas sobre su constitucionalidad. Ello es especialmente señalado en el caso de la ley 160 de 1994 y su reglamentación de la extinción del dominio de la propiedad rural. Tal es la precariedad de este estatuto en este punto, que incluso de aceptarse *en gracia de discusión* la hipotética inexistencia de la reserva de juez ya señalada y convalidar el trámite administrativo de esta modalidad de extinción del dominio, no habría que hurgar muy hondo para encontrar diversas infracciones al régimen constitucional de la propiedad privada. El lánguido régimen procesal definido para el trámite del expediente administrativo difícilmente puede ajustarse a las exigencias de la reserva de ley y de las garantías del derecho y del debido proceso imperantes en esta materia.

No otra conclusión puede obtenerse de un procedimiento en el cual se autoriza el inicio de un trámite tan gravoso para el derecho como éste sin que el legislador haya definido unos presupuestos mínimos ciertos o unas circunstancias básicas que deban concurrir para ello (artículo 53.1). Adicionalmente, y en contravía de la presunción de buena fe (artículo 83) y las exigencias del derecho de defensa, sin precisar qué se espera de la Administración, establece que “[t]anto en las diligencias administrativas de extinción del derecho de dominio como en los procesos judiciales de revisión, la carga de la prueba corresponde al propietario” (artículo 53.4); previsión legítima para el caso del proceso de revisión ante el contencioso administrativo, pero más que dudosa para el trámite administrativo en el que se resuelve la extinción del derecho. Define asimismo un sistema probatorio de tarifa legal que si bien puede resultar válido, por la forma como ha sido estructurado el procedimiento, acaba por hacer de la práctica de la inspección ocular con peritos que resulta obligatorio practicar en todos los procedimientos administrativos el eje del debate. Con todo, a pesar de la importancia que le es conferida a esta diligencia, el legislador remite la definición de las reglas que deben seguirse para la práctica, elaboración y rendición del dictamen pericial al reglamento (artículo 53.5). Por si esto fuera poco, la contratación de los peritos corre por cuenta de la Administración, sin especificar cómo ha de producirse su nombramiento; o, de originarse el procedimiento en la irracional explotación medioambiental del predio, señala que debe acudir a técnicos de la propia Administración –aunque pertenecientes al ente ambiental-. En fin, una configuración que si bien se mueve en la línea de los antecedentes legales en la materia, difícilmente resulta compatible con las garantías

fortuito o fuerza mayor”. Aunque no es señalado expresamente, se deduce del contexto que la adopción de esta determinación es confiada a la denominada “autoridad minera” (artículo 317) y como tal se encuentra sujeta al control posterior del Consejo de Estado que en única instancia prevé el artículo 295 de esta normativa sobre las controversias mineras no contractuales en que sea parte la Nación o una entidad estatal nacional.

procedimentales que la Constitución impone a una intervención de este calado en la propiedad.

372. En contraste, los supuestos de incumplimiento de la función social en un sentido lato han recibido un tratamiento completamente garantista. La proximidad a los supuestos previstos por el artículo 34 párr. 2 CC que les proporciona su carácter abiertamente antisocial (rayano en lo delincencial, según se ha visto) ha llevado a que hayan sido sometidos, hasta ahora, al régimen previsto por el legislador para juzgar los casos de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. En línea con el enfoque fundamentalmente jurídico-penal con el cual han sido desarrolladas estas causales de extinción del dominio por la ley 793 de 2002, el legislador ha considerado que tiene lugar un incumplimiento genérico de la función social de la propiedad cuando los bienes legítimamente adquiridos y amparados por este derecho son utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas²⁴⁶⁹. En consecuencia, estas hipótesis se encuentran sometidas al particular trámite procedimental establecido por dicha ley frente a la justicia penal²⁴⁷⁰. El resultado: un desigual desarrollo legal de una misma figura que además de evidenciar la necesidad de una aproximación metodológica sistemática a este instituto que haga posible superar la irregular situación presente de desconocimiento en algunos casos de garantías constitucionales básicas establecidas por el régimen de la propiedad, vulnera el principio de igualdad y pugna con el más elemental sentido de equidad: la enérgica reacción del ordenamiento frente al propietario que desatiende la vinculación social de su derecho, cuya regulación envuelve el sacrificio de claros preceptos constitucionales, contrasta con la estructura procedimental rodeada de plenas garantías prevista para los supuestos en los que el mismo incumplimiento posee implicaciones jurídico-penales. Más que lamentarse por las (naturales) garantías concedidas a este último, interesa destacar la orfandad del primero²⁴⁷¹.

b) El reconocimiento de la potestad que asiste a la Administración para decidir la extinción de ciertas posiciones jurídicas y la reserva judicial.

373. Lógicamente, que la Administración no pueda declarar por sí misma la extinción de derechos amparados por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC

²⁴⁶⁹ Así, de acuerdo con lo previsto por el numeral 3 del artículo 2 de la ley 793 de 2002, procede la declaración de extinción del dominio de los bienes “utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”.

²⁴⁷⁰ *Vid.* lo señalado al respecto en el apartado C-1.3 de este Capítulo.

²⁴⁷¹ El clamoroso desamparo legal del propietario señalado de incumplir los deberes de la función social frente a esta vigorosa potestad pública acaba por levantar la aviesa sospecha que se trata, sin más, de letra muerta: un instituto que ha sido legado de un estatuto de reforma agraria a otro sin más sentido que hacer un homenaje (formal, por supuesto) a quienes tras la modificación constitucional de 1936 vieron en este instrumento un medio para combatir la inequidad que desde siempre ha afectado a Colombia.

como la propiedad rústica o urbana no quiere decir le esté vedado todo pronunciamiento que tenga como efecto la extinción de una posición jurídico-patrimonial activa cobijada por esta protección. En consideración a la vasta extensión del universo de situaciones patrimoniales que caen bajo la cobertura de la garantía del derecho **es preciso diferenciar entre los distintos tipos de propiedad**²⁴⁷². Así, por ejemplo, para el caso de propiedades originadas en títulos jurídico-públicos de la Administración económica (*v. gr.* concesiones o aprovechamientos mineros o de recursos naturales), nada obsta para que, en ejercicio de las potestades que el mismo ordenamiento jurídico le confiere, ésta haga efectivas por sí misma *las cláusulas accesorias que legítimamente puede introducir en los actos de los que nacen esta clase de derechos*. En tanto que propiedad (constitucional) emanada de la propia Administración y sujeta a las condiciones y modos que ella misma establece de conformidad con la ley, el pronunciamiento que declara la verificación de una de estas condiciones y pone fin al derecho puede perfectamente proceder de ella misma. En tal caso, el resultado será, lógicamente, la extinción no compensada del derecho. El carácter altamente “condicionado, modulado, «vinculado»”²⁴⁷³ de esta forma de propiedad habilita este proceder y explica la enorme diferencia que en este sentido existe entre estas formas de propiedad especial y la propiedad común.

374. En supuestos de incumplimiento de la función social del derecho, entonces, de verificarse alguna de las circunstancias previstas como causal de caducidad en la ley o en el acto o contrato que engendra un derecho de propiedad especial²⁴⁷⁴ de esta índole, la reserva de juez se retrae para permitir que la Administración legítimamente adopte la determinación correspondiente²⁴⁷⁵. De este modo, en aras de tutelar el interés general envuelto en estos supuestos, el Estado puede eliminar unilateralmente, sin compensación, la posición jurídica-subjetiva articulada. Con todo, como es natural, en consideración a sus efectos sobre el derecho, se trata de una declaración que no podrá darse al margen de la garantía del debido proceso. Esto, como forma de asegurar tanto la legitimidad y objetividad de la resolución, como la protección *ex ante* de la propiedad implicada. Con este mismo fin, la ley deberá ponderar qué controles pone a

²⁴⁷² Cfr. *supra* el apartado D-2 del Capítulo Segundo de esta investigación.

²⁴⁷³ GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A. y J. M. DÍAZ LEMA. *El derecho de aguas en...* *Loc. Cit.*, p. 212, nota a pie de página No. 83.

²⁴⁷⁴ Se asume aquí la idea de acuerdo con la cual la caducidad se produce “como consecuencia del incumplimiento de las «determinaciones» o «condiciones» que configuran el derecho otorgado”. Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo... Passim*, p. 361.

²⁴⁷⁵ Así, p. ej., el artículo 112 del Código de Minas establece como causales de caducidad del contrato de concesión comportamientos del contratista que se enmarcan dentro de la situación descrita: la no realización de los trabajos y obras dentro de los términos legalmente establecidos o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos (literal c); el no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas (literal d); el incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras (literal g); o la violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería (literal h).

disposición del afectado en aras de asegurar tanto la juridicidad global de la medida, como la garantía de la propiedad y de la tutela judicial efectiva.

2.4. Valoración global de la cuestión de la extinción del dominio del dominio por ilegitimidad en el ejercicio del derecho.

375. Como se puede evidenciar en este ámbito concreto, tanto en lo general como en lo particular son muchas las consecuencias que se derivan de la ausencia de una reflexión dogmática sustantiva en punto al régimen de la propiedad privada en la Constitución. La falta de preocupación por una reconstrucción sistemática de esta institución por la doctrina y el juez constitucional, y el ángulo meramente procesal y tradicionalista con el cual ha sido enfocada esta materia han impedido apreciar las numerosas dificultades de encaje en el orden constitucional actual que posee la figura de la extinción del dominio por incumplimiento de los deberes de la función social. Esta misma tendencia ha llevado a que también el legislador, irreflexivamente aferrado a los desarrollos preconstitucionales de esta institución, haya hecho a un lado exigencias que, de admitirse su compatibilidad con el ordenamiento vigente, el propio texto de la Constitución impondría a una intervención en el derecho de esta intensidad. Al margen del lancinante desconocimiento de la reserva judicial que se observa en los casos típicos del instituto (*a. e.* propiedad rural y minera), producto de la reticencia a reconocer el carácter unitario de esta modalidad extintiva y la prevista por el artículo 34 párr. 2 CC, la manifiesta infracción de garantías constitucionales como el debido proceso y la reserva de ley sobre el procedimiento a seguir que también se puede apreciar en ellos resulta difícilmente justificable. El marcado compromiso que a las autoridades impone la Constitución con la realización efectiva de la función social de la propiedad no puede legitimar nunca el atentado contra esta clase de garantías, ni relevar a esas mismas autoridades de la obligación que también les asigna la Constitución en relación con la protección y efectividad de los derechos. Aferrarse a la tradición y renunciar a la búsqueda y materialización de las implicaciones de la constitucionalización de este campo no sólo supone perpetuar la inexplicable situación de descompensado desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal dominante a día de hoy en la materia, con su cadena de agravios comparativos y paradójicas inequidades; supone, simple y llanamente, sustraer a una institución tradicional de la primacía de la Constitución y blindar su régimen frente a las exigencias de esta última. Sin duda, una curiosa forma de asegurar la realización de sus preceptos.

CONCLUSIONES

A. En relación con el concepto de la propiedad privada constitucional y su objeto.

1. Abordar el estudio del régimen constitucional de la propiedad privada presupone identificar a la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC y a la función social y ecológica que le atribuye el artículo 58 párr. 2 CC -entendida en un sentido lato, como expresión concreta en este ámbito de los principios de solidaridad y prevalencia del interés general- como los focos principales en torno a los cuales ha sido articulada la entera disciplina jurídica que rige esta materia. En tanto que pilares centrales sobre los cuales se asienta esta regulación, estos dos elementos constituyen las claves fundamentales de toda operación de interpretación o aplicación de cualquiera de las reglas que integran el sistema normativo instaurado por la Constitución alrededor de este derecho, o de la creación de normas que buscan desarrollar esta constelación. Además de la notable influencia que cada uno de ellos ejerce sobre el conjunto de instituciones que conforman el referido sistema, sus implicaciones recíprocas resultan todavía más importantes. Esta interrelación contribuye a balancear el sistema. No se trata, así, pues, de que únicamente el sentido y alcance de la pléyade de figuras que convergen en el ámbito de la propiedad privada (potestad de delimitación del contenido del derecho, expropiación, extinción del dominio, instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, etc.) deba ser precisado a la luz de estos dos elementos. El propio sentido y alcance de la garantía del derecho y de su función social y ecológica debe ser también, *en parte*, producto de la interacción permanente y recíproca que entre ellos se produce al interior del régimen constitucional de la propiedad. Al tiempo que permite establecer matices determinantes para la correcta inserción de este derecho dentro del engranaje del Estado social y democrático de Derecho, ello asegura el ponderado equilibrio que debe existir entre estos dos elementos como rasgo característico de la imagen que de la propiedad privada ha dibujado el constituyente.

2. A pesar de la ausencia de una definición explícita sobre su sentido en el texto constitucional, es claro que la prefiguración por el constituyente de una imagen de la propiedad privada de contornos más o menos precisos hace posible la caracterización de sus rasgos particulares y demanda detenerse en su estudio para emprender sobre esta base la reconstrucción de su régimen jurídico-constitucional. La predeterminación por la Constitución de las líneas maestras de la disciplina del derecho y las numerosas referencias derivables del sistema en el cual se incrusta permiten la configuración de un régimen sustantivo propio, directamente derivado y asentado en las normas constitucionales, con independencia de sus posibles raíces o nexos con la idea de propiedad privada originalmente plasmada en la codificación. La sola aproximación al enunciado constitucional que regula esta materia (artículo 58 CC) permite fundamentar esta

exigencia. Ella hace visible la no poca magnitud de la incidencia de la Constitución sobre la idea de propiedad privada. Así, por ejemplo, además de servir de contrapeso a la garantía del derecho contenida en el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC y ratificar la prevalencia del interés general, la rotunda previsión del artículo 58 párr. 2 frase 1 CC según la cual “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones” comporta notables implicaciones sobre la forma como el derecho de propiedad es concebido en términos de su estructura, fundamento, sentido, finalidad, objeto, contenido y de sus relaciones con el legislador. El resultado: **(i)** una figura de **estructura dual**, que representa a la vez un ámbito de utilidad (económica) privada y una obligación de servir a la comunidad. En segundo lugar, **(ii)** un derecho cuyo fundamento no consiste únicamente en el interés personal de su titular, sino también en el de la colectividad; **un derecho para hacer algo**, una posición jurídico-subjetiva que encierra también un **“deber social”**²⁴⁷⁶ y que por lo mismo debe ser ejercido con arreglo a la función social que le es señalada; esto es, “en forma tal que no perjudique sino que beneficie a la sociedad, dándole la destinación o uso acorde con las necesidades colectivas y respetando los derechos de los demás”²⁴⁷⁷. Asimismo, **(iii)** un derecho cuya finalidad se orienta **tanto a facilitar la realización de los intereses personales del dominus, en especial la libre y responsable autoconfiguración de la existencia; como a servir a los intereses comunes que puedan confluir en el respectivo objeto del derecho.** Del mismo modo, **(iv)**, un derecho que en consideración al estadio actual de desarrollo de las relaciones económicas –bajo el cual la propiedad inmobiliaria ha perdido buena parte del protagonismo antes ostentado, cedido a nuevas formas de riqueza y a la creciente dependencia del individuo frente a fuentes externas de asegurar su subsistencia- y ante las exigencias de seguridad jurídica y tutela del interés general que se desprenden de la dinámica del tráfico jurídico-económico presente, **ensancha su objeto a toda posición jurídica-subjetiva de contenido patrimonial y reduce su contenido a un ámbito de utilidad económica privada.** Un derecho, por último, **(v)** **abierto a la configuración legal y a la permanente intervención** de los poderes públicos como forma de asegurar su conformidad con las exigencias del interés general; y, por lo mismo, susceptible de múltiples configuraciones y sujeto a una pluralidad de regímenes legales.

3. En estas condiciones, difícilmente puede disputarse la conveniencia y necesidad de *reivindicar la autonomía conceptual de la propiedad constitucional*. Su más antiguo y acendrado desarrollo por el Derecho Civil y la hegemonía ostentada por la visión liberal del derecho desde 1789 hasta no hace mucho no pueden ser obstáculo para entender que la proclamación del derecho de propiedad privada por la Constitución exige tomar distancia de sus antecedentes y emprender una **reflexión autónoma** sobre el significado, sentido, contenido, alcance y finalidad de este derecho en el marco constitucional en el que se encuadra. Esta necesidad, apreciable ya tras la incorporación por el constitucionalismo social de la primera posguerra de fórmulas que se apartaron de la lógica imperante en la tradición liberal (*vid.* p. ej. los artículos 27 CM, 153

²⁴⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994, FJ 2.

²⁴⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995, FJ h.

WRV, 44 de la Constitución española de 1931 o 10 de la reforma constitucional de 1936 de Colombia), se hace perentoria en el contexto actual. El carácter material y normativo de la Constitución vigente, que además de instaurar un Estado social y democrático de Derecho y una economía social de mercado ha procurado sentar las bases para fundamentar una sociedad moderna, equitativa, dinámica, libre y plural, respalda esta posición. Ni el régimen expresamente previsto para el derecho por la Constitución (artículo 58 CC), ni el estado actual de desarrollo alcanzado por las relaciones económicas y sociales resultan compatibles con una pretendida *constitucionalización de la concepción de la propiedad procedente del Código Civil*. Como es lógico, no la excluyen; pero ponen en evidencia que **la idea constitucional de este derecho significa algo más**. La noción constitucional de la propiedad privada no resulta reconducible únicamente a su desarrollo en la codificación. Su objeto restringido (cosas corporales), su contenido fijo (*ius utendi et abutendi*), su finalidad esencialmente individualista y su lógica unitaria y volcada en la titularidad como apropiación y dominio de los bienes hacen que difícilmente resulte compatible su regulación en este estatuto con las exigencias de protección jurídico-patrimonial individual y tutela del interés general de una sociedad industrial, en trance de dar el paso definitivo a la era del conocimiento, la información y de otros valores intangibles como la actual. Es preciso, pues, articular una *noción constitucional* de este derecho. De este modo, si bien es cierto que el arsenal conceptual y teórico *ius civilista* desarrollado respecto al derecho de propiedad puede aportar insumos relevantes para el entendimiento de la estructura, funcionamiento y lógica tradicional de la institución; no lo es menos que ello no puede significar la renuncia a la construcción de una idea de propiedad enteramente adecuada a la Constitución.

4. Atender cabalmente las exigencias procedentes de la *autonomía conceptual de la propiedad constitucional* supone, como primera medida, tomar conciencia de la notable contracción que sufriría la esfera de protección de la garantía constitucional de este derecho de asumirse una concepción jurídico-civil o *stricto sensu* de su significado. Ello equivaldría a dejar fuera de su cobertura a un número importante de posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales que a pesar de no recaer sobre una cosa ni conceder a su titular las facultades tradicionales de goce y disposición, en consideración a su naturaleza, sentido y finalidad, lo mismo que al papel que les corresponde dentro del sistema económico, representan *valores dignos del amparo que brinda esta garantía y de estar sujetos a las afectaciones e incursiones jurídico-públicas que se derivan de ella*. Los derechos de crédito, las acciones, la propiedad intelectual, la propiedad industrial, la propiedad mercantil, al igual que las licencias, concesiones u otros derechos jurídico-públicos de contenido económico, entre otras muchas posiciones jurídicas de significado patrimonial articuladas por el legislador fuera del apretado molde del derecho real de dominio quedarían desprovistas tanto de la protección que mana del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, como de su apertura a la expropiación, extinción del dominio y a las cargas y vinculaciones legítimas y *prima facie* no indemnizables con que grava la Constitución a la propiedad privada. Por un lado, ello equivaldría a dar la espalda a la dinámica actual del

tráfico jurídico-privado y al papel cada vez más relevante que dentro del circuito económico corresponde a las situaciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial constituidas frente al Estado (*v. gr.* licencias, concesiones, contratos, asociaciones público-privado, etc.). Por otro, sería tanto como ignorar la permanente situación de necesidad en que vive el hombre actual como consecuencia de la pérdida del *espacio vital dominiado*; circunstancia que explica que la propiedad privada, entendida en su sentido tradicional, haya perdido hoy protagonismo como garantía y sustento fundamental de la supervivencia de la persona, y que éste corresponda en la actualidad, salvo casos excepcionales, tanto al trabajo y al cúmulo de derechos a prestaciones (públicas o privadas) que se desprenden de esta relación, como a la acción social del Estado.

Un cúmulo de situaciones que obliga, en suma, a reconocer el carácter omnicomprensivo de esta garantía: *la propiedad constitucional brinda cobertura a todo derecho o situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial que conceda a su titular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente*. La amplitud y heterogeneidad de su cobertura hace que, más que como un **derecho sobre las cosas**, la propiedad constitucional se erija como un **derecho sobre los derechos**. Su misión: **proteger “lo adquirido” y asegurar su subordinación a las exigencias del interés general y correlativa apertura a las distintas formas de injerencia estatal en este ámbito**. En consecuencia, y aunque no de manera uniforme, todo el conjunto de derechos patrimoniales legítimamente adquiridos gozan de la misma protección, se encuentran vinculados al cumplimiento de una función social y constituyen materia susceptible de expropiación y de extinción del dominio.

5. Lógicamente, el ensanchamiento del objeto de protección de esta garantía trae como consecuencia *la inadecuación del concepto tradicional de propiedad*. Ésta no puede seguir siendo vista como el derecho a gozar y disponer de un bien no siendo contra ley o contra derecho ajeno (artículo 669 CCC). Es preciso articular una noción más abierta, formulada desde una mayor elevación conceptual, capaz de abarcar la entera realidad jurídico-patrimonial a la cual presta cobertura la garantía acuñada en torno suyo. El énfasis de la propiedad constitucional no está puesto en la *relación de pertenencia* entre el sujeto y el bien objeto del derecho; recae sobre la *relación de acceso y aprovechamiento* del primero sobre el segundo. Persigue, entonces, la atribución y tutela de un ámbito de aprovechamiento particular que busca hacer operativo el contenido subjetivo inherente al derecho en un sistema económico social de mercado. Además de forzar a un replanteamiento del concepto de propiedad, el referido ensanchamiento del objeto del derecho conlleva asimismo la *reformulación de su contenido*: las tradicionales facultades de uso y disposición deben ceder su lugar a una fórmula igualmente abstracta e indeterminada, a la cual resulte reconducible el rico y heterogéneo cuadro de situaciones subjetivas de aprovechamiento particular amparadas por la garantía del derecho. Este contenido no es otro que el interés personal que asiste al titular del derecho de aprovecharse en beneficio propio de la posición jurídica que le es reconocida (*función privada del derecho*). La propiedad

constitucional debe, entonces, ser definida como **un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, sujeto a una función social, cuyo contenido radica en una utilidad económica particular.**

B. En relación con los tipos de propiedad constitucionalmente amparados.

6. La dilatada extensión de la cobertura y la pluralidad y heterogeneidad de formas jurídico-patrimoniales amparadas por la garantía constitucional del derecho fuerzan a que, además de acuñar un concepto más amplio y abstracto de lo que ha de entenderse por propiedad privada en la Constitución, resulte imperativo efectuar una *aproximación metodológica específica* a esta materia. Puesto que supone englobar dentro de un mismo conjunto realidades que son económico-social y legalmente diferenciadas (*v. gr.* derechos reales, derechos de crédito, derechos derivados de una concesión administrativa o de una pensión, etc.), pero constitucionalmente homologables (son, en últimas, ámbitos de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujetos a una función social y provistos de contenido patrimonial merecedores de la misma tutela), aprehender y ordenar esta realidad presupone el recurso a distintas herramientas metodológicas. De una parte, es preciso articular un **concepto general** que obre como *criterio ordenador* de los distintos elementos que se busca comprender bajo un mismo régimen -el del artículo 58 CC-; y de otra, la construcción de **tipos** que posibiliten la identificación de las peculiaridades y rasgos generales de cada una de las formas de propiedad acopiadas, como base para la determinación de sus elementos comunes. Esto último permitirá conformar los grupos sub-ordenados en conjuntos de contornos más precisos (*tipos*); siempre en el marco del ámbito definido por el criterio ordenador pre-establecido. Así, mientras que el concepto acota el ámbito cubierto por la garantía constitucional del artículo 58 CC y las diversas formas de intervención sobre el derecho previstas por la Constitución; los tipos engloban formas de propiedad que a pesar de las posibles diferencias que puedan dimanar de sus respectivos regímenes legales comparten rasgos característicos, fundamentos, finalidades o aspectos esenciales comunes.

7. Este proceder no sólo permite ordenar racionalmente un material abigarrado y reconducir la pluralidad de formas abarcadas por la garantía del derecho a la unidad que su propio régimen impone; ofrece igualmente otras ventajas de índole metodológico y de orden dogmático. En cuanto a lo primero, interesa destacar que además hacer posible corroborar la viabilidad del concepto constitucional *lato sensu* de propiedad privada, formaliza la constitucionalización de la entera órbita jurídico-patrimonial de los particulares y proporciona un modelo apto para hacer frente a la continua articulación por el mercado y el legislador de posiciones dignas de amparo e intervención estatal y, por ende, a las permanentes exigencias de ajuste y actualización del sistema económico actual. Su amplitud y flexibilidad abren la posibilidad de que toda nueva forma de propiedad pueda ser siempre encajada dentro de alguno de los tipos predeterminados, o incluso, de resultar procedente, variar la tipología o idear un

nuevo tipo. Adicionalmente, puesto que la conformación de una tipología conlleva la creación de modelos explicativos capaces de ofrecer respuestas a algunos de los problemas no expresamente resueltos por la regulación de una determinada constelación, la referida ordenación tipológica de la propiedad privada puede aportar luces o señalar líneas de investigación respecto de algunos de los problemas fundamentales que plantea el régimen constitucional de la propiedad privada.

Por otra parte, y en cuanto a lo segundo, esto es, a las implicaciones dogmáticas de la separación tipológica propuesta, ella permite evitar el vaciamiento del contenido de la regulación constitucional de este derecho, condenado a disolverse en la generalidad de un concepto demasiado abstracto en caso de prescindir de la elaboración de los consabidos tipos propietarios. Ello resulta trascendental, por ejemplo, para salvaguardar la efectividad de mecanismos de garantía del derecho como el contenido esencial. En este caso, como se verá en detalle más adelante, so pena de entender que éste reducto especialmente protegido del derecho se reduce a una muy abstracta utilidad económica particular, éste deberá ser reconstruido de manera más concreta en relación con cada uno de los tipos propietarios identificados. De lo contrario difícilmente podrá cumplir la función de límite que está llamado a realizar. Asimismo, la subordinación de la entera realidad jurídico-patrimonial al interés general y su apertura a las diversas formas de intervención estatal previstas en este campo (delimitación del contenido del derecho, expropiación y extinción del dominio) representa la formalización y racionalización de un notable poder de intervención en las distintas posiciones que caen bajo la órbita de cobertura de la propiedad constitucional. Al margen de las particularidades que puede presentar su régimen jurídico infra-constitucional, *visto desde el prisma de la Constitución toda propiedad debe ser susceptible de una permanente conformación legal, expropiación o extinción del dominio*. De ahí que no resulten justificadas ni justificables realidades como la actual; en la cual, erigiendo inexplicables barreras al principio de prevalencia del interés general, de forma constitucionalmente dudosa se han configurado ámbitos exentos de expropiación (p. ej. el lancinante caso de la propiedad industrial o de los derechos engendrados por determinados actos administrativos, inatacables en la práctica por razones de mérito o conveniencia por causa tanto de la rígida construcción del instituto de la revocación -ajeno a la lógica que subyace al régimen constitucional de la propiedad privada-, como de las falencias de una legislación expropiatoria anclada en las concepciones tradicionales de propiedad y expropiación). Lógicamente, la mayor tutela jurídica que estas posiciones reciben como consecuencia de su calificación como propiedad constitucional fuerza a que estas intervenciones deban darse siempre en el marco de los requerimientos elevados por la garantía constitucional del derecho. En la forma de restricciones y límites al poder público, éstos buscan, justamente, racionalizar y controlar el ejercicio que se hace de las potestades de intervención sobre el derecho con miras a asegurar la efectividad de su garantía constitucional.

8. La amplitud de la fórmula empleada por la Constitución al consagrar en el artículo 58 párr. 1 frase 1 la garantía de la propiedad privada proporciona un marco ideal para la recepción de los planteamientos esbozados en punto a la necesidad de articular una tipología de los derechos que caen bajo su órbita de cobertura. De hecho, el propio enunciado de esta disposición sugiere esta posibilidad al extender la garantía a “la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC). El contexto actual, presidido tanto por una dinámica económica de permanente articulación jurídico-pública y jurídico-privada de nuevas formas de valor merecedoras de la protección e intervención estatal que la propiedad constitucional ofrece, como por la crónica imposibilidad individual de autoabastecerse (*pérdida del espacio vital dominado*) y la subsecuente necesidad de amparar las posiciones jurídico-subjetivas que aseguran la subsistencia de las personas, permite entender dicho enunciado constitucional como la aceptación de **al menos tres tipos de propiedad: la propiedad común, la propiedad especial y la propiedad subsistencia**. Ciertamente, la expresa diferenciación entre “la propiedad privada” y “los demás derechos” hace posible entender que mientras que el primer tipo responde a la referencia directa al derecho de propiedad con que inicia el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC (“Se garantizan *la propiedad privada* y...”) y presenta un contenido tradicional, integrado por las típicas facultades dominicales de goce y disposición, y responde al fundamento y a la finalidad clásicas del derecho; el segundo y tercero encuentran su cobertura en la cláusula general residual que complementa la fórmula de garantía (“...y *los demás derechos adquiridos* con arreglo a las leyes civiles”). Por esto, poseen un contenido variable, menos firme y no completamente coincidente con la imagen social más extendida que se tiene de este derecho, correspondiente al primer tipo. Dadas las peculiaridades que registra, el contenido de estos dos tipos propietarios sólo tiene por indispensable la preservación de la facultad de goce; aunque en uno y otro caso con fundamentos y finalidades claramente diferenciadas. El carácter prevalentemente económico de la propiedad especial, cuyo nexo fundamental con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad económica y el trabajo, por un lado, y los principios de solidaridad, Estado social y numerosos derechos colectivos relevantes en función del sector en el cual se encuadre el derecho engendrado, por otro, contrasta con el sentido esencialmente personal de la propiedad subsistencia. Su relación directa con la libertad, la dignidad humana y el Estado social, lo mismo que con derechos como la vida, la salud y la asistencia social, permiten fundamentar la singularidad de su contenido y de su régimen, difícilmente coincidente con la imagen social de la propiedad más extendida.

Con arreglo a esta tipología, derechos patrimoniales típicos del tráfico jurídico-privado como los derechos de crédito o los ostentados sobre bienes muebles o inmuebles, al igual que sobre acciones, creaciones del intelecto, marcas, patentes, lo mismo que sobre el *good will* de un establecimiento, serán expresiones de la propiedad común. La propiedad especial cubrirá al conjunto de derechos o situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de valoración económica que surgen tanto de actos administrativos, como de contratos o conciertos suscritos por el

Estado con particulares, cuyo resultado es la configuración de ámbitos de aprovechamiento privado económico exclusivo y excluyente, con independencia del objeto de que se trate (bien público, servicio público, etc.), siempre que éste no sea entregado *en precario*. Representan formas de propiedad constitucional especial, por ejemplo, las licencias de uso de suelo, las autorizaciones o permisos para actuar como operador en materia de transporte, la concesión de explotación de recursos naturales, los permisos o concesiones de ocupación de bienes públicos no entregados en precario, los títulos de explotación minera, las concesiones de uso del espectro electromagnético a los operadores de televisión, los títulos de inversión forzosa, los bonos de deuda pública, los créditos o ayudas económicas estatales de fomento, entre otras posiciones subjetivas jurídico-patrimoniales configuradas frente al Estado. Por último, y teniendo en cuenta que el objeto primordial de la propiedad subsistencia lo constituyen posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial acuñadas en el ámbito de la Administración social, se encuadrarán dentro de esta categoría prestaciones como la renta mínima de inserción, el auxilio de desempleo, las ayudas para la vivienda, el estudio o la familia. Ahora bien, puesto que los rasgos típicos de esta modalidad propietaria se presentan también en posiciones jurídico-patrimoniales engendradas en la órbita del Derecho Privado, esta tipología abarca asimismo supuestos como el derecho a pedir alimentos y los derechos de uso y habitación.

C. En relación con la garantía del derecho y su sistema de protección.

9. El carácter plástico con que la Constitución ha acuñado al derecho de propiedad no se refleja únicamente en las transformaciones conceptuales y metodológicas que se han reseñado en los apartados anteriores. Ella incide de manera igualmente notable sobre las formas de protección del derecho. A falta de una figura homogénea y provista de un contenido concreto fijo, susceptible de ser amparada mediante la definición de un repertorio puntual de interdictos o medidas de salvaguardia, la Constitución ha ideado un sistema de garantía heterogéneo y complejo, reforzado por el carácter *ius fundamental* del derecho. Aun cuando las diversas formas de protección pueden ser compendiadas en la fórmula de la garantía de la propiedad del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, es claro que se trata de un repertorio amplio y flexible de medidas. De ahí que resulte plausible hablar del *sistema de protección articulado en torno a la garantía del derecho*. Ésta no se cifra únicamente en el contenido esencial, la reserva de ley o la prohibición de privación sin indemnización. Tampoco, naturalmente, en el carácter intangible o inviolable del derecho. *La garantía constitucional de la propiedad privada se traduce, en la actualidad, en la definición de un conjunto de límites que enmarcan el ejercicio de las distintas prerrogativas conferidas al poder público para intervenir activamente en este ámbito como forma de asegurar su subordinación a los intereses de la colectividad*. Envuelve, por ende, una pluralidad de formas de protección previstas en relación con cada una de las modalidades de injerencia estatal en la propiedad privada definidas por la Constitución. Las restricciones que vinculan al legislador que delimita el derecho no son, pues,

lógicamente, las mismas que se predicán de las actuaciones expropiatorias y extintivas. De este modo, además de la natural protección que para el derecho se desprende del reconocimiento de un núcleo duro indisponible por el legislador, la reserva de ley de los aspectos más determinantes de su régimen o de la regla según la cual no puede haber expropiación sin indemnización, la garantía del derecho se traduce en un *mandato de tipificación y respeto de los diversos límites que la Constitución ha fijado a los poderes públicos en relación con cada una de las formas de intervención en la propiedad constitucionalmente previstas* en orden a tutelar el interés particular que subyace a todo derecho amparado por el artículo 58 CC.

Así, la calificación de un determinado derecho como propiedad constitucional permite asegurar a su titular la protección de *lo adquirido*, de suerte que el ámbito de utilidad privada que le es inherente gozará de la tutela del artículo 58 CC. Al extender la cobertura de la propiedad constitucional al conjunto de situaciones jurídico-subjetivas de contenido patrimonial, estos derechos “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC *in fine*). Y si bien se encuentran sujetos al principio de prevalencia del interés general (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC) y vinculados al cumplimiento de una función social, su delimitación deberá efectuarse en el marco de las restricciones establecidas por la garantía del derecho (*v. gr.* prohibición de expropiación, mandato de ponderación, respeto del contenido esencial y principio de proporcionalidad) y su privación sólo podrá tener lugar de ser respetadas las especiales garantías previstas para la expropiación por el artículo 58 párr. 4 CC (*causa expropiandi*, procedimiento expropiatorio e indemnización previa) o para la extinción del dominio por el artículo 34 párr. 2 CC (causa legalmente definida, procedimiento y pronunciamiento judicial). **En caso contrario, la incursión efectuada resultará inválida.**

10. Aunque según lo dispuesto por el artículo 85 CC y lo resuelto por la jurisprudencia constitucional la propiedad privada no resulta susceptible del amparo que proporciona la acción de tutela como mecanismo especial para la defensa de los derechos fundamentales (artículo 86 CC)²⁴⁷⁸, el carácter *ius fundamental* que según el juez constitucional se desprende de su proclamación por la Constitución²⁴⁷⁹ brinda un vigoroso respaldo al sistema de protección del derecho estatuido en torno a su garantía. De hecho, esta condición aporta algunos de los más destacados límites que deben encarar las injerencias de los poderes públicos en el ámbito de este derecho. El contenido esencial y el principio de proporcionalidad son una clara prueba de ello. Lo mismo ocurre con el principio

²⁴⁷⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-506 de 1992, FJ A. En sentido análogo, *Vid.* las sentencias T-284 de 1994, FJ 2; T-259 de 1996, SNFJ; T-245 de 1997, SNFJ; T-413 de 1997, FJ 2; T-1000 de 2001, FJ 2.4.10; T-831 de 2004, SNFJ; T-1321 de 2005, FJ 3.

²⁴⁷⁹ Recuérdese que para la Corte Constitucional, según se ha afirmado recientemente, “[I]os derechos [incorporados en el texto constitucional] **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución” (negrillas del texto). *Vid.* Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, FJ 10. En este mismo sentido, las sentencias T-585 de 2008, FJ 2.1 y T-168 de 2009, FJ 8.

pro libertate como imperativo para la interpretación y aplicación de cualquier disposición relacionada con este derecho. Además de estas aportaciones, las múltiples y trascendentales implicaciones de llevar la propiedad privada al esquema propio de los derechos fundamentales permiten constatar fácilmente el robustecimiento cualitativo que esto supone para su protección jurídico-subjetiva y jurídico-objetiva. No sólo es que este último contenido le erija en principio supremo del ordenamiento, que como tal opera como límite genérico a las decisiones del legislador, la Administración y los jueces; y encierra pautas decisivas para la creación, interpretación y aplicación del Derecho en todos sus ámbitos. Su figuración jurídico-objetiva inspira igualmente mandatos de actuación y deberes de protección para las autoridades, garantiza el instituto jurídico que le sirve de sustrato, impone la implementación de estructuras de procedimiento y organización adecuadas para la salvaguardia y efectividad de los contenidos que garantiza y le permite incidir igualmente en las relaciones jurídicas entre particulares.

La vertiente jurídico-subjetiva del derecho rinde unos frutos no menos sustanciosos. Remarca que aunque se reconozcan la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58 párr. 2 CC) y la prevalencia de los intereses públicos o sociales (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC), ello no puede significar la completa desnaturalización ni la desaparición o minusvaloración de esta figura. Refuerza así la exigencia de conservación de un reducto de utilidad personal para el titular del derecho elevada por su garantía constitucional (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y hace aún más explícito que para merecer dicho nombre y dar cumplimiento a la referida garantía sancionada por la Constitución, la propiedad privada debe ser vista, en primer lugar, como *un derecho*. Por ende, aunque limitada, vinculada o relativizada por la función social y ecológica que le es inherente, debe conservar su condición de *derecho subjetivo* y, en consecuencia, su carácter de *derecho de defensa*. Por esta razón, el desconocimiento de los límites y los presupuestos constitucionalmente definidos para la injerencia estatal en el ámbito de su protección activa la vertiente defensiva del derecho y le permite repeler por constitucionalmente injustificada o improcedente una inmersión así realizada. Con todo, la virtualidad jurídico-subjetiva no se traduce únicamente en el rechazo de las intervenciones ilegítimamente practicadas por las autoridades. Conlleva, además, una faceta *prestacional*, que impone al Estado tanto el deber de protección frente a terceros, como de definir estructuras procedimentales y organizativas adecuadas para su garantizar su tutela efectiva. De este modo se hace evidente que la garantía del derecho propiedad no sólo exige ya del Estado actuaciones apegadas a la legalidad y exentas de arbitrariedad y de excesos; los especiales deberes de actuación que se derivan de su faceta prestacional le imponen igualmente obrar con arreglo a la prohibición del defecto. Aquél no puede eludir el compromiso de actuar en pro de la efectividad del derecho que se desprende de su obligación de protección frente a terceros (propiedad como *derecho de protección*), como del derecho que asiste a los propietarios a que se implementen las estructuras procedimentales y organizativas necesarias para

asegurar la guarda de la posición jurídico-subjetiva que ostentan (propiedad como *derecho al procedimiento y a la organización*).

Este último aspecto resulta determinante de la validez de inmisiones individualizadas o concretas efectuadas sobre derechos de propiedad específicos (*v. gr.* la expropiación, la extinción del dominio, así como algunas de las delimitaciones realizadas por la Administración con base en una habilitación legal), de suerte que su inobservancia o deficiente configuración legal engendra una pretensión de rechazo de la incursión efectuada. En consideración tanto a la estructura dual del derecho de propiedad y a la permanente obligación de ponderar los intereses públicos con los intereses personales del propietario que esta circunstancia origina, como a la necesidad de someter las potestades públicas de intervención en el ámbito del derecho a cauces que permitan su racionalización y compatibilización con la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, *el procedimiento cobra especial relevancia en esta materia*. Emerge como una forma de tutela del derecho, un mecanismo de legitimación de las decisiones que inciden en él y una garantía de acierto de las mismas. Si bien no asegura una determinación correcta, aminora el riesgo de una resolución sesgada por mirar solo en una dirección o por falta de información y pone en evidencia la ausencia o las deficiencias de la ponderación. Contribuye, pues, notoriamente, a la creación de condiciones favorables tanto para afianzar la tutela *ex ante* del derecho, como para arribar a una determinación objetiva, razonable y, por ende, discursivamente más legítima.

11. Ahora bien, que la protección que la Constitución otorga al derecho de propiedad cubra por igual posiciones jurídico-patrimoniales de distinta índole con independencia del bien u objeto que constituye su sustrato no significa que todas gocen, en concreto, de un mismo contenido ni de regímenes jurídicos idénticos. La rica heterogeneidad de los objetos pasibles de propiedad y la multitud de requerimientos que sobre ellos puede elevar la función social que le es inherente obliga a *definir tantos contenidos y regímenes dominicales cuantos considere procedente el legislador a partir de la valoración de la función social específicamente identificada en cada clase de bienes*. La disparidad de regímenes jurídicos se traduce, a su vez, en una tutela jurídica del momento subjetivo igualmente dispar. Su intensidad será mayor o menor en atención a diversos aspectos, en especial dependerá de la función social que se predique en particular de cada forma del derecho. El grado de protección del interés personal del propietario y el espacio para el aprovechamiento privado correspondiente a cada derecho será, así, una cuestión de *amplitud variable*. De este modo, si bien en un plano abstracto o jurídico-constitucional todo objeto cobijado por la idea constitucional de propiedad goza de las mismas garantías y envuelve, en suma, la atribución de un ámbito de aprovechamiento privado protegido, en el plano infraconstitucional la amplitud de esta órbita debe ajustarse a las particularidades de cada derecho o bien. En consecuencia, de la misma forma que son diferentes las posibilidades de uso y los requerimientos públicos frente a los distintos objetos susceptibles de uso y provecho particular, aspectos directamente

dependientes de la función social que específicamente se identifique en el objeto concreto de cada derecho, nada obsta para que en la práctica los titulares de estos derechos gocen de ámbitos de libertad desiguales (unos más amplios y acentuados que otros). No puede ser lo mismo ser propietario de una obra de Velázquez que de un simple póster o de una revista; tampoco ser titular de un aprovechamiento privativo de agua que ser accionista de una sociedad anónima o dueño de un abanico. Cuanto más claro y estrecho sea el vínculo del objeto del derecho con una actividad, objetivo o función de interés general, mayor será también la presión e incidencia del módulo colectivo o social sobre la faceta individual o subjetiva del derecho. Por tanto, más amplias serán las posibilidades de intervención del legislador, en quien recae, en últimas, la potestad de delimitar o moldear las facultades dominicales de conformidad con los requerimientos concretos de la función social que identifique en cada uno de los bienes objeto de algún derecho de propiedad.

12. Con independencia de la relevancia de la función social para un determinado régimen dominical o de la amplitud del ámbito de libertad que sea conferido a un grupo específico de propietarios, la decisión legal se enmarcará en todo caso dentro de la reserva de ley ordinaria estatuida por la Constitución en materia de propiedad. Ella envuelve una forma de protección del derecho por cuanto permite asegurar que los aspectos clave de la estructuración del régimen jurídico de este derecho proceden de una norma con rango de ley. Su no inclusión dentro del grupo de derechos vinculados a una reserva de ley estatutaria (Capítulo 1 del Título II CC) remite el desarrollo de esta materia al legislador ordinario. Producto de esta reserva únicamente resulta procedente la expedición de reglamentos para la ejecución de la ley (*secundum legem*) y de complemento de la ley (*intra legem*), además de la prohibición de deslegalización de esta materia. Al no encontrarse el derecho de propiedad dentro de las materias excluidas de la delegación legislativa por la Constitución (artículo 150.10 párr. 3 CPC), nada obsta para su procedencia conforme a las condiciones previstas por el párrafo 1 del artículo 150.10 CPC; esto es, que se trate de una habilitación temporalmente definida (que no podrá exceder de seis meses), solicitada por el Gobierno, aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara legislativa y fundamentada en razones de necesidad o conveniencia pública. Por último, es preciso apuntar que si bien gracias a la reserva el legislador se encuentra materialmente vinculado a un desarrollo mínimo de la regulación que debe efectuar de esta materia, ello no excluye la posibilidad (o la necesidad) de descargar parte de esta responsabilidad sobre otros órganos de producción normativa (*colaboración internormativa*). La ineludible exigencia de una aproximación sustancial del legislador al cumplimiento de la labor de regulación del derecho que le es encomendada no resulta incompatible con remisiones legales al reglamento o a otras fuentes jurídicas.

Ahora bien, la conveniencia o la necesidad de apelar a la colaboración internormativa para la completa configuración de determinados regímenes dominicales envuelve la obligación de identificar los límites que, en orden a

hacer operativa la garantía del derecho y a reforzar la vigencia de los principios democrático y de Estado de Derecho, enmarcan la potestad legislativa de reenviar determinados asuntos a otras instancias de decisión. Ello exige, como primera medida, determinar la extensión o el alcance horizontal del ámbito de competencia del legislador: puesto que la Constitución ha encomendado expresamente a otros órganos la regulación de determinadas materias (es el caso, p. ej., del Banco de la República en relación con el dinero o el crédito, o de los Concejos Municipales y los usos del suelo) es preciso definir con certeza cuáles son los puntos sobre los que debe pronunciarse la ley. Fijado este extremo resulta procedente determinar el alcance vertical de esta competencia. Las exigencias que dimanar tanto de la garantía del derecho como de los referidos principios democrático y de Estado de Derecho imponen asumir que la Constitución ha impuesto a la ley un mandato de definición de los *aspectos esenciales* de las cuestiones amparadas por una reserva legal. En consecuencia, el legislador tiene la responsabilidad de reglamentar directamente aquello que resulta esencial para la realización del derecho de propiedad. Naturalmente esto no significa que su competencia se reduzca a ello. Aunque a veces no resulte conveniente y sea recomendable ceder estos asuntos al reglamento o a otras fuentes, lo anterior no obsta para que se entienda que el legislador está igualmente habilitado para ocuparse también de los aspectos accesorios del régimen del derecho. De este modo, resulta procedente entender que *la Constitución confía al legislador la definición sustantiva (aunque general y abstracta) de asuntos tales como las facultades, deberes, cargas y condiciones que de manera específica integran el contenido normal del correspondiente derecho, lo mismo que respecto de los aspectos fundamentales de las estructuras de organización y procedimiento necesarias para asegurar su protección efectiva. Corresponde entonces a la ley fijar los elementos centrales de los diversos regímenes dominicales, de modo que resulte apreciable una imagen nítida del derecho, tanto en su faceta social como individual, y de su régimen de protección.*

D. En relación con el contenido esencial del derecho.

13. El indiscutible protagonismo de la intervención del legislador en la definición de los distintos regímenes dominicales concretos y el correlativo riesgo que la propiedad acabe convertida en un derecho enteramente configurado por la ley hacen imperativo reivindicar su naturaleza de derecho fundamental. Su condición de figura constitucionalmente establecida presupone la existencia de una substancia previa a la configuración legal, una imagen que vincula al legislador, limitándole y orientando sus determinaciones. La garantía del contenido esencial atiende a esta realidad. Por esta causa, con independencia de la ausencia de una disposición constitucional expresa que prevea esta garantía, la Corte Constitucional la ha introducido como elemento habitual en su labor de control de constitucionalidad de las leyes²⁴⁸⁰. Con el objetivo de asegurar que un

²⁴⁸⁰ Aunque no siempre como *ratio decidendi*, el contenido o núcleo esencial figura como argumento recurrente en los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional desde sus primeras sentencias. *Vid.* del primer año de la Corte Constitucional (1992), las sentencias de tutela

reducto de éstos es indisponible por la ley, el contenido esencial emerge como técnica de protección de los derechos fundamentales frente al legislador. Ante la apremiante dependencia legal de muchos de ellos -el caso de la propiedad privada es ejemplar-, su propósito primordial es establecer un contrapeso a la reserva de ley; precaver su uso abusivo a fin de evitar una situación de inoperancia práctica o de vaciamiento del contenido constitucional de estos derechos. Con todo, a pesar de su importancia como barrera al poder de configuración del derecho que la Constitución otorga al legislador, no son pocas las preguntas que origina la aplicación de este límite en el caso de la propiedad privada. La principal, sin duda, cuál es su contenido concreto; en qué consiste específicamente esta restricción.

La respuesta a este interrogante depende, fundamentalmente, del concepto que se asuma de propiedad privada constitucional y de su objeto. Así, acoger una postura *lato sensu* del objeto de la propiedad -como la que se defiende en este escrito- supone extender su protección a todo tipo de situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial. Por ende, implica ensanchar de tal manera la cobertura del derecho que el contenido tradicional de facultades de goce y disposición sobre el bien objeto del derecho debe ser replanteado. Dicho contenido deja de ser genéricamente predicable de la propiedad constitucional para pasar a ser propio tan solo de *un tipo específico de derecho* adscrito a su órbita de protección (la propiedad común en general y el derecho real de dominio en particular). Mal podría entonces, en este caso, cifrarse el contenido esencial en tales facultades. Esto no ocurre, desde luego, de asumir una postura *stricto sensu* del objeto de la propiedad constitucional. Bajo este concepto resulta posible retener los bien delineados perfiles del haz de facultades que conforman el contenido del derecho en el Código Civil y, por lo mismo, considerar que las facultades de goce y disposición definen el núcleo reforzado que protege la técnica del contenido esencial. No obstante, aferrarse en este punto a la tradición no sólo supone renunciar a una interpretación fiel e integral de la Constitución, sino también a una hermenéutica que se acomode a las múltiples exigencias de nuestro tiempo. Por esta razón resulta imperativo reivindicar la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional y defender una concepción *lato sensu* del derecho.

A pesar de su plena compatibilidad con las exigencias materiales y metodológicas de la Constitución y con las circunstancias económicas y sociales actuales, asumir una postura amplificada del objeto de la propiedad constitucional supone, no obstante, enfrentarse a la indeterminación de la fórmula de contenido esencial que ella envuelve. Entendida como un ámbito de aprovechamiento privado *exclusivo y excluyente, sujeto a una función social, cuyo contenido radica en una utilidad económica particular*, el contenido esencial de la propiedad constitucional no puede radicar más que en esta última: la Constitución no garantiza al propietario nada distinto a una genérica utilidad

T-002, FJ 4; T-406, FJ 15; T-426, FFJJ 20-27.; T-490, FJ 8; T-508, FJ Sexto; T-609, FJ Tercero B y T-612, FJ 7.

económica sobre el objeto de su derecho. La ostensible abstracción de esta fórmula no puede más que generar dudas sobre su idoneidad en cuanto límite a la potestad de configuración del derecho que asiste al legislador. La vocación de garantía inherente a esta figura queda prácticamente **neutralizada** como consecuencia de su amplitud e indeterminación. *La efectiva garantía del derecho no puede descansar así únicamente en la observancia del contenido esencial del derecho por el legislador.* Toda vez que por obra de su ambigüedad este último queda revestido de un muy significativo poder de conformación del derecho, *la articulación de los tipos propietarios y la identificación y aplicación de otros límites constitucionales a la ley resulta acuciante.* Lo primero hace posible determinar contenidos esenciales más precisos, específicos para cada tipo de derecho. Aun cuando conlleva asumir que la amplitud y heterogeneidad de la cobertura del objeto constitucional de la propiedad privada implica que *no existe un único contenido esencial del derecho, sino tantos cuantos tipos de propiedad se reconozcan*, ello permite revitalizar el valor de límite de esta técnica de amparo del derecho. Lo segundo permite atender las exigencias derivadas de la garantía del derecho. Por un lado, supone dar cumplimiento al mandato de tipificación y aplicación de los distintos límites que la Constitución ha fijado al legislador que delimita el derecho. Por otro, ampliar el instrumental de control aplicable sobre las decisiones del legislador no solo evita el inconveniente protagonismo de uno de estos mecanismos –como sucede en el caso de la propiedad privada con el contenido esencial, que prácticamente monopoliza toda la atención en este sentido–, introducir diferentes perspectivas de fiscalización equivale asimismo a reforzar la protección sobre el derecho y fortificar la supremacía constitucional²⁴⁸¹. Es preciso, entonces, acompañar la técnica del contenido esencial con otros instrumentos de verificación de la constitucionalidad de las medidas delimitadoras del derecho tales como *la prohibición de expropiación, el principio de proporcionalidad, el mandato de ponderación, el principio de razonabilidad y las distintas reglas de competencia previstas en la materia.*

14. Aun cuando *prima facie* debería existir claridad sobre el hecho que en tanto **límite (constitucional) a los límites que la ley define al derecho de propiedad** toda violación del contenido esencial debe comportar la inconstitucionalidad de la medida establecida, ello no ocurre así. La idea jurisprudencial y doctrinalmente extendida según la cual la Constitución reviste a la propiedad únicamente con una *garantía de valor* y habilita el atentado contra su contenido esencial siempre que se atiendan las exigencias fijadas para la procedencia del instituto expropiatorio –y, en especial, el pago de la correspondiente indemnización– no sólo comporta una incomprensible confusión de los regímenes de dos potestades normativa, funcional y dogmáticamente diferenciadas (la potestad delimitadora del contenido del derecho con arreglo a la función social, por un lado, y la potestad expropiatoria, por el otro); sino también

²⁴⁸¹ Como se evidenció en el trabajo, tanto en España como en Colombia se admite mayoritariamente el planteamiento según el cual el contenido esencial del derecho *no resulta afectado de ser intercambiado por su equivalente económico* (vid. del Tribunal Constitucional, las sentencias 111/1983, FJ 8 y 37/1987, FJ 2; y de la Corte Constitucional, la sentencia C-544 de 2007, FJ 19).

la práctica desaparición del contenido esencial como técnica de protección del derecho y una manifiesta depreciación de la garantía del mismo. A pesar de las múltiples previsiones enderezadas a fortificar su amparo, ésta queda así reducida a una simple *prohibición de privación sin indemnización*. Producto de la confusión que genera entre la garantía del contenido esencial y la garantía expropiatoria, dicho planteamiento no conduce a otro resultado que a la disolución de la primera en la segunda. Inconstitucionalmente subsumido bajo el régimen de amparo previsto para el derecho *en sede expropiatoria*, el contenido esencial se desvanece y se libera al *legislador delimitador* de un límite que en casos como el español le ha sido expresa e incondicionadamente impuesto por el propio texto de la Constitución (artículo 53.1 CE). Por comportar que el legislador deje de estar vinculado por un contenido constitucional preexistente a su intervención configuradora del derecho que no podrá ser vulnerado más que si se omite prever el pago de la correspondiente indemnización esta postura resulta abiertamente inconstitucional. En rigor, ni es cierto que la protección constitucional del derecho se reduzca a la garantía de la indemnización expropiatoria, ni puede ignorarse que cualquier violación del contenido esencial sólo puede dar lugar a una consecuencia jurídica: *la inconstitucionalidad de la intervención efectuada*.

Esto supone, lógicamente, y aunque también parezca una obviedad, reivindicar la necesidad de separar los regímenes correspondientes a cada una de las modalidades de injerencia en el derecho previstas por la Constitución. Solo en la medida en que se deslinden los confines del instituto expropiatorio y su régimen particular frente a los correspondientes a la potestad de delimitación del derecho y a la de declarar extinguido el dominio se hace visible que *el contenido esencial encarna un límite predicable exclusivamente de la actividad de delimitación*. En consideración a la configuración que de ellos ha efectuado el texto constitucional no tendría sentido oponer este límite a potestades como la expropiación o la extinción del dominio. A ellas les resultan aplicables restricciones de otra índole. Tanto el carácter *ius fundamental* de la propiedad como la garantía del derecho elevan la exigencia de aislar y singularizar los regímenes correspondientes a estas tres formas de incidir sobre el derecho autorizadas por la Constitución. Cada una de ellas debe someterse a las reglas que le han sido específicamente definidas en atención a la finalidad y función que le incumbe cumplir dentro del sistema constitucional de la propiedad privada. Por ende, no resulte legítimo entender que estos límites -específicos- son intercambiables y que una actuación de una clase puede *mutar* en otra si se aviene a los requerimientos respectivos impuestos por la Constitución (caso, p. ej., de la delimitación que muta en expropiación por obra de una cláusula indemnizatoria).

Como se apreciará en detalle enseguida, es preciso decantar y definir técnicamente los regímenes correspondientes a cada una de las distintas formas de injerencia en la propiedad previstas por la Constitución. Solo entonces se pueden conocer con certeza cuáles son las restricciones que enmarcan cada modalidad de actuación y se refuerzan genuinamente las condiciones para la

realización de la garantía del derecho. *El contenido esencial no puede ser entremezclado ni reducido a otras formas de protección del derecho propias de actuaciones jurídico-públicas de otra clase, ni le puede ser alienada su naturaleza de límite inexcusable al poder de configuración de la propiedad.* Mucho menos se puede asumir que la ley es libre de realizar cualquier configuración del derecho siempre que se atienda a las exigencias de la garantía indemnizatoria. Toda vez que no puede ser confundido con la prohibición de privación sin indemnización –límite aplicable a la expropiación–, no resulta legítimo entender que su infracción pueda ser subsanada mediante el pago de una indemnización expropiatoria. **La vulneración del contenido esencial –restricción que aplica únicamente al legislador de delimitación– no puede más que traducirse en la inconstitucionalidad de la ley que lo ha vulnerado.**

E. En relación con las intervenciones estatales sobre la propiedad privada.

15. En consonancia con la concepción plástica y abierta del derecho de propiedad adoptada y con su determinación de enmarcarlo dentro del contexto del Estado social y conectarlo con los intereses de la colectividad, la Constitución ha previsto un notable repertorio de formas de injerencia de los poderes públicos dentro de su ámbito de protección. Además de una genérica función social de la que se desprenden las transformaciones ya mencionadas, el constituyente ha reconocido al Estado la potestad de configurar el contenido del derecho con arreglo al criterio de la función social y ecológica (artículo 58 párr. 2 CC), despojar de él a su titular cuando lo exijan razones de interés general y se observen los presupuestos constitucionalmente definidos por el artículo 58 párr. 4 CC (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento e indemnización) o declarar su extinción cuando el mismo haya sido adquirido de forma ilegítima y se cumplan los requisitos fijados para ello por el artículo 34 párr. 2 CC (*causa extinctionis* legalmente declarada, procedimiento y pronunciamiento judicial). *Antes que desvirtuar o reñir con la garantía del derecho, estas intervenciones son su justificación y su piedra de toque.* Es precisamente en relación con cada una de estas modalidades de injerencia estatal en la propiedad privada que la referida garantía cobra todo su sentido y adquiere entidad propia. De ahí la trascendencia de separar funcional y dogmáticamente estas formas de actuación –ya diferenciadas normativamente por el propio texto de la Constitución– y de efectuar una correcta reconstrucción de los regímenes correspondientes a cada una de ellas. Determinar su sentido, alcance y finalidades específicas, lo mismo que tipificar sus límites y sus presupuestos de operatividad concretos resulta, entonces, imperativo. Dada la complejidad y heterogeneidad de las formas de protección del derecho previstas por la Constitución, ello constituye una condición de posibilidad de la realización de la garantía constitucional del derecho. A su vez, el carácter *ius fundamental* de la propiedad privada y las restricciones que esta condición impone a las actuaciones de las autoridades públicas que inciden sobre su objeto de protección fuerzan comprender que en tanto incursión en un derecho fundamental, so pena de su ilegitimidad, toda intervención en la propiedad privada debe resultar reconducible a una de las tres formas de

actuación previstas por la Constitución y ajustarse a los requerimientos constitucionales correspondientes.

16. Puesto que se trata de regímenes que encuentran su fundamento en el propio texto constitucional y que disciplinan en particular cada una de estas formas de intervenir sobre la propiedad, su aplicación no resulta discrecional ni intercambiable. Por ende, el incumplimiento por una determinada actuación de los límites que en concreto le son impuestos por la Constitución debe suponer *prima facie* su inconstitucionalidad (cobertura primaria). Sólo si dicha inmisión o sus efectos resultan irrevocables o irreversibles, esto es, si no hay lugar a dar cumplimiento al mandato de protección de la efectividad (*in natura*) de los derechos fundamentales (artículo 2 CC), dicha infracción configuradora de una *vía de hecho* puede activar el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 CC) como remedio subsidiario y traducirse en una indemnización (cobertura secundaria). Es el caso, por ejemplo, de las privaciones arbitrarias de terrenos de propiedad privada para la realización de obras públicas, indemnizadas bajo el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por ocupación permanente²⁴⁸². De lo contrario, *de resultar fáctica y jurídicamente posible*, el juez administrativo debería ordenar el restablecimiento material del *statu quo ante*, sin detrimento de la indemnización de los perjuicios que puede traer consigo una vía de hecho semejante. De este modo se articulan correctamente la garantía del derecho y el principio de responsabilidad patrimonial del Estado.

Una aplicación directa e incondicionada de este último no puede más que reñir y acabar por desvirtuar la primera: indemnizar toda actuación estatal que ocasiona un perjuicio antijurídico sin antes explorar la posibilidad de restablecer el derecho a su estado anterior no sólo desconoce el mandato de protección de la efectividad de los derechos impuesto por el artículo 2 CC; envuelve asimismo una depreciación importante de la garantía del derecho y de los límites a las intervenciones estatales que le son inherentes. Antes que en posibilidades efectivas de rechazo de las injerencias efectuadas en contravía de lo previsto por la Constitución, terminan reducidas (incondicionadamente) a un mero título indemnizatorio. Una intervención estatal que desconoce el régimen que la Constitución le ha señalado, trátase de una delimitación que excede el umbral de la función social, una expropiación que no cumple con las exigencias del artículo 58 párr. 4 CC o de una extinción del dominio en contravía de los requerimientos del artículo 34 párr. 2 CC, es inconstitucional. Por lo tanto, debe activar la faceta defensiva del derecho y ser repelida por esta vía. En consecuencia, antes que la cobertura secundaria (indemnización), frente a esta clase de infracciones debe operar la cobertura primaria y dar lugar no al reclamo de una indemnización, sino a la impugnación y posterior anulación del acto irregular y al subsecuente restablecimiento del derecho. El mandato de protección de la efectividad de los

²⁴⁸² *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 10 de agosto de 2005, Exp. 15338.

derechos (artículo 2 CC) y la garantía constitucional de la propiedad (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) imponen **la primacía de la cobertura primaria**.

La referida necesidad de ensamblaje del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado con la garantía del derecho ofrece una razón más para rechazar la denominada teoría de la mutación de una actuación delimitadora en expropiatoria: entender que una delimitación que desconoce el contenido esencial de la propiedad privada sólo es inválida si vulnera la prohibición de la privación sin indemnización –es decir, si no viene acompañada de la compensación correspondiente- no sólo sustrae inconstitucionalmente a este derecho la protección que incondicionadamente proporciona la garantía del contenido esencial, sino que además desconoce las exigencias del esquema global de tutela de los derechos frente a las intervenciones estatales. En tanto conlleva la infracción de un límite a la actividad de delimitación señalado por la Constitución, *prima facie* su vulneración debe dar lugar a la activación de la cobertura primaria; es decir, debe traducirse en la inconstitucionalidad de la inmersión ilegítimamente realizada. Lógicamente, esto presupone una definición clara y rigurosa de los regímenes correspondientes a cada una de las distintas formas de injerencia en la propiedad previstas por la Constitución. Solo en la medida en que se determinen técnicamente las restricciones que enmarcan cada una de estas formas de actuación podrá saberse con certeza cuándo se ha infringido su disciplina constitucional y procede, por ende, su invalidación. Ello constituye, entonces, una exigencia y un presupuesto tanto para la realización de la garantía del derecho, como para el respeto de la supremacía constitucional.

1. En punto a la delimitación del contenido del derecho.

17. Aunque la función social puede asociarse genéricamente con la transformación global experimentada por el derecho de propiedad y desde una perspectiva lata (*mutatis mutandi* y con limitados efectos prácticos) con las diversas modalidades de injerencia estatal sobre su objeto, una mirada más técnica conduce a enlazar específicamente esta figura con la potestad de delimitación del contenido del derecho. Al constituir el criterio conforme al cual debe ser precisado el haz de facultades, deberes, cargas y condiciones que integran el contenido dominical, envuelve el nervio de esta actividad. Ello no sólo permite combatir la perspectiva holista, mitificadora y fundamentalmente retórica que predomina al abordar la temática de la función social de la propiedad, sino que hace posible traducir esta figura a términos concretos y racionalizables. Su reconducción a los moldes que imponen la garantía del derecho y el carácter *ius fundamental* de éste hace visible que si bien es cierto que la función social delimita el contenido del derecho; también lo es que ella misma se encuentra a su vez delimitada por la garantía constitucional de la propiedad privada. De ahí que no pueda asimilarse a la negación o a la abolición del carácter de derecho subjetivo que ésta ostenta según lo dispuesto por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC. De este modo, aun cuando en sentido estricto la función

social constituye una cláusula general prevista por la Constitución como componente estructural del derecho de propiedad con el fin de asegurar que su ejercicio por parte del propietario se ajusta a las exigencias del Estado social de Derecho, no puede reducir a éste a la condición de un funcionario o concesionario de la Administración. Toda vez que se trata de una intervención en un derecho fundamental amparado por una garantía constitucional que impone el respeto a una serie de restricciones previstas en orden a asegurar su tutela efectiva, **la potestad de delimitación no constituye una prerrogativa ilimitada ni incondicionada**. El contenido y los límites que se fijan al derecho de propiedad en ejercicio de este poder deben respetar y ser compatibles con las exigencias que manan tanto de la referida garantía como de su condición de intervención en un derecho fundamental.

Dada la particular estructura dual que la Constitución ha conferido al derecho y el cuadro jurídico-constitucional que le sirve de marco, el legislador debe procurar llevar a cabo *una ponderación adecuada de los intereses personales del propietario y los intereses generales de la comunidad con miras a establecer una relación equilibrada entre ellos*. **En consecuencia, si bien la función social impone la configuración de un régimen que asegure su ejercicio socialmente útil, no puede suponer el desconocimiento ni la negación de la denominada función privada de la propiedad**. Esto supone observar tanto el contenido esencial del derecho, como el mandato de ponderación y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En atención a su claro fundamento competencial y a la necesidad de amparar “lo adquirido” resulta igualmente obligado acatar el límite de la prohibición de privación del derecho (esta operación presupone el recurso a otro instrumento -la potestad expropiatoria- y el cumplimiento de otras condiciones). La eventual incompatibilidad de atender estos límites con la realización de un fin de interés general excluye el legítimo uso de esta potestad y remite, entonces, a otra de las formas de injerencia en el derecho: con arreglo a las circunstancias concretas deberá evaluarse si resulta procedente el recurso al instituto expropiatorio (artículo 58 párr. 4 CC).

De acuerdo con lo previsto por el artículo 58 párr. 4 CC, el sentido, alcance, finalidad y régimen de procedencia de esta forma de injerencia sobre la propiedad privada no resultan en absoluto asimilables con los de la delimitación del derecho. De ahí la importancia de acotar el ámbito de actuación correspondiente a cada una de ellas. Esta separación constituye el presupuesto de la difícil diferenciación entre las hipótesis meramente delimitadoras y las incursiones expropiatorias. Que una y otra recaigan sobre el mismo objeto y comporten intervenciones estatales coactivas enderezadas a asegurar la prevalencia del interés general y la realización del Estado social de Derecho no debe conducir a equívocos: *la delimitación de la propiedad no puede representar una expropiación encubierta ni puede mutar en una operación expropiatoria de encontrarse amparada por una cláusula indemnizatoria*. Una intervención delimitadora no puede perder su naturaleza por el hecho de desconocer los límites que le han sido impuestos por la Constitución y prever una indemnización: **ni la vulneración del régimen constitucional de la delimitación se subsana mediante el pago de una**

compensación económica, ni la garantía expropiatoria se reduce a la mera prohibición de privación sin indemnización.

Delimitación y expropiación no pueden ser, pues, asimiladas ni solapadas; mucho menos entreveradas. Mientras que ésta presupone una *privación de una posición jurídico-subjetiva concreta amparada por la garantía del derecho* (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) por razones de interés común y exige la correspondiente indemnización del afectado una vez surtido el correspondiente procedimiento (judicial o administrativo), la delimitación responde a la necesidad de *determinar el contenido del derecho* de cara a compatibilizar los intereses personales de su titular con los de la comunidad y a asegurar su ejercicio socialmente útil por el propietario²⁴⁸³. Debido a su vocación reguladora y a su incompatibilidad con el desapoderamiento de derechos en particular y con la supresión del interés individual del propietario sobre el bien objeto del derecho, *la delimitación presupone la conservación de la propiedad en manos de su titular y la guarda de un reducto mínimo de utilidad privada dentro de su contenido protegido*. Esto implica la observancia de los diferentes límites que enmarcan esta clase de actuaciones (respeto de las reglas de competencia y del contenido esencial, prohibición de la privación de “lo adquirido”, mandato de ponderación y principios razonabilidad y proporcionalidad). De lo contrario la delimitación efectuada será inconstitucional. El test esbozado en el apartado F-2 del Capítulo Cuarto de este trabajo aporta una plantilla útil para examinar la conformidad de una determinada inmersión de esta clase con las exigencias previstas por la Constitución al respecto. Su aplicación no sólo puede contribuir a paliar la actual situación de incertidumbre imperante en relación con los cánones de control aplicables por el juez constitucional a este tipo de intervenciones legales, sino que también puede permitir llevar a cabo una construcción racional, ponderada y fiel a la Constitución de una materia tan importante como el régimen constitucional de la delimitación del contenido de la propiedad privada.

18. Una de las implicaciones más comúnmente señaladas de la proclamación de la función social de la propiedad es el hecho de comportar una habilitación jurídico-constitucional para intervenir en el ámbito del derecho y reducir su esfera de aprovechamiento privado sin originar el deber de compensar al afectado por dicha determinación. Se entiende así que la función social de la propiedad brinda al legislador un espacio de configuración normativa en el que, esencialmente, no existe la obligación de compensación y que, por lo mismo, las limitaciones impuestas en su nombre, a diferencia de las expropiaciones, no deben ser obligatoriamente compensadas. Así, pues, mientras que la delimitación conlleva la definición de las facultades y deberes que integran el contenido normal del derecho de propiedad no sujeta a compensación, la expropiación representa una privación del derecho por razones de interés general cuya indemnización resulta imperativa. No obstante, las inequidades y disfuncionalidades que pueden desprenderse de una comprensión rígida de este esquema no sólo sugieren la necesidad de su flexibilización; señalan también la

²⁴⁸³ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho de propiedad en la... *Passim*, p. 42.

conveniencia de encajar este planteamiento dentro del contexto más amplio que representa la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, en especial, de engranar y coordinar la potestad de delimitación del contenido del derecho con el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. La figura de las delimitaciones sujetas a compensación desarrollada por el BVerfG en el marco del artículo 14 GG apunta a lo primero; el reconocimiento de la responsabilidad del legislador por perjuicios especiales, o más correctamente, la responsabilidad patrimonial del Estado por actos normativos legítimos, a lo segundo.

Ciertamente, el instituto de la delimitación del contenido de la propiedad sujeta a compensación permite corroborar que eventualmente una regulación general de la propiedad que se ajusta a la Constitución en determinados casos puede acarrear *cargas especiales no justificables y no exigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad e igualdad susceptibles de ser remediadas mediante la previsión de fórmulas de compensación*. En tales casos, de acuerdo con el desarrollo experimentado por esta figura en el Derecho alemán, so pena de la inconstitucionalidad de la respectiva ley, el legislador deberá incorporar las fórmulas compensatorias correspondientes. Sin perjuicio de la utilidad y conveniencia del reconocimiento de este planteamiento, que remite al legislador la valoración de los efectos de sus determinaciones sobre los patrimonios individuales de los destinatarios de una normativa y le encomienda la previsión de las medidas correctivas pertinentes, la más amplia cobertura y operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en ordenamientos como el español o el colombiano hacen posible poner el acento en la segunda vía señalada. Sin excluir la legitimidad del reconocimiento por el legislador de fórmulas compensatorias que amortigüen los efectos particulares de determinadas resoluciones adoptadas de manera general y abstracta en el ámbito de la propiedad privada, el ensamblaje de la potestad de delimitación con el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado permite mitigar los efectos negativos de su no previsión. Esta omisión no debe traducirse así en la forzosa inconstitucionalidad de la ley respectiva. *Si la afectación producida es resultado de la aplicación de una ley valorada como ajustada a la Constitución desde una perspectiva general y abstracta, el perjuicio ocasionado no debe comprometer la validez de la determinación legal; sus implicaciones podrán ser acaso indemnizatorias*. Ello dependerá de las circunstancias particulares del caso concreto. Que una delimitación sea encontrada conforme a la Constitución no excluye la eventual vinculación de la responsabilidad patrimonial del legislador o la Administración por una lesión antijurídica ocasionada por una actuación normativa legítima. En este caso la medida debe enjuiciarse desde una perspectiva particular o concreta y el afectado debe asumir la carga de demostrar que a pesar de su constitucionalidad, la intervención efectuada supone una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas que debe ser reparada.

Bien se trate de una compensación reconocida por el propio legislador, bien por los tribunales en el marco de un proceso de responsabilidad patrimonial del Estado, su reconocimiento debe estar condicionado a la configuración de

supuestos de *afectación patrimonial anormal, excepcional y superior a la que ordinariamente deben sufrir los ciudadanos* (perjuicio o daño especial). Así, pues, *mientras que en el caso de la expropiación la exigencia de indemnización representa un requerimiento constitucional que condiciona la validez de la intervención efectuada, en el caso de las delimitaciones ella está primordialmente supeditada a la producción de una lesión resarcible y carece de implicaciones en el plano de la validez de la medida*. Esto no excluye la previsión de otro género de compensaciones (no económicas) en supuestos distintos a los que pueden generar la responsabilidad patrimonial del Estado. De este modo, al tiempo que se mantiene la regla del carácter esencialmente no compensable de las delimitaciones del derecho, se hace posible la reparación (directa o indirecta) de las afectaciones patrimoniales originadas en casos particulares por las decisiones normativas legítimamente adoptadas por las autoridades sin desquiciar la lógica interna de la garantía del derecho (concepción hipertrofiada del instituto expropiatorio). Así, *que por principio general la delimitación de la propiedad no conlleve la obligación de compensar directamente al propietario afectado –a diferencia de la expropiación– no significa que no pueda haber delimitaciones constitucionalmente legítimas que deban ser compensadas*. Ello dependerá de la valoración que se realice de los efectos concretos de una determinada intervención delimitadora del derecho a la luz de las reglas que rigen la responsabilidad del Estado por actos normativos legítimos. De ahí que si bien **bajo el sistema constitucional de la propiedad privada lo expropiatorio es siempre indemnizable, no siempre lo indemnizable sea expropiatorio**.

2. En punto a la expropiación.

19. El carácter relativo del derecho de propiedad privada y su permanente subordinación al interés general no solo habilitan al legislador para que delimite su contenido con arreglo al criterio de su función social; se traducen asimismo en la potestad estatal de despojar a los propietarios de su derecho cuando ello sea exigido por razones de utilidad pública o de interés social. A pesar de la magnitud de esta intervención, la particular regulación que la Constitución efectúa de la expropiación (artículo 58 párr. 4 CC) hace de ella **no sólo una herramienta al servicio del Estado y sus fines de bien común**; la erige, adicionalmente, en **una garantía para los propietarios**. También en este caso puede evidenciarse cómo gracias al obligado respeto de las distintas fórmulas de protección que la Constitución ha articulado en defensa de la tutela del derecho esta intervención resulta compatible con la garantía constitucional del mismo. Como forma de equilibrar sus efectos avasalladores sobre una determinada posición jurídico-subjetiva amparada por la propiedad constitucional su despojo por razones de interés general sólo será legítimo bajo la observancia de las condiciones previstas para ello por la Constitución. Solo entonces el propietario afectado se encuentra obligado a aceptar la privación impuesta y su derecho muta en un equivalente económico. De lo contrario, la garantía del derecho debe hacerse efectiva y la Constitución hacer valer su fuerza normativa habilitando el rechazo de la incursión así practicada.

Cuáles son los requisitos que la Constitución ha fijado como condicionantes del legítimo ejercicio de la potestad expropiatoria depende del tipo de expropiación que se lleve a cabo. Desde una perspectiva material y metodológica dos son los tipos de expropiación previstos por la Constitución colombiana: *la expropiación ordinaria y la expropiación extraordinaria*. La primera, regulada por el artículo 58 párr. 4 CC, debe atender a razones de utilidad pública o de interés social (*causa expropriandi*) legalmente declaradas, sustanciarse por medio de un procedimiento (judicial o administrativo) ajustado a los requerimientos del debido proceso y conllevar el pago de una indemnización previa y justa. De acuerdo con la vía procedimental definida por la ley, la expropiación ordinaria podrá ser judicial o administrativa. La expropiación legislativa ha sido constitucionalmente excluida del ordenamiento colombiano al estatuir el artículo 58 párr. 4 CC una reserva de juez y de Administración de la determinación final de privar a un particular de su propiedad. Aun cuando desde un punto de vista infra-constitucional (especialmente de Derecho procesal) las expropiaciones judicial y administrativa han sido tajantemente diferenciadas, desde una óptica jurídico-constitucional se encuentran sujetas a los mismos presupuestos materiales y formales (*causa expropriandi* legalmente declarada, procedimiento ajustado al debido proceso e indemnización previa y justa), cumplen la misma función y persiguen los mismos fines. Por esta razón, aunque en la práctica puedan acaso identificarse algunas diferencias *de grado (no de esencia o de fondo)* en lo relativo al nivel de protección que se otorga al derecho, y jurisprudencial y doctrinalmente sea habitual privilegiar la posición del juez como garante del derecho al debido proceso y de la justicia de la indemnización en el caso concreto, dicho parecer no se aviene a la actual configuración constitucional de esta institución. Sin perjuicio de las diferenciaciones legales ya comentadas, nada obsta para que, visto desde la perspectiva de la regulación del artículo 58 párr. 4 CC y a partir de una adecuada reconstrucción metodológica del régimen de este tipo de expropiaciones, una y otra forma de despojo sean englobadas dentro de una misma categoría o *tipo expropiatorio (expropiación ordinaria)*. Bajo este supuesto, con independencia que la expropiación se lleve a cabo por la vía judicial o administrativa, *el procedimiento expropiatorio debe ser una garantía más del derecho de propiedad*.

Desde luego, la conformación del referido *tipo expropiatorio (expropiación ordinaria)* presupone superar la idea tradicional según la cual la principal garantía que la Constitución otorga al derecho de propiedad en sede expropiatoria es un procedimiento agravado, que requiere la intervención concurrente de los tres poderes públicos y se sustancia en un juicio. Por ser esta idea incompatible con el régimen de la expropiación administrativa es preciso asumir una perspectiva de análisis diferente, más elevada y abstracta, que permita abarcar una y otra forma ablativa. Es preciso, entonces, reivindicar la virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales de las estructuras procedimentales y sustituir la garantía del juicio por la garantía del procedimiento efectuado con arreglo al debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC). Esto conlleva revisar concepciones arraigadas como que lo esencial en una actuación administrativa es *únicamente* la adopción de una decisión conforme a Derecho -de modo que, salvo supuestos de indefensión

material del afectado, la infracción de las reglas de forma resulta accesoria y no invalida lo actuado-, o que la garantía básica de que disponen los administrados frente a la Administración es el control judicial de sus decisiones. El reconocimiento de la vertiente procedimental del derecho de propiedad y la observancia de sus impulsos materiales como presupuesto para la revitalización de los procedimientos y capitalización de las oportunidades de defensa de derechos y legitimación de decisiones públicas que éstos ofrecen en tanto que formas de *intervención sobre la acción administrativa previa a la resolución* resulta, así, determinante. En especial si se tienen en cuenta las limitaciones que para el control judicial *ex post* representa el amplio margen de discrecionalidad conferido a las autoridades en la determinación de *la causa expropriandi*. Centrada en la correcta ponderación de bienes e intereses jurídicos, la fiscalización material de esta clase de decisiones queda reducida a un mero control de límites. Una adecuada articulación de las estructuras procedimentales hace posible compensar esta limitante y reforzar la garantía del derecho.

De otro lado, en cuanto al segundo *tipo expropriatorio*, esto es, a la *expropiación extraordinaria*, cuyo régimen es definido por el artículo 59 CC, se tiene que en consideración a las especiales circunstancias en que procede su aplicación se encuentra supeditada a unas condiciones menos rígidas. Toda vez que se trata de la denominada **expropiación en caso de guerra**, supuesto verdaderamente excepcional, su procedencia no está condicionada a la declaración legal de la necesidad de utilidad pública o de interés social que justifica la privación, ni a la garantía de un procedimiento (judicial o administrativo) conforme al debido proceso, ni a la indemnización previa del afectado. El hecho de no encontrarse sometida a los presupuestos que determinan la validez de las expropiaciones ordinarias no significa que se esté frente a una habilitación abierta o a una prerrogativa incontrolada. Tampoco que se trate de una (constitucionalmente proscrita) expropiación sin indemnización. Si bien su pago no constituye un presupuesto de validez del despojo, es *una consecuencia de su realización*. La obligación de indemnizar surge *ex post*.

El artículo 59 CC señala tanto los requerimientos que condicionan el ejercicio de esta potestad excepcional, como las consecuencias de su utilización. De estas últimas, la principal es el deber de indemnizatorio ya comentado. En cuanto a las primeras, dos son los presupuestos básicos a los que se encuentra constitucionalmente supeditada esta modalidad expropriatoria. El primero de ellos es la configuración de una situación objetiva de guerra. Esta exigencia supone la declaración formal del *estado de guerra exterior* (artículo 212 CC). Su utilización no procede, así, frente a cualquier situación de conflicto armado o de perturbación del orden público; se circunscribe únicamente al estado de excepción que se configura ante la necesidad de defender la soberanía nacional de una agresión exterior. Presupone, entonces, el pronunciamiento oficial del Presidente de la República con la firma de todos los ministros que decrete la entrada en vigor del referido estado de excepción (artículo 212 párr. 1 frase 1 CC). El segundo requisito exige que, en ejercicio de las facultades que le confiere el

estado de excepción, el Gobierno expida un decreto en el cual se declare la necesidad de efectuar esta clase de expropiaciones y habilite el ejercicio de esta prerrogativa. Puesto que la autorización contenida en este decreto debe tener como finalidad atender las necesidades de la guerra, en él se deben precisar las causas concretas que justifican su utilización y los medios a través de los cuales se pretende conseguir tal objetivo. Aun cuando la Constitución no detalla el contenido de este presupuesto, es obvio que su interpretación no puede más que efectuarse a la luz de la garantía del derecho. Los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica juegan aquí un papel primordial. Ellos hacen posible afirmar que aunque el texto constitucional no precise el contenido de este segundo decreto, éste no puede simplemente conferir una habilitación genérica, ilimitada e incondicionada; desprovista de todo referente objetivo de control. De ahí que además de identificar las necesidades que se busca atender (*causa expropriandi*) y los medios por los cuales se debe procurar su satisfacción (objetos a expropiar), con el fin de evitar la arbitrariedad el referido decreto deba además señalar cuáles son las autoridades concretamente revestidas de esta prerrogativa extraordinaria. De igual modo, y teniendo en cuenta que esta modalidad expropiatoria excluye la garantía de la indemnización previa, pero no la indemnización en sí, el Gobierno debe establecer el procedimiento a seguir para tasar su valor. Esto implica determinar la autoridad encargada de este trámite, lo mismo que los medios, las condiciones y los plazos de pago. En suma, un mínimo razonable de previsiones que hagan compatible el principio de prevalencia del interés general y el deber ciudadano de apoyar a las autoridades a mantener la independencia e integridad nacionales con un mínimo de seguridad jurídica y de respeto a las garantías del derecho que la Constitución misma autoriza a **limitar** pero **no suprimir**.

20. La definición por la Constitución de estos presupuestos, reforzados por límites como los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, no sólo define la sustantividad de la garantía constitucional del derecho en sede expropiatoria; también hace posible corroborar el carácter accesorio y subsidiario de la garantía de valor de la propiedad connatural al instituto expropiatorio. Ciertamente, la configuración de este conjunto de requisitos condicionantes de la validez de una intervención expropiatoria permite constatar que la garantía expropiatoria no se reduce ni se compendia en una prohibición de la privación sin indemnización. La garantía indemnizatoria expropiatoria es apenas una -la última- de las condiciones que debe atender una privación exigida por razones de interés general para ser legítima. De ahí que en el marco de un ordenamiento que garantice constitucionalmente el derecho de propiedad (como es el caso de las Constituciones de Alemania -artículo 14.1.1 GG-, España -artículo 33.1 CE- y Colombia -artículo 58 párr. 1 frase 1 CC-) y establezca unas condiciones mínimas para la procedencia de esta clase de actuaciones del poder público no resulte admisible entender sin matices, como suele hacerse, que aquél constituye “un derecho subjetivo, debilitado, (...) por cuanto cede para convertirse en un

equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en (...) los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación”²⁴⁸⁴.

Afirmar que frente a la institución expropiatoria la Constitución sólo garantiza al propietario el derecho a una indemnización, sin más, es una simplificación inadmisibles; reñida con la regulación constitucional tanto de las formas de protección de la propiedad como de la expropiación en sí. De un lado, desconoce que la garantía constitucional del derecho debe operar siempre, primariamente, como una garantía de lo adquirido; de otro, reduce injustificadamente los presupuestos de legitimidad de una expropiación a su compensación adecuada, ignorando así que la Constitución ha condicionado su validez a mucho más que al solo requisito indemnizatorio. *So pena de reducir la tutela del derecho y todo el régimen expropiatorio a una simple prohibición de expropiación sin indemnización, el juego de mecanismos de protección previstos por la Constitución frente a la potestad expropiatoria no puede ser desarticulado, ni mucho menos desechado. La garantía de valor no puede activarse ni funcionar de forma no coordinada con las demás, ni en contravía de los requerimientos que constitucionalmente se exigen a una expropiación.* Debe guardar siempre su carácter subsidiario y accesorio respecto de las garantías de protección de lo adquirido y de uso. Por esta razón, su activación presupone siempre la observancia de los distintos presupuestos de procedibilidad establecidos por la Constitución en el artículo 58 párr. 4 CC. No cualquier sacrificio de una propiedad exigido por el interés general da lugar a la mutación del derecho en su equivalente económico y fundamenta, así, la correlativa obligación de indemnizar al afectado. Debe tratarse de una privación conforme a las exigencias constitucionales. **De ello depende que las garantías principales cedan y que el derecho se convierta así, legítima y forzosamente, en su equivalente pecuniario.** En consecuencia, una intervención expropiatoria que no cumpla con las condiciones formales y materiales impuestas por el texto constitucional debe ser rechazada por aquellas garantías y considerada inválida, con independencia que se haya previsto la indemnización del afectado. Por esto, lejos de relativizar la garantía de la propiedad en cuanto garantía del contenido adquirido y de su uso, la garantía de valor supone su *complemento y fortalecimiento*, al tiempo que una prenda que asegura la prevalencia del interés general.

21. A la vez que permite hacer efectiva la garantía del derecho, tomar conciencia de que la validez de una intervención expropiatoria depende de su observancia

²⁴⁸⁴ STC 111/1983, FJ 8. En el mismo sentido, véase la STC 37/1987, FJ 2. En sentido análogo, véase, de la Corte Constitucional, recientemente, la sentencia C-544 de 2007, FFJJ 15 y 19. También las sentencias C-389 de 1994, FJ 3 y T-284 de 1994, FJ 3 A. Este razonamiento es también, sin duda, aunque no lo exprese así, uno de los fundamentos que permiten a la Corte Constitucional avalar sin condicionamiento alguno las disposiciones del CCAC que abren directamente la vía de la reclamación indemnizatoria a los afectados por *ocupaciones permanentes* a pesar de su evidente carácter de vías de hecho. *Cfr.* la sentencia C-864 de 2004. No de otra forma se entiende que haya considerado, *incondicionadamente*, que las normas impugnadas “no son contrarias al Art. 58 de la Constitución, ya que protegen el derecho de propiedad privada, en vez de vulnerarlo, al asegurar a su titular el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente” (FJ 7).

plena de los requisitos específicamente fijados por la Constitución como presupuestos de su legitimidad hace posible singularizar el régimen jurídico-constitucional de la expropiación y, por contera, superar la eterna discusión sobre los criterios materiales que permiten diferenciar entre intervenciones delimitadoras y expropiatorias. Aun cuando no conlleva su clausura definitiva - en rigor, supone el desplazamiento de este debate al ámbito de los límites de la potestad de delimitación-, además de mayor claridad conceptual y coherencia dogmática, aporta una mejoría cualitativa de las condiciones de posibilidad de realización de la garantía de la propiedad privada. Por una parte, encierra la reivindicación del conjunto de garantías previstas por la Constitución en sede expropiatoria, de otro modo apocadas por la más conocida prohibición de privación sin indemnización. Por otra, hace posible la articulación de una concepción estricta de la institución expropiatoria, ajena a la anómala visión de la expropiación como privación del contenido esencial que ha ganado terreno en el Derecho español. Ello no sólo permite poner las cosas en orden desde un punto de vista conceptual: asimilar la expropiación en sentido constitucional a un atentado contra el contenido esencial del derecho es alienar a esta última figura de su genuina función de límite a la potestad delimitadora -en absoluto relacionada con la potestad expropiatoria-, confundir sus efectos consustanciales con los de la garantía indemnizatoria expropiatoria, desnaturalizar la potestad de delimitación del contenido del derecho y prescindir de los rasgos formales con que la regulación constitucional ha troquelado al instituto expropiatorio; en definitiva, una rebaja notable de la garantía del derecho, reducida así a una mera privación de prohibición sin indemnización.

Por el contrario, entender que la expropiación es una *privación coactiva e intencionada de una posición jurídico-patrimonial amparada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC para atender una necesidad de interés general cuya validez se encuentra supeditada a la observancia de los presupuestos fijados por el artículo 58 párr. 4 CC* esclarece la subordinación de esta forma de injerencia estatal al esquema de tutela del derecho que impone la prevalencia de la cobertura primaria frente a su protección meramente indemnizatoria (cobertura secundaria). Por esto, y como última contribución, esta aproximación posibilita una adecuada separación de las intervenciones delimitadoras respecto de las expropiatorias. De cara a asegurar la efectividad del régimen jurídico-constitucional correspondiente a la expropiación descarta de raíz la teoría de la mutación: presupone la imposibilidad de catalogar como expropiatorias intervenciones delimitadoras que exceden los límites que la Constitución fija al legislador para el ejercicio de esta potestad amparadas por una cláusula indemnizatoria; ellas serán, sin más, inconstitucionales. Adicionalmente, en tanto pone de relieve que la expropiación debe ser siempre un atentado contra una posición jurídico-patrimonial concreta amparada por la propiedad constitucional, ratifica el carácter de intervención individual que debe poseer toda actuación de esta clase. Si bien ello no excluye la procedencia de las expropiaciones colectivas o en masa, ni conlleva la exigencia que toda expropiación sea efectuada mediante un acto individual y concreto, resalta la

obligación que asiste al poder público de singularizar los derechos concretos que serán despojados y garantiza así mejores condiciones para la tutela del derecho.

3. En punto a la extinción del dominio.

22. Aun cuando el artículo 34 párr. 2 CC hace referencia únicamente a la extinción del dominio de los derechos adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, con el ánimo de preservar una figura arraigada en la tradición nacional la Corte Constitucional ha entendido que esta prerrogativa se extiende también a los derechos de propiedad ejercidos en contravía de los deberes impuestos por la función social que le es inherente. En uno y otro caso, entonces, se ha considerado al Estado legítimamente habilitado para desvirtuar concretos derechos de propiedad y transferirlos a manos públicas. Aunque a semejanza del instituto expropiatorio la extinción del dominio se traduce también en un despojo, la privación de una propiedad constitucional concreta no es en este caso infligida para atender una necesidad de interés general ni activa garantía de valor alguna. Bien se trate de problemas relacionados con la legitimidad del título de adquisición del derecho, bien con la legitimidad de su ejercicio, la pérdida del derecho será la respuesta del ordenamiento jurídico a la infracción de las reglas constitucionales que determinan tanto la adquisición como el mantenimiento de la propiedad privada. La extinción del dominio se erige así como una intervención estatal en la propiedad que tiene como finalidad afianzar el régimen jurídico-constitucional del derecho y reforzar su cumplimiento con la sanción más severa que puede preverse por su inobservancia: **su abatimiento no compensado.**

En consideración a sus aplastantes efectos, el análisis de esta prerrogativa desde la perspectiva de la garantía constitucional del derecho resulta obligado. También en este caso es justamente la preocupación por la reconstrucción de la disciplina constitucional de esta figura, en especial por la identificación y tipificación de los presupuestos que la Constitución ha establecido para su procedencia, que una potestad tan enérgica puede ser armonizada con la garantía constitucional del derecho. En tanto que condicionantes de la validez de esta clase de incursiones, ellos representan el contrapunto a este notable poder conferido al Estado. En consecuencia, **un derecho únicamente puede ser legítimamente extinguido si se atienden plenamente las condiciones previstas para ello por la Constitución.** Solo entonces el propietario afectado se encuentra obligado a aceptar la privación impuesta. De lo contrario, la garantía del derecho debe hacerse efectiva y el carácter defensivo de la propiedad debe repeler la incursión indebidamente realizada.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 párr. 2 CC, esta intervención en la propiedad puede tener lugar frente a los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la

moral social, siempre que así lo declare un juez. En consecuencia, corresponde al legislador determinar qué conductas deben tenerse, a efectos de la extinción del dominio, por constitutivas de enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público y grave deterioro de la moral social. A pesar de no ser ésta una exigencia explícita del texto constitucional, la notable indeterminación de los enunciados constitucionales que contienen estas causales hacen forzosa la intermediación del legislador como presupuesto para su aplicación y su compatibilidad con la garantía del derecho y principios rectores del orden constitucional como la seguridad jurídica y el Estado democrático de Derecho. Por esta causa, este mismo requerimiento se hace igualmente extensible a las propiedades en relación con las cuales se han incumplido los deberes de la función social y ecológica del derecho. También en este evento corresponde a la ley definir concretamente qué conductas pueden dar lugar a la aplicación de esta medida. El primer presupuesto de procedibilidad de la extinción del dominio lo constituye, entonces, la determinación legal de la *causa extinctionis*. Asimismo, y puesto que conforme a lo establecido por el citado artículo 34 párr. 2 CC esta injerencia debe surtirse por vía de un pronunciamiento judicial, su legitimidad está sometida a la observancia de dos presupuestos adicionales: un procedimiento judicial efectuado con arreglo a las exigencias del debido proceso (artículo 29 párr. 1 CC) y su declaración por medio de una providencia judicial. También aquí la garantía del procedimiento cobra pleno realce en tanto que instrumento para la tutela del derecho y mecanismo de refuerzo de la legitimidad de la determinación final. La preocupación por robustecer la protección del derecho y ofrecer las mayores garantías al afectado frente a una potestad tan tajante como ésta lleva a que la decisión de declarar o no la extinción de un concreto derecho sea confiada a una autoridad jurisdiccional. Estas cautelas y su obligado acatamiento hacen compatible el reconocimiento de esta prerrogativa con la garantía constitucional de la propiedad privada.

Ahora bien, a pesar de la drasticidad de sus efectos, el reconocimiento por el juez constitucional de la posibilidad de extender la aplicación de esta forma de intervención en la propiedad a los supuestos de incumplimiento de la función social no ha ido acompañado de la correlativa preocupación por delimitar con claridad las condiciones a las cuales debe supeditarse su ejercicio en tales eventos. Esta incertidumbre se hace más crítica si se tiene en cuenta que, aferrada a una tradición jurídica forjada antes de la Constitución actual y ajena a la lógica de la prevalencia, garantía y protección de la efectividad de los derechos fundamentales ahora imperante, la Corte Constitucional ha pretendido aislar a esta modalidad del instituto extintivo del artículo 34 párr. 2 CC y de sus presupuestos de procedibilidad²⁴⁸⁵. Así, aun cuando ha manifestado que esta clase de incursiones en el derecho “en todo caso ha de cumplir con una serie de requisitos para que no se configure una vulneración del derecho de propiedad privada”²⁴⁸⁶, ni ha definido cuáles son tales requisitos, ni ha considerado procedente predicar la subordinación de esta modalidad extintiva a las

²⁴⁸⁵ Vid. en este sentido, p. ej., las sentencias C-066 de 1993, SNFJ y C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

²⁴⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

condiciones que disciplinan la otra forma de este instituto (*rectius* extinción del dominio por ilegítima adquisición del derecho)²⁴⁸⁷. El resultado de esta postura es sencillamente paradójico: *la más radical intervención sobre un derecho legítimamente adquirido es, a la vez, la más desamparada en términos de su protección jurídico-constitucional*. Desprovista de garantías directamente establecidas por la Constitución, la extinción del dominio por incumplimiento de la función social constituye *un ámbito prácticamente abandonado a la reserva de ley*. Mientras que la legitimidad de la expropiación y de la extinción del dominio por ilegitimidad del título depende de su sujeción a los presupuestos determinados al efecto por el propio texto constitucional (artículo 58 párr. 4 CC en un caso y artículo 34 párr. 2 CC en el otro) o la delimitación de su contenido debe someterse a límites tan caracterizados como el contenido esencial del derecho, el mandato de ponderación, la garantía de “lo adquirido” o el principio de proporcionalidad (artículo 58 párr. 1 CC), fácilmente abstraibles de su régimen; esta modalidad de extinción del dominio no atendería más exigencias que las que dimanarían de los principios de legalidad y de proporcionalidad.

Además del difícil engaste de esta situación de orfandad de tutela constitucional del derecho con la garantía del mismo, en la práctica ella ha conducido a un desarrollo irregular, asistemático, inequitativo y discriminatorio de esta figura. No otra conclusión puede derivarse del actual panorama legal de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho, en el cual contrasta el trato rodeado de plenas garantías concedido a los propietarios de bienes implicados en la comisión de determinados *delitos* (artículo 2.3 ley 793 de 2002), con el precario y nada garantista régimen de extinción del dominio por *vía administrativa* aplicable a los propietarios agrícolas (Capítulo XI de la ley 160 de 1994) o mineros (artículo 29 del Código de Minas) que han *infringido los deberes impuestos por la función social* de su derecho. Tan acentuadas y significativas son, por ejemplo, las diferencias de trato entre los primeros y los segundos, que antes que señalar las protuberantes violaciones por el régimen de la propiedad agrícola de exigencias básicas de la garantía del derecho como la reserva de ley en materia de procedimientos o la prohibición de presumir el incumplimiento de la función social –sin contar, desde luego, con el flagrante desconocimiento de la reserva de juez que impone el artículo 34 párr. 2 CC–, interesa ahora poner de relieve el manifiesto agravio comparativo y a todas luces inequitativo resultado que arroja el simple contraste de uno y otro régimen. Desprovisto de una cobertura constitucional expresa, el legislador –y la complaciente y gelatinosa interpretación de la Corte Constitucional– ha originado una situación de incertidumbre jurídica en torno a esta peculiar forma de intervenir sobre la propiedad que no sólo pulveriza garantías esenciales del derecho, sino que además atenta gravemente contra valores como la igualdad y la justicia, y principios como la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

²⁴⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003, FJ 31. En este mismo sentido, *vid.* también la sentencia C-474 de 2005, FJ 6 *in fine*.

23. Más que un lunar o una mácula al interior del sistema constitucional de la propiedad privada, en su actual indeterminación la institución de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social representa **un verdadero cuerpo extraño y disfuncional** dentro de esta constelación. La pertinaz obstinación del juez constitucional en señalar sus diferencias en relación con la otra modalidad del instituto extintivo y su subsecuente no subordinación a los presupuestos que a éste le fija el artículo 34 párr. 2 CC le sitúan en un limbo jurídico-constitucional que no casa bien ni con la garantía constitucional del derecho, ni con las exigencias mínimas de un Estado constitucional de Derecho, ni con su lógica de protección y tutela de los derechos fundamentales. Aunque se trate de una posición muy discutible desde la óptica de la garantía del derecho, si se asume que ella constituye una expresión más de la potestad de desvirtuar derechos que la Constitución ha conferido al Estado como mecanismo de refuerzo de las reglas que conforman el régimen constitucional de la propiedad privada (*rectius* potestad de declarar extinguido el dominio), es preciso someterla integralmente a las exigencias fijadas por el artículo 34 párr. 2 CC. Poco importa que éste no lo prescriba así; menos aún que ello suponga apartarse de la tradición pre-constitucional en que se funda esta institución, y que obligue a que la extinción del dominio por incumplimiento de la función social deje de ser un trámite administrativo sujeto al eventual control del contencioso administrativo para pasar a ser siempre un juicio. La reserva judicial a que el artículo 34 párr. 2 CC condiciona la legitimidad de esta intervención sobre el derecho de propiedad busca nivelar la descompensación en que se encuentra el individuo frente a esta incisiva potestad pública y como tal debería ser celosamente respetada. Lo mismo debería ocurrir con las demás garantías; en especial con el procedimiento.

El adecuado engaste de esta modalidad del instituto extintivo dentro del sistema constitucional actual presupondría, así, desde esta óptica, su replanteamiento global: esta figura debería dejar de ser vista solo como una manifestación natural de la vinculación social de la propiedad para pasar a ser valorada, *también*, como una intervención en el derecho. Por ende, y de conformidad con la imagen que de éste ha dibujado el constituyente, su régimen debería ser desarrollado con arreglo a los impulsos que manan de los dos focos principales de esta constelación, esto es, de la garantía del derecho (artículo 58 párr. 1 frase 1 CC) y de su función social y ecológica (artículo 58 párr. 2 CC) conjuntamente. Ello le permitiría perder su actual condición de figura anclada en la tradición y prácticamente ubicada por encima o extramuros de la Constitución, desde donde opera fuera de cualquier referente constitucional asible y racionalmente predecible o controlable, para insertarse más fácilmente en el sistema constitucional que rige en la actualidad al derecho de propiedad.

Dentro de la lógica que impone la garantía constitucional del derecho negar que la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho se incardina dentro de una genérica potestad de abatir el derecho de conformidad con los requisitos del artículo 34 párr. 2 CC no puede más que significar que su régimen ha de someterse, entonces, al de la delimitación del contenido del

derecho. No obstante, el carácter no absoluto de esta potestad y la imposibilidad del legislador delimitador de atentar contra límites que enmarcan su competencia como el contenido esencial o la prohibición de atentar contra “lo adquirido” –esto último presupone una intervención expropiatoria o extintiva, no una delimitación- cerrarían la puerta a esta posibilidad. Aún a pesar de estar plenamente habilitado para definir el régimen legal de la función social de las distintas formas de propiedad, el legislador no podría sancionar su incumplimiento con la extinción del derecho. Ésta sanción excedería los límites que la propia Constitución ha impuesto a la actividad de configuración de la disciplina legal del derecho y resultaría, por ende, constitucionalmente vedada. En consecuencia, de admitir que una inmisión tan honda en la propiedad privada es posible sin cobertura constitucional expresa, resulta procedente entender que o bien se trata de una forma de extinción del derecho que como tal debe sujetarse a las exigencias del artículo 34 párr. 2 CC, o bien de una delimitación inconstitucional de la propiedad y su función social.

Pero no son sólo las exigencias derivadas de la garantía del derecho llevan a reflexionar sobre el engaste de esta figura dentro del actual régimen constitucional de la propiedad privada. Determinados compromisos internacionales adquiridos por Colombia y el papel que la Constitución otorga a algunos de estos convenios cierran todavía más el espacio que podría haber para esta figura. De un lado, el artículo 21 CADH, aun cuando reconoce la legitimidad de la potestad que asiste a los Estados para subordinar la propiedad privada al interés general (artículo 21.1), excluye toda forma de privación sin justa indemnización (artículo 21.2). Frente a esta rotunda prohibición, que conforme a lo dispuesto por el artículo 93 párr. 1 frase 2 CC constituye un parámetro de interpretación de la regulación constitucional del derecho de propiedad, la extinción del dominio por incumplimiento de la función social resultaría incompatible con la Constitución. De otro lado, la reciente proliferación de tratados de protección de la inversión extranjera (BITs) y tratados de libre comercio (TLCs) también obliga a meditar sobre su conformidad con esta modalidad del instituto extintivo. En especial por el papel medular que en ellos desempeña la cláusula de protección frente a expropiaciones y nacionalizaciones. Si bien estos acuerdos no vinculan formalmente al legislador ni comprometen la legitimidad jurídica de sus decisiones por no gozar del rango supralegal que se predica de los tratados de derechos humanos (artículo 93 párr. 1 frase 1 CC), es claro que a día de hoy su valor trasciende las rigideces del sistema de fuentes del Derecho interno y que su incumplimiento podría resultar en condenas en tribunales internacionales y en serios inconvenientes de otra índole²⁴⁸⁸. De ahí

²⁴⁸⁸ Basta recordar que el Acto Legislativo No. 01 de 1999, por medio del cual se reformó el artículo 58 CC en su redacción original, tuvo su origen en las dificultades de aprobación de BITs ocasionadas por las cláusulas previstas en dicho enunciado que, por un lado, autorizaba la expropiación sin indemnización por razones de equidad determinadas por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara legislativa (párr. 5); y por otro, declaraba el carácter no controlable judicialmente de las razones de equidad invocadas para efectuar esta clase de procedimientos y de la *causa expropriandi* ordinariamente fijada como fundamento legal de toda operación expropiatoria (párr. 6). Esta modificación constitucional, que suprimió estos dos

que sus disposiciones no deban ser pasadas por alto a la hora de examinar figuras como esta modalidad de intervención en la propiedad.

Como puede apreciarse, razones internas y externas a la Constitución convergen en señalar la difícil compatibilidad de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social dentro del sistema jurídico actual. Fortalecer el acatamiento y la realización de la función social no sólo constituye un propósito encomiable; **es además una obligación que el artículo 58 párr. 2 CC impone al Estado.** *No obstante, es claro que su cumplimiento debe enmarcarse dentro del conjunto de disposiciones que conforman el orden constitucional.* De ahí que aun cuando el objetivo de asegurar la observancia de los deberes que manan de la vinculación social del derecho resulte plausible y legítimo, su armonización con otros cometidos como la garantía del derecho y el respeto de los compromisos internacionales resulte obligada y fuerce a articular nuevas formas de conseguir dicho fin. Pese al vigoroso respaldo que la cláusula de la función social del derecho y la tradición nacional le proporcionan a esta figura, es claro que el objetivo que le sirve de sustento no puede ser perseguido de cualquier modo ni a cualquier precio. Es preciso, pues, explorar fórmulas alternativas para su realización que, ojalá, además de compatibles con el entero orden constitucional resulten verdaderamente efectivas en la cristalización (todavía pendiente) de dicho objetivo.

párrafos del texto constitucional primigenio, es analizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-059 de 2001, FJ 3 y C-158 de 2002, FJ 2.

BIBLIOGRAFIA

ABENDROTH, Wolfgang. "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland", en *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (Hrsg. Ernst Forsthoff), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, Bosch, 2004.

AGUILERA VAQUÉS, Mar. "Propuesta para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*Regulatory Takings V. Regulaciones inconstitucionales de la propiedad*), en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Ajuntament de Mollet del Vallès, 2008.

AGUILERA VAQUÉS, Mar. "El reconocimiento del derecho de propiedad privada y los límites de su regulación", en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de derechos humanos* (Coords. Javier García Roca y Pablo Santaolaya), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles. "Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)", en *REDC*, No. 62, 2001.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus J. "La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 10 de diciembre de 1987)", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fascículo IV, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtbarkeit und fachgerichtbarkeit", en *VVDStRL*, No. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Reimpresión de la 14 Ed. (1933), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.

ARAGÓN REYES, Manuel. "El contenido esencial del derecho constitucional fundamental a la libertad de empresa", en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (Coord. Francisco Pérez de los Cobos), Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005.

ARAGÓN REYES, Manuel. "Libertad de empresa", en ARAGÓN REYES, M. (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2004.

ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*, 2ª Edición, Bogotá, EFD, 1999.

BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. "Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospcción y responsabilidad patrimonial del Estado", en *Documentación Administrativa*, No. 263-264, 2002.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. "La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)", en *REDC*, No. 38, 1993.

BADURA, Peter. *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3 Auf., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

BADURA, Peter. „Eigentum“, en *Handbuch des Verfassungsrecht* (Hrsg. Ernst Benda, Werner Maihofer y Hans-Jochen Vogel), T. I, 2 Ed., Berlin, de Gruyter, 1995.

BANNING, Theo van. *The Human Right to Property*, Antwerpen, Intersentia, 2001. Texto consultado en: <http://books.google.es>

BAÑO LEÓN, José María. “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo”, en *Derechos fundamentales y otros escritos en homenaje al Profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2008.

BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Madrid, Civitas, 1991.

BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *REDC*, No. 24, 1988.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. Javier Barnés), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1997.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, No. 135, 1994.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas-Junta de Andalucía, 1988.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier y Emilio GUICHOT. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995.

BARRERA CARBONELL, Antonio. “La expropiación por vía administrativa”, en *La nueva constitución*, Bogotá, Universidad Gran Colombia, 1992.

BASSOLS COMA, Martín. “El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995.

BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

BEJARANO GUZMAN, Ramiro. “Defensa de la propiedad en la Constitución de 1991”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso*

Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007.

BEJARANO GUZMAN, Ramiro. *Procesos declarativos*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 2001.

BELL, Abraham y Gideon PARCHOMOVSKY. "Reconfiguring Property in Three Dimensions", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 3, 2008.

BERLIN, Isaiah. "Dos conceptos de libertad", en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 2008.

BERMEJO VERA, José et al. *Derecho Administrativo, Parte especial*, 7ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009, p. 95.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Madrid, Montecorvo, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales – Boletín Oficial del Estado, 1997.

BLASCO ESTEVE, Avelino. "La responsabilidad de la Administración", en *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Libros Jurídicos Carperi, 1993.

BLOCHER, Joseph. "Reputation as Property in Virtual Economies" en *Yale Law Journal* (Pocket Part), No. 118-120. Disponible también en <http://thepocketpart.org/2009/01/19/blocher.html>.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Trad. Rafael de Agapito Serrano), Madrid, Editorial Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales* (Trad. Juan L. Requejo e Ignacio Villaverde), Baden-Baden, Nomos, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart", en *Staat und Gesellschaft*, (Hrsg. Ernst-Wolfgang Böckenförde), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

BODINO, Juan. *Los seis libros de la República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BOTERO, Sandra. "La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia", en *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*, No. 33, 2006. Texto consultado en la página web:
www.revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/download/8216/8860

BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Bogotá, Legis, 2007.

BRENNER, Michael. "Art. 14 GG und der immissionsrechtliche Bestandschutz", en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2007* (Herausgegeben von R. Hendler, P. Marburger, P. Reiff und M. Schröder), Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2007.

BREWER CARIAS, Allan. "Reflexiones sobre la Constitución económica", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V, Madrid, Civitas, 1991.

BURGI, Martin. "Die Enteignung durch «Teilweise» Rechtsentzug als Prüfstein für die Eigentumsdogmatik", en *NVwZ*, No. 6, 1994.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. "Expropiación por vía administrativa", en *Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. *Notariado-registro y el nuevo régimen de la propiedad inmueble*, Bogotá, Temis, 1999.

CALLIESS, Christian. "The Fundamental Right to Property", en *European Fundamental Rights and Freedoms* (Ed. Dirk Ehlers), Berlin, De Gruyter Recht, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999.

CANARIS, Klaus Wilhelm. *El sistema en la jurisprudencia* (Trad. Juan Antonio García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.

CAPRILE BIERMANN, Bruno. "La metamorfosis de la propiedad", en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil* (Trad. Manuel M. Zorrilla), Tomo II, Vol. 1, Barcelona, Bosch, 1965.

CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

CASTAN TOBEÑAS, José. *La propiedad y sus problemas actuales*, 2ª Edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1963.

CHARDEAUX, Marie-Alice. *Les choses comunes*, París, L. G. D. J., 2006.

CHRISTMAN, John. *The Myth of Property. Toward an Egalitarian Theory of Ownership*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994.

CICERÓN. *Los oficios* (Trad. Manuel Valvuela), 2ª Edición, Tomo I, Madrid, Imprenta Real, 1788. Texto consultado en: <http://books.google.es>

CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del Diritto Civile*, 4ª Edición, Torino, Tipografico - Editrice Torinese, 1907.

COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2º Semestre, 2008. El texto fue consultado en su versión electrónica la siguiente página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512008000200014&script=sci_arttext

CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

COSTA, Joaquín. "Colectivismo agrario", en *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos*, 3ª Edición, Madrid, Alianza, 1973.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *REDC*, No. 25, 1989.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *The History of Freedom and other Essays*, New York, Cosimo Classics, 2005.

DE AZCÁRATE, Gumersindo. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, T. I y II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879-1880.

DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

DE LA MADRID, Miguel. "La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales", en *Economía y Constitución, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981.

DE LOJENDIO, Ignacio. "Derecho constitucional económico", en A.A.V.V., *Constitución y economía*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

DE LOS MOZOS, José Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 143.

DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana. *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución Española de 1978*, Tomos I y III, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2004.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 8ª Reimpresión, Madrid, Ariel, 2001.

DE OTTO, Ignacio. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

DE SOTO, Domingo. *De la Justicia y del Derecho*, Tomo II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la revolución*, Tomo 1 (Primera reimpresión), Madrid, Alianza Editorial, 1989.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la revolución*, Tomo 2, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

DÍAZ LEMA, José Manuel. "Restricciones subjetivas de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución", en *REDA*, No. 146, 2010.

DÍAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Vol. III, 7ª Ed., Madrid, Tecnos, 2001.

DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International - International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1995.

DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, París, 1777.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. "Expropiaciones urbanísticas: las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos", en *RDUMA*, No. 221, 2005.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, T. 1, 3ª Ed., París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cia., 1927.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (Trad. Carlos G. Posada), 2ª edición, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1920.

DÜRIG, Gunter. "Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlich Berechtigungen seiner Bürger", en *Festschrift für Willibalt Apelt*, München und Berlin, C. H. Beck Verlag, 1958.

EHLERS, Dirk. "Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt", en *VVDStRL*, No. 51, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1992.

EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge-Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1985.

ESCOBAR ISAZA, Hernando y José ALVEAR SANÍN. "Expropiación y confiscación en la nueva Constitución", en *Doce ensayos sobre la nueva Constitución*, Medellín, Señal Editora, 1991.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro. "Función social y propiedad privada urbana: estudio de jurisprudencia", en *REDA*, No. 6, julio-septiembre, 1975.

ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, Juan Carlos. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la jurisprudencia y legislación española (Del siglo XIX a la ley 30/1992)*, Madrid, Universidad Europea de Madrid, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, T. I, 10 Auflage, München, C. H. Beck'schen, 1973.

FORSTHOFF, Ernst. "Verfassungsprobleme des Sozialstaats", en *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (Hrsg. Ernst Forsthoff), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammen, 1959.

FORTES MARTÍN, Antonio. "En torno al empleo de las mejores técnicas disponibles como vestigio del moderno Derecho Administrativo Ambiental", en *RGDA*, No. 14, 2007.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto. *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, CEDEC, 2001.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Poder y Derecho. Del antiguo régimen al Estado constitucional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Sobre la propiedad: Observaciones histórico-dogmáticas y actuales", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 225, 2006.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento", en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, No. 200, 2003.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Ius aedificandi y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000, STC 164/2001 y leyes regionales posteriores", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 193, 2002.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen del concierto", Estudio Prólogo al libro de Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ. *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Aranzadi, 2000.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Tiempo y concesión de dominio público", en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 145 bis, 1995.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa", en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 134, 1993.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 1992.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Derechos fundamentales y garantías institucionales: una recepción jurídico doctrinal", Estudio Preliminar a la obra de DIAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto Ley 2/1983 de 23 de febrero", en *La Ley*, No. 653, 1983.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "La acción concertada. Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración", en *Homenaje a Juan Galván*, Valencia, 1980.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derecho General de Organización*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho", en *RAP*, No. 34, 1961.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho administrativo I, Materiales*, 8ª Reimpresión, Madrid, 1996.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel y José Manuel DÍAZ LEMA. *El derecho de aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Pamplona, Aranzadi, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *REDA*, No. 89, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 11ª edición, Cizur-Menor, Thomson-Civitas, 2008.

GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Cívitas, 2002.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. "Aspectos de la Administración económica", en *RAP*, No. 12, 1953.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y Herminio LOSADA GONZÁLEZ. *Tratado de Derecho Administrativo*, 12ª Edición, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2006.

GARRIDO FALLA, Fernando. "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992", en *REDA*, 1993.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", en *RAP*, No. 118, 1989.

GARRIDO FALLA, Fernando. "El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada", en *RAP*, No. 81, 1976.

GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatsrechts*, Berlin, Springer, 1889.

GINER DE LOS RIOS, Francisco. *Resumen de filosofía del Derecho*, T. II, Madrid, Espasa - Calpe, 1926.

GÓMEZ, José J. *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. "Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000", en *RAP*, No. 153, 2000.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, Civitas, 1991.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "Los aeropuertos y servidumbres aeronáuticas ante el urbanismo, el derecho de propiedad y la autonomía local", en *Actualidad Administrativa*, No. 12, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "Responsabilidad del Estado legislador: Pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la ley 30/1992", en *REDA*, No. 104, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Civitas, 1992.

GÖTZ, Volkmar. "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", en *VVDStRL*, No. 41, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, pp. 30-31.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica* (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell), 6ª Edición, México, Porrúa - UNAM, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19.2 Grundgesetz*, 2ª Edición, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1972.

HÄBERLE, Peter. "Grundrechte im Leistungsstaat", en *VVDStRL*, No. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972.

HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, 2ª Edición, (Trad. Genaro Carrio) México, Editorial Nacional, 1980.

HAYEK, Friedrich. *Los fundamentos de la libertad* (Trad. José Vicente Torrente), 7ª Edición, Madrid, 2006.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. "Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental", en *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

HERRERA ROBLES, Aleksey. "Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia. Análisis desde el Derecho Público", en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, No. 20, 2003.

HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional* (Ed. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 2001.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HINESTROSA, Fernando. *Apuntes de Derecho Romano -Bienes-*, 2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

HINESTROSA, Fernando. "Codificación, descodificación y recodificación", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carías*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2003.

HINESTROSA, Fernando. "El derecho de propiedad", en *Constitución económica colombiana*, 2ª Edición, Bogotá, El Navegante, 1997.

HUBER, Peter M. "Öffentliches Wirtschaftsrecht", en *Besonderes Verwaltungsrecht* (Hrsg. E. Schmidt-Assmann y F. Schoch), 14 Edición, Berlin, De Gruyter Recht, 2008.

IBLER, Martin. "Der Grundrechtsschutz in der spanischen Verfassung am Beispiel des Eigentums", en *Juristenzeitung*, No. 6, 1999.

IBLER, Martin. "Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG in Mietrecht", en *Archiv für Civilistische Praxis*, No. 197, 1997.

IHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*, T. 1, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893.

IHERING, Rudolf von. *El fin del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.

IPSEN, Hans Peter. "Enteignung und Sozialisierung", en *VVDStRL*, No. 10, Berlin, Walter de Gruyter, 1952.

IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II. Grundrechte*, München, Carl Heymanns Verlag, 2008.

ISENSEE, Josef. „Die Ambivalenz des Eigentumsgrundrechts. Umweltschutz im grundrechtstheoretischen Koordinatensystem“, en *Eigentumsgarantie und Umweltschutz* (Hrsg. Fritz Ossenbühl), Heidelberg, Decker und Müller, 1990.

JARASS, Hans. "Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?", en *NJW*, No. 39, 2000.

JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*, 2. Auf., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1929.

JIMENEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995.

JORDANO FRAGA, Jesús. "Medio Ambiente versus Propiedad: «Expropiaciones Legislativas» en el Derecho Ambiental Americano", en *REDA*, No. 85, Madrid, 1995.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1999.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. La propiedad y los otros derechos reales principales*, T. I, Vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas de Europa América, 1950.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit civil positif français*, T. I, 2ª Edición, Paris, Sirey, 1932.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

KELSEN, H. *Von Wesen und Wert der Demokratie*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1981.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho* (Traducción de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve), Buenos Aires, Eudeba, 1977.

KIMMINICH, Otto. "La propiedad en la Constitución alemana", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª Edición, Barcelona, Ariel, 2001.

LEISNER, Walter. "Eigentum", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof), Tomo VI (Freiheitsrechte), 2 Ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001.

LEISNER, Walter. *Situationsgebundtheit des Eigentums - Eine überholte Rechtssituation?* Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1990.

LEISNER, Walter. *Sozialbindung des Eigentums*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

LEGUINA VILLA, Jesús. "El régimen constitucional de la propiedad privada", en *Derecho Privado y Constitución*, No. 3, Madrid, 1994.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editora, 1996.

LÓPEZ AGUILAR, Juan F. *Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio. *La expropiación forzosa*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988.

MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. "Áreas protegidas y propiedad", en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, Bogotá, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge. *Los derechos del propietario*, México, UNAM - Cámara de Diputados, 2000.

MAIHOFER, Werner. "Principios de una democracia en libertad", en *Manual de Derecho Constitucional* (Hrsg. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid-Barcelona, 2001.

MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*, 3ª Edición, Madrid, Mc. Graw-Hill, 2004.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. “Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 1, 2009. Texto consultado en:
<http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Hugo%20Alberto%20Mar%C3%ADn%20Hern%C3%A1ndez.pdf>

MARTÍN MATEO, Ramón. “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, *RAP*, No. 56, 1968.

MARTÍN MATEO, Ramón. “El estatuto de la propiedad inmobiliaria”, en *RAP*, No. 52, 1967.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Comentario al artículo 139.3 a la ley 30 de 1992, de 26 de noviembre”, en *Leyes Administrativas*, 13 Edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en *RAP*, No. 150, 1999.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, Madrid, La Ley, 1988.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de su exclusión*, Granada, Universidad de Granada, 2004.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *La propiedad en las leyes del suelo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17 Auf., Munchen, Verlag C. H. Beck, 2009.

MAURER, Hartmut. “Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie”, en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, Munchen, Beck, 1990.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, T. II, 3 Auf., München - Leipzig, Duncker und Humblot, 1924.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, Vol. III, Buenos Aires, De Palma, 1951.

MEDINA ALCÓZ, Luis. "Confianza legítima y responsabilidad patrimonial", en *REDA*, No. 130, 2006.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc. Graw Hill, 1997.

MEILÁN GIL, José Luis. *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

MEILÁN GIL, José Luis. "La dimensión temporal de la ordenación urbanística", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, No. 145, 1995.

MEILÁN GIL, José Luis. "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión", en *RAP*, No. 71, 1973.

MEILÁN GIL, José Luis. "El estudio de la Administración económica", en *RAP*, No. 50, 1966.

MELERO ALONSO, Eduardo. "La flexibilización de la reserva de ley", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 10, 2004.

MENGER, Anton. *Das bürgerlichen Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, Laupp, 1890.

MENGER, Anton. *El Derecho Civil y los pobres*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1898.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. "Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, No. 200, 2003.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. "La propiedad en la nueva Ley del Suelo", en *Derecho Privado y Constitución*, No. 3, Madrid, CEC, 1994.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel y Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ. *Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Montecorvo, 2004.

MICHELMAN, Frank. "Takings", en *Columbia Law Review*, No. 88, 1988.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002.

MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2006.

NAVIA ARROYO, Felipe. "La propiedad de la tierra en Colombia. Su prueba", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, No. 3, 1983.

NIESLER, André. "«Aufopferung» und «Enteignung» vom ALR bis zur WRV", en *Jahrbuch der Juristische Zeitgeschichte* (Hrsg. Thomas Vormbaum), T. 8, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006/2007, pp. 136-137. Texto consultado en: <http://books.google.es>

NIETO, Alejandro. "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa", en *RAP*, No. 38, 1962.

ORTEGA BERNARDO, Julia. "Límites constitucionales en la adopción por ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias", en *RAP*, No. 172, 2007.

OSSENBÜHL, Fritz. *Staatshaftungsrecht*, 5 Auflage, München, C. H. Beck, 1998.

OSSENBÜHL, Fritz. "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995.

OSUNA PATIÑO, Néstor. "El derecho fundamental a la vivienda digna. Señal de un Estado social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", en *Revista de Derecho del Estado*, No. 14, 2003.

PALACIOS TORRES, Alfonso. "Reserva de ley en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el caso colombiano", en *Revista de Derecho del Estado*, No. 10, 2001.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", en *REDA*, No. 144, 2009.

PAPIER, Hans-Jürgen. "Eigentumsgarantie und Erbrecht", en *Maunz - Dürig Grundgesetz Kommentar* (Hrsg. von R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H. Klein), T. II, 52 Lieferung, Munich, Verlag C. H. Beck, 2008.

PAPIER, Hans-Jürgen. "Ley Fundamental y orden económico", en *Manual de Derecho constitucional* (Ed. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde), 2ª Edición, Madrid, Marcial - Pons, 2001.

PAPIER, Hans-Jürgen. "Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG", en *DVBl*, 2000.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, Marcial Pons, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. "La degeneración del modelo de función pública", en *RAP*, No. 150, 1999.

PARADA, Ramón. "Evolución y crisis del instituto expropiatorio", en *Documentación Administrativa*, No. 222, 1990.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso RUMASA)", No. 100-102, 1983.

PAREJA, Carlos H. *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, 1937.

PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y Luis ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del 8 de abril de 1981", en *REDC*, No. 3, 1981.

PAZ-ARES, Cándido y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL. "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Coord. José Luís Monero Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida), Granada, Comares, 2002.

PECES BARBA, Gregorio. *La Constitución y los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

PECES BARBA, Gregorio *et al.* *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.

PENNER, James. *The Idea of Property in Law*, Oxford University Press, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio y Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ Y TÓRREZ. "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", en *Comentarios a la Constitución Española* (Dir. Oscar Alzaga Villamil), T. III, Madrid, Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

PIEROTH, Bodo y Bernhard SCHLINK. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 23 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2007.

PIPES, Richard. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia* (Trad. Josefina de Diego), Madrid, Turner-Fondo de Cultura Económica, 2002.

PIPES, Richard. *Russia under the Old Regime*, New York, Scribner, 1974.

PONS CÀNOVAS, Ferran. *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad, Perspectivas actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El constitucionalismo de los derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Ed. Miguel Carbonell), Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*, 4ª Edición, Madrid, Trotta, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución", en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 2, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", en *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1954.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 1, 3ª Edición, Barcelona, Bosch, 1999.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1979.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. "La responsabilidad del Estado Legislador", en *RAP*, No. 135, 1994.

RAMIREZ BAQUERO, Edgar A. "Las más relevantes mutaciones del derecho de propiedad en el régimen jurídico colombiano que le privan de un carácter absoluto", en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007.

RAPPAPORT, Michael. "Originalism and Regulatory Takings: Why the Fifth Amendment May Not Protect Against Regulatory Takings, But the Fourteenth Amendment May", en *San Diego Law Review*, Vol. 45, No. 3, 2008.

RAWLS, John. *Justicia como equidad* (Trad. Miguel Angel Rodilla), Madrid, Tecnos, 1986.

REINHARDT, Rudolf. „Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?“, en *Verfassungsschutz des Eigentums* (REINHARDT, Rudolf y Ulrich SCHEUNER), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "El nuevo criterio de «la tutela materialmente equivalente» en relación con las expropiaciones legislativas (la STC 048/2005)", en *Teoría y realidad constitucional*, No. 19, 2007.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "Derecho de propiedad privada", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional* (Coord. Manuel Aragón Reyes, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

RÍOS ALVAREZ, Lautaro. "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, T. 3, Madrid, Editorial Complutense, 1992.

RIPERT, Georges. "Evolución y progreso del derecho", en *La crisis del Derecho* (Trad. de Marcelo Cheret), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953.

RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho*, Madrid, Civitas, 1986.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. "Protección ambiental y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible", en *RDUMA*, No. 193, 2002.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. "Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial espacios naturales protegidos", en *RDUMA*, No. 164, 1998.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *RAP*, No. 177, 2008.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. “Constitucionalización del Derecho Privado. Protección de la propiedad”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario-Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007.

ROIG, Antoni. *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*, Madrid, Dykinson, 2003.

ROLLER, Gerhard. “Enteignung, Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung und salvatorische Klauseln”, en *NJW*, No. 14, 2001.

ROSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*, Madrid, Tecnos, 1995.

ROSSEAU, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Ediciones Península, 1976.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Los deberes constitucionales”, en *REDC*, No. 62, 2001.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SÁCHICA, Luis Carlos. *La Constitución colombiana, cien años haciéndose*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. Obra consultada en la página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=717>

SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1966.

SALA ARQUER, José María. *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1976.

SALA ARQUER, José Manuel. *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974.

SAMUELSON, Paul y William NORDHAUS. *Economía*, 16ª Edición, Madrid, Mc. Graw- Hill, 2000.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2004.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo general*, Vol. II, Madrid, Iustel, 2004.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. "La teoría de la responsabilidad del legislador", en *RAP*, No. 68, 1972.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de licencia urbanística", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009. Texto consultado en la dirección electrónica:

http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=deradmin2&NavigationTarget=navurl://b5616225777654bd3f6429ecd20271a2

SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. "La impugnación administrativa de las licencias urbanísticas", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009, pp. 83 y ss. Texto consultado en la dirección electrónica:

http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=deradmin2&NavigationTarget=navurl://b5616225777654bd3f6429ecd20271a2

SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. *Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad de la Administración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Derecho romano actual*, T. I, Madrid, F. Gongora y Cia. Editores, 1878.

SCHELCHER, Walter. "Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung", en *AöR*, No. 57, 1921.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. Javier Barnés), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

SCHMITT, Carl. "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung", en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1928 (Edición en castellano: *Teoría de la Constitución* (Trad. Francisco Ayala), Madrid, Alianza, 1983).

SCHNEIDER, Hans Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, 1979.

SCHUPPERT, Gunnar Folke y Christian BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

SERNA VALLEJO, Margarita. "Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico", en *Derecho de los bienes públicos* (Dir. J. GONZÁLEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SIMONS, Thomas. *Verfahren und Verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

STEINBERG, Rudolf y Andreas LUBBERGER. *Aufopferung, Enteignung und Staatshaftung*, Baden-Baden, Nomos, 1991.

STÖDTER, Rolf. *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburg, Lütcke und Wulff, 1933.

STOLLEIS, Michael. "Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial", en *Documentación Administrativa*, No. 234, 1993.

TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, 21 Edición, Porrúa, 1985.

TERNERA BARRIOS, Francisco y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. "Propiedad ¿un derecho inviolable?, en *Fascículo Interactivo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario*, No. 10. Consultable en la siguiente dirección electrónica: <http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo4/fasciculo10/funcion1.htm>

TOMÁS DE AQUINO. *Suma de teología*, Tomo III, Madrid, BAC, 1990.

TORNOS MAS, Joaquín. "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *RAP*, No. 100-102, 1983.

UPEGUI MEJIA, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al Estado social de Derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", Bogotá, 2005. El texto puede consultarse en la página web del Centro de Estudios DEJUSTICIA, en la siguiente dirección electrónica:

http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=73

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. "La garantía patrimonial ante actos normativos lícitos en el Derecho comunitario: entre la responsabilidad patrimonial objetiva y el derecho de propiedad", en *RAP*, No. 181, 2010.

VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa - UNAM, 1995.

VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil*, T. II, 11ª Edición, Bogotá, Temis, 2007.

VELASCO CABALLERO, Francisco. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1996.

VELASCO CABALLERO, Francisco y Mariano BACIGALUPO SAGESSE. "«Límites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley", en *REDA*, No. 85, 1995.

VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VIANA CLEVES, María J. *El principio de confianza legítima en el Derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*, 4ª Edición, Bogotá, Universidad de los Andes, 1975.

VILLAR PALASÍ, José Luis. "Justo precio y transferencia", en *RAP*, No. 18, 1955.

WAHL, Rainer. *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2006.

WAHL, Rainer. "Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?", en *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck, 2002.

WERNER, Fritz. "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en *DVBl*, 1959.

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. I, 7ª Edición, Literarische Anst. Rütten & Löning, 1891.

WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerliches Recht. Das Sachen Recht*, T. III, Marburg, Elmer'sche Verlagsbuchhandlung, 1929.

WOLFF, Martin. "Reichsverfassung und Eigentum", en *Festgabe der berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Teil IV, Tübingen, 1923.

ZIPPELIUS, Reinhold. "Der Gleichheitsatz", en *VVDStRL*, No. 47, 1988.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN.....	10
Capítulo Primero: La constitucionalización de la propiedad privada.....	11
A. La regulación constitucional de la propiedad privada: ¿un nuevo viejo tópico?.....	12
1. La codificación como orden fundamental de la propiedad privada.....	12
2. El tenue papel de la Constitución en la protección y regulación del derecho en el constitucionalismo liberal.....	15
B. El constitucionalismo social de inicios del siglo XX y la ruptura de la visión liberal del dominio.....	17
1. La Constitución de México de 1917.....	17
1.1. Una nueva forma de regular la propiedad.....	18
1.2. La significación material de esta nueva fórmula.....	19
2. La Constitución de Weimar de 1919.....	21
2.1. Weimar y el afianzamiento de la concepción social del derecho de propiedad.....	21
2.2. Weimar y la génesis del concepto constitucional de propiedad.....	22
C. La autonomía conceptual de la propiedad privada en la Constitución.....	26
1. La constitucionalización del Derecho como marco para la articulación de un concepto constitucional de propiedad privada.....	27
2. Incidencia de la constitucionalización del Derecho en la articulación de la noción constitucional de la propiedad privada.....	31
2.1. La apertura de las instituciones constitucionales a la renovación de su sentido originario.....	31
2.2. La singularidad de la proclamación de la propiedad privada en la Constitución de 1991 y su condición de base para la construcción de un concepto autónomo de este derecho.....	34
D. Las dificultades para la articulación de la garantía general de la propiedad privada en la Constitución y la determinación del	

concepto constitucional de este derecho.....	36
1. Barreras materiales para la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	36
2. Barreras metodológicas para la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	42
2.1. Implicaciones dogmáticas de la inadecuada conceptualización del derecho de propiedad: repercusiones sistemáticas.....	42
2.2. Implicaciones prácticas de la inadecuada conceptualización del derecho de propiedad: el trastorno del control de constitucionalidad.....	45
3. Barreras hermenéuticas la articulación de la garantía general de la propiedad y la determinación de la noción constitucional de este derecho.....	48
E. Implicaciones de la construcción de un concepto de propiedad según la Constitución y no según el Código Civil.....	51
1. Implicaciones para la estructura del derecho.....	52
2. Implicaciones para el fundamento del derecho.....	54
3. Implicaciones para el sentido y la finalidad del derecho.....	58
4. Implicaciones para el objeto del derecho.....	61
5. Implicaciones para el significado y el contenido del derecho.....	65
5.1. La inadecuación de las fórmulas tradicionales respecto de la realidad disciplinada por la Constitución.....	65
5.2. La amplitud e indeterminación de las fórmulas impuestas por la noción constitucional de propiedad.....	69
6. Implicaciones para la regulación del derecho.....	71
6.1. Las mayores posibilidades de injerencia en el ámbito de protección del derecho.....	71
6.2. El nuevo enfoque de la regulación del derecho.....	73
6.3. La pluralidad de formas de propiedad y de regímenes dominicales.....	74
F. El significado de la propiedad privada a la luz del sistema constitucional en que se encuentra insertada.....	75
1. La propiedad privada en el Estado social de Derecho.....	75
1.1. Cuestiones generales.....	75
1.2. Incidencia global de la cláusula de Estado social sobre el ordenamiento jurídico.....	77
1.3. Incidencia concreta de la cláusula de Estado social sobre el derecho de propiedad.....	80
2. La propiedad privada en el contexto de la Constitución económica.....	82
2.1. Aspectos generales.....	82
2.2. Centralidad de la propiedad dentro de la Constitución económica.....	86

3. La propiedad privada en el Estado democrático.....	89
3.1. Planteamiento general.....	89
3.2. La influencia del principio democrático en la propiedad.....	94
4. Propiedad privada y libertad.....	97
4.1. La ruptura del lazo congénito con la libertad como rasgo de la propiedad constitucional.....	97
4.2. La libertad en la propiedad.....	99
a) La esencial compatibilidad del binomio propiedad-libertad con los valores y principios que sustentan el orden constitucional.....	100
b) La esencial compatibilidad del binomio propiedad-libertad con el régimen constitucional del derecho.....	101
5. Propiedad privada e igualdad.....	104
5.1. ¿Propiedad para la igualdad?.....	104
5.2. La igualdad en la propiedad.....	108
a) La igualdad y la cláusula de acceso a la propiedad.....	109
b) La igualdad y la función social del derecho.....	111

Capítulo Segundo: La configuración de la propiedad como derecho en la Constitución..... 114

A. La dimensión subjetiva del derecho de propiedad.....	116
1. La propiedad privada como derecho de defensa.....	118
1.1. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con la función social del derecho y la prevalencia de los intereses público y social.....	125
1.2. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con las reformas a los regímenes normativos del derecho.....	127
c) El objeto de protección de la garantía constitucional de la propiedad frente a las reformas al Derecho.....	130
d) Dos ejemplos de la aplicación de este criterio por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	132
1.3. La tutela de la garantía constitucional de la propiedad vía protección de la confianza legítima y definición de un régimen de transición adecuado.....	134
c) Particularidades de la regulación de los regímenes de transición a la luz de la protección de la confianza legítima.....	136
d) Dos ejemplos de la aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las exigencias derivadas del principio de protección de la confianza legítima para los regímenes de transición.....	139
2. La propiedad privada como derecho prestacional.....	143
2.1. La propiedad como derecho de protección.....	146
a) Cuestiones generales.....	146
b) El replanteamiento de la concepción tradicional de los	

derechos fundamentales y el correlativo refuerzo de la tutela del derecho de propiedad.....	150
c) El derecho de protección del derecho de propiedad.....	153
c´) El derecho de protección de la propiedad frente a la inaplicación de la ley por las autoridades.....	154
c´´) El derecho de protección de la propiedad frente a la defectuosa configuración de su régimen.....	156
2.2. La propiedad como derecho a los procedimientos y a la organización.....	157
a) Aspectos previos: la necesidad de replantear tanto la idea de protección de los derechos fundamentales, como la concepción restrictiva de la garantía del debido proceso.....	157
b) La reformulación de las nociones de procedimiento y organización como presupuesto de la optimización de su misión tuitiva de los derechos fundamentales.....	161
c) El derecho a la protección de la propiedad por medio de estructuras de procedimiento y organización.....	162
c´) La protección en supuestos de inaplicación de los procedimientos existentes.....	163
c´´) La protección en supuestos de indebida configuración o interpretación de los procedimientos existentes.....	165
c´´´) La protección en supuestos de ausencia de un procedimiento legalmente definido.....	165
c´´´´) El carácter no absoluto de la garantía de procedimiento de la propiedad.....	167
B. La dimensión objetiva del derecho de propiedad.....	168
1. La propiedad como norma de Derecho objetivo.....	171
1.1. La propiedad como derecho y la propiedad como institución.....	174
1.2. La configuración legal de la propiedad como derecho y como instituto.....	178
2. Consecuencias del carácter objetivo del derecho de propiedad....	180
2.1. El efecto de irradiación del derecho de propiedad.....	181
2.2. El encargo de protección y fomento del derecho de propiedad.....	184
2.3. La salvaguardia de la propiedad por medio de estructuras de procedimiento y organización.....	188
2.4. Las consecuencias jurídicas subjetivas derivadas del contenido objetivo del derecho de propiedad.....	189
C. El contenido esencial del derecho de propiedad.....	191
2. La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho alemán.....	193
3. El debate sobre el contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho español.....	197
3.1. La cuestión de la indeterminación del concepto de contenido	

esencial del derecho de propiedad.....	202
3.2. La cuestión de la equívoca formulación del concepto de contenido esencial del derecho de propiedad.....	206
a) La desaparición de la garantía del contenido esencial y la depreciación de la garantía del derecho.....	212
b) La paradójica hipertrofia del contenido esencial y el correlativo ensanchamiento de la noción de expropiación.....	214
4. El contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho colombiano.....	217
4.1. El “núcleo esencial” del derecho de propiedad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	219
d) Aproximación conceptual al “núcleo esencial” de la propiedad.....	219
e) Aproximación funcional al “núcleo esencial” de la propiedad.....	223
f) El núcleo esencial de la propiedad y el instituto expropiatorio.....	225
4.2. Problemas de la reconstrucción del contenido esencial del derecho de propiedad a la luz de su regulación constitucional.....	226
D. Tipología de los derechos de propiedad en el texto constitucional....	229
1. Las exigencias metodológicas de un concepto constitucional de propiedad <i>lato sensu</i>	229
2.4. El recurso a un repertorio metodológico mixto.....	230
2.5. La preocupación por la guarda de la efectividad de las garantías constitucionales atribuidas al derecho.....	233
2. Los tipos de propiedad constitucional.....	236
2.1. La propiedad común.....	236
2.2. La propiedad especial.....	237
2.3. La propiedad subsistencia.....	240
E. La reserva de ley y el derecho de propiedad.....	241
1. Aspectos generales.....	241
2. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales.....	242
3. La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales.....	245
3.1. Aspectos generales de la reserva de ley estatutaria.....	245
3.2. La reserva de ley estatutaria y el derecho de propiedad.....	248
4. La reserva de ley ordinaria y el derecho de propiedad.....	249
4.1. La reserva legal sobre el régimen general del derecho.....	250
4.2. La reserva legal sobre el instituto expropiatorio.....	251
4.3. La reserva legal sobre la extinción del dominio.....	251
4.4. El control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en desarrollo de la reserva de ley.....	252
5. La colaboración normativa entre la ley, el reglamento y otras fuentes en el ámbito de la reserva legal del derecho de	

propiedad.....	253
Capítulo Tercero: El objeto de la propiedad privada en la Constitución.....	260
A. Delimitación material del objeto de la propiedad privada.....	261
1. Aspectos generales.....	261
1.1. La reserva de bienes de propiedad privada.....	262
1.2. La singularidad del objeto de la propiedad constitucional.....	266
a) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del carácter material y normativo de la Constitución.....	267
b) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del régimen constitucional de la propiedad.....	268
c) La exigencia de una aproximación metodológica al objeto cubierto por la propiedad constitucional.....	272
2. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial.....	275
2.1. Cuestiones previas.....	275
2.2. La amplitud de cobertura del artículo 58 CC en materia jurídico-privada.....	277
a) El reconocimiento legal del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad constitucional en el campo jurídico-privado.....	278
b) El reconocimiento jurisprudencial del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad en el campo jurídico-privado.....	280
3. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial.....	283
3.1. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración social.....	286
a) La procura existencial y sus exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad.....	286
b) Implicaciones de la expansión de la cobertura del artículo 58 CC en este ámbito.....	288
c) Los problemas derivados de la proliferación de prestaciones patrimoniales en el Estado social.....	291
3.2. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración económica.....	292
a) Cuestiones generales: las exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad derivadas de la más intensa intervención del Estado en la economía.....	292
b) Los compromisos internacionales de protección de la inversión extranjera: la corroboración jurídico-positiva del ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la	

Constitución.....	297
c) La liberalización como motor de innovaciones legislativas que corroboran el ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la Constitución.....	300
d) La protección de la posición jurídico-patrimonial de los empleados públicos.....	302
3.3. La neutralidad de la fuente de una posición jurídico-pública de contenido patrimonial a la luz de la garantía constitucional del derecho de propiedad.....	306
a) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de resoluciones administrativas.....	307
a´) Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de la legislación general en relación con los derechos nacidos de actos administrativos.....	309
a´´) Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de algunos supuestos de la legislación especial en relación con los derechos nacidos de actos administrativos.....	320
b) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de contratos públicos.....	323
b´) La conformidad general de los derechos contractuales con el esquema constitucional de la propiedad privada.....	323
b´´) La terminación unilateral del contrato: un análisis a la luz de la lógica del instituto expropiatorio.....	327
3.4. ¿Condiciones especiales para la configuración del derecho de propiedad sobre una posición jurídico-pública de contenido patrimonial?.....	330
a) La necesidad de establecer criterios diferenciadores para racionalizar la cobertura de la propiedad constitucional.....	332
b) Los problemas derivados de los criterios diferenciadores.....	335
c) La no necesidad de fijar condiciones especiales para la configuración de una propiedad constitucional.....	336
B. Delimitación jurídica del objeto de la propiedad privada.....	340
1. Las posiciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial legítimamente adquiridas.....	340
1.1. El sustrato jurídico del derecho de propiedad.....	342
1.2. La efectiva patrimonialización del derecho.....	344
1.3. Las exigencias modales para configuración de un derecho de propiedad constitucionalmente protegido.....	346
2. Los contratos de estabilidad jurídica: ¿derechos de propiedad sobre un determinado régimen jurídico?.....	348
2.1. Los contratos de estabilidad jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	351
a) La naturaleza jurídica de la situación originada por los contratos de estabilidad jurídica.....	351

b) La (todavía dudosa) compatibilidad de los contratos de estabilidad jurídica y el principio de igualdad.....	353
c) La no afectación del principio democrático por los contratos de estabilidad jurídica a causa de su compatibilidad con el carácter modificable de la ley.....	355
2.2. Implicaciones de la subjetivización de la legalidad operada vía contratos de estabilidad jurídica a la luz del régimen constitucional de la propiedad privada.....	357
e) La garantía constitucional del patrimonio de los individuos y los contratos de estabilidad jurídica.....	358
f) Efectos de la celebración de un contrato de estabilidad jurídica a la luz del sistema de protección constitucional de la propiedad del artículo 58 CC.....	363
g) Los límites a la potestad de reforma impuestos por los derechos engendrados por los contratos de estabilidad jurídica.....	366
h) Valoración global de la cuestión.....	369

SEGUNDA PARTE: LAS INTERVENCIONES ESTATALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN..... 372

Capítulo Cuarto: La delimitación de la propiedad privada en virtud de la función social..... 373

D. Significado de la función social de la propiedad y de su proclamación constitucional.....	375
1. Aspectos preliminares de la función social del derecho.....	375
1.1. Algunos antecedentes remotos de la proclamación constitucional de la función social del derecho de propiedad.....	377
1.2. Algunos antecedentes cercanos de la proclamación constitucional de la función social del derecho de propiedad.....	379
a) La crítica al pandectismo.....	379
b) La crítica al sistema individualista.....	381
2. La idea de la función social de la propiedad en la Constitución....	384
2.1. El significado de la función social de la propiedad en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente.....	387
2.2. La idea de la función social de la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	389
a) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre la concepción del derecho.....	393
a') La influencia material sobre la concepción del derecho.....	393

a´´) La influencia formal sobre la concepción del derecho..	393
a´´´) La influencia funcional sobre la concepción del derecho.....	394
b) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre el fundamento del derecho.....	395
b´) El condicionamiento del reconocimiento del derecho...	395
b´´) La represión del ejercicio ilegítimo del derecho.....	396
c) La jurisprudencia constitucional en punto a la influencia de la función social de la propiedad sobre las intervenciones del Estado en el ámbito del derecho.....	398
c´) La potestad de delimitación del contenido del derecho.....	398
c´´) La obligación de armonizar los intereses del propietario con los de la comunidad.....	399
c´´´) La legitimidad de establecer obligaciones positivas o negativas a los propietarios.....	399
c´´´´) El mayor margen de configuración atribuido al legislador.....	400
2.3. Algunas expresiones jurídico-positivas concretas de la función social de la propiedad.....	401
a) En el Derecho urbanístico.....	401
b) En el Derecho del medio ambiente.....	402
c) En el Derecho de los servicios públicos.....	405
d) En el Derecho de los derechos de autor.....	407
2.4. Aproximación a la idea de la función social de la propiedad en la Constitución.....	408
E. La función social de la propiedad privada en el constitucionalismo colombiano del siglo XX.....	411
1. La reforma constitucional de 1936 y la introducción de la idea de función social de la propiedad.....	411
2. El alcance de la función social bajo el ordenamiento constitucional anterior a la Constitución de 1991.....	414
3. La función social de la propiedad en el marco del Estado social de Derecho instaurado por la Constitución de 1991.....	417
F. La desagregación de la función ecológica de la propiedad privada de la cláusula general de la función social y su sustantivación en el texto constitucional de 1991.....	418
1. La función ecológica de la propiedad como reconocimiento de la dimensión ambiental del derecho.....	418
1.1. La preocupación ambiental del constituyente de 1991.....	418
1.2. La sustantivación de la función ecológica de la propiedad.....	420
2. Las implicaciones de la consagración de la función ecológica de la propiedad.....	424
2.1. Principales implicaciones de la consagración de la función ecológica de la propiedad.....	424

2.2. Otras implicaciones de la función ecológica del derecho.....	427
a) Implicaciones de la función ecológica para el Estado.....	427
a´) Responsabilidades impuestas por la función ecológica al legislador.....	428
a´´) Responsabilidades impuestas por la función ecológica a la Administración.....	432
a´´´) Responsabilidades impuestas por la función ecológica a los jueces.....	434
b) Implicaciones de la función ecológica para los particulares propietarios.....	436
b´) La programación legal, constitucionalmente dirigida, del ejercicio dominical.....	436
b´´) ¿Programa directamente la Constitución el ejercicio dominical?.....	437
b´´´) El papel de la función ecológica como fuente de deberes constitucionales.....	440
G. La delimitación de la propiedad privada en virtud de su función social y ecológica como aspecto nuclear del régimen constitucional del derecho.....	442
4. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción de la función social y ecológica genéricamente atribuida al derecho por la Constitución.....	442
4.1. La determinación de la vinculación de cada forma de propiedad a la función social y ecológica del derecho.....	442
4.2. La función social y ecológica como médula de la actividad de la actividad de delimitación.....	444
5. La delimitación de la propiedad como técnica de concreción del contenido genéricamente atribuido por la Constitución al derecho.....	445
5.1. El poder de conformación del contenido del derecho.....	445
5.2. El fin de interés general como rasgo definitorio de las intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad...	447
5.3. La amplitud variable de la tutela del momento subjetivo del derecho de propiedad.....	449
6. La delimitación de la propiedad privada como expresión de las garantías de conservación y uso del derecho.....	451
6.1. La obligada conservación de un núcleo de utilidad privada para el propietario.....	451
6.2. La función afirmativa de la utilidad privada del propietario de la función social del derecho.....	454
H. Efectos patrimoniales de la delimitación del derecho de propiedad...	456
2. La delimitación de la propiedad como forma de intervención estatal no compensada en el patrimonio de los ciudadanos.....	456
1.1. La distinción entre delimitación y expropiación como punto de partida de discusión.....	458
1.2. Los criterios de diferenciación entre delimitación y	

expropiación de la propiedad privada.....	459
a) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho alemán.....	460
a´) El debate doctrinal.....	460
a´´) El debate jurisprudencial.....	464
a´´´) El planteamiento del BVerfG.....	466
b) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho español.....	468
b´) El debate antes de la Constitución de 1978.....	468
b´´) El debate después de la Constitución de 1978.....	470
b´´´) La problemática incompatibilidad del criterio del contenido esencial con la garantía constitucional del derecho.....	471
c) La discusión sobre los criterios de diferenciación entre delimitación y expropiación en el Derecho colombiano.....	473
c´) La incertidumbre que rodea al contenido esencial de la propiedad constitucional.....	474
c´´) La distorsión global del sistema de la propiedad constitucional y de la garantía patrimonial de los ciudadanos.....	475
c´´´) Una propuesta interpretativa para la reconfiguración del sistema.....	479
c´´´´) Recapitulación.....	483
d) Valoración global de la situación del debate y planteamiento personal sobre el tema.....	484
1.3. El replanteamiento de la polémica sobre la diferenciación entre delimitación y expropiación y su incidencia sobre el carácter no compensable de las delimitaciones a la propiedad.....	485
3. El debate sobre el carácter compensable de algunas delimitaciones.....	486
2.1. La discusión en el Derecho alemán.....	486
a) La doctrina de las delimitaciones sujetas a la obligación de compensar.....	487
b) La armonización de la doctrina de las delimitaciones con obligación de compensar y la garantía del derecho de propiedad.....	489
c) Críticas a la doctrina de las delimitaciones sujetas a la obligación de compensar.....	490
2.2. La discusión en el Derecho español.....	493
a) El carácter no compensable de las delimitaciones.....	493
b) El paulatino apartamiento de la doctrina de la no compensabilidad de las delimitaciones.....	494
c) La previsión legal de fórmulas compensatorias por intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad.....	498

d) La crítica a la generalización de la compensación de las intervenciones que delimitan el contenido del derecho.....	499
2.3. La discusión en el Derecho colombiano.....	500
a) Planteamiento general.....	500
b) El reconocimiento directo (legal) del carácter compensable de determinadas intervenciones delimitadoras de la propiedad.....	502
c) El reconocimiento indirecto (judicial) del carácter compensable de determinadas intervenciones delimitadoras de la propiedad.....	505
d) Crítica al desarrollo en la jurisprudencia administrativa del carácter compensable de las intervenciones delimitadoras del contenido de la propiedad.....	507
I. Límites a la potestad estatal de delimitación del derecho de propiedad.....	511
3. Límites que impone el artículo 58 CC a la delimitación del contenido de la propiedad privada por virtud de su función social.....	514
1.1. El respeto a las reglas de competencia que fija el artículo 58 CC.....	515
1.2. El principio de razonabilidad.....	517
1.3. El interés general como idea básica de cualquier delimitación amparada en la función social del derecho.....	519
1.4. El mandato de ponderación.....	520
1.5. El contenido esencial del derecho de propiedad.....	523
1.6. El principio de proporcionalidad.....	527
1.7. La protección de “lo adquirido”	530
2. Propuesta en materia de control de constitucionalidad de las leyes delimitadoras del contenido de la propiedad.....	532
Capítulo Quinto: La expropiación.....	537
A. El concepto constitucional de expropiación.....	540
1. Algunos antecedentes del debate sobre el concepto constitucional de expropiación.....	540
1.1. La evolución del instituto expropiatorio en el Derecho alemán.....	541
a) El concepto clásico de expropiación.....	541
b) El ensanchamiento de la noción de expropiación.....	543
c) El “retorno” a la concepción formal de expropiación y la instauración de la prevalencia de la cobertura primaria del derecho.....	546
1.2. La evolución del instituto expropiatorio en el Derecho español.....	548
a) De la regulación tradicional del instituto a la ley de expropiación forzosa de 1954.....	548

b) El concepto material de expropiación como expresión de la regulación constitucional del instituto expropiatorio.....	550
1.3. La parálisis conceptual del instituto expropiatorio en el Derecho colombiano.....	553
2. El concepto constitucional de expropiación en Alemania.....	556
2.1. La noción de expropiación en la GG y su carácter formal.....	556
2.2. Elementos del concepto constitucional de expropiación en el Derecho alemán.....	557
3. El concepto constitucional de expropiación en España.....	561
3.1. La dualidad de conceptos de expropiación en el Derecho español.....	561
6.3. Problemas originados por la dualidad conceptual imperante en materia de expropiación.....	562
3.2. Una propuesta de concepto constitucional de expropiación a la luz del artículo 33.3 CE.....	566
4. El concepto constitucional de expropiación en Colombia.....	569
4.1. La necesidad de replantear el concepto tradicional de expropiación a la luz de su regulación constitucional actual...	569
4.2. El concepto constitucional de expropiación perfilado por el artículo 58 párr. 4 CC.....	573
B. Presupuestos constitucionales de validez de la expropiación.....	574
1. <i>Causa expropriandi</i>	575
1.1. La reserva legal sobre la declaración de una <i>causa expropriandi</i>	576
1.2. La utilidad pública y el interés social como conceptos base de la <i>causa expropriandi</i>	579
1.3. El control judicial sobre la <i>causa expropriandi</i>	582
2. Procedimiento expropiatorio.....	584
2.1. La limitada libertad de apreciación legislativa en la determinación del tipo de expropiación (judicial o administrativa) a aplicar.....	586
2.2. La amplia libertad de configuración legislativa respecto de la determinación de los procedimientos expropiatorios.....	588
a) La definición de los procedimientos expropiatorios.....	589
b) La estructuración de los procedimientos expropiatorios.....	592
3. Indemnización expropiatoria.....	596
3.1. El <i>tempus</i> de la indemnización.....	599
3.2. El <i>quantum</i> de la indemnización.....	601
a) El carácter “justo” de la indemnización expropiatoria.....	602
b) El carácter relativo de la función de la indemnización expropiatoria.....	604
c) El sujeto a cargo de la determinación del <i>quantum</i> indemnizatorio.....	608
3.3. La forma de la indemnización expropiatoria.....	613
C. Tipos de expropiación en Colombia.....	615
1. Expropiación ordinaria.....	617

1.1. La expropiación judicial.....	619
1.2. La expropiación administrativa.....	621
2. Expropiación extraordinaria.....	625
2.1. Presupuestos constitucionales de validez de la expropiación extraordinaria.....	626
a) La declaración del estado de guerra exterior.....	626
b) La expedición por el Gobierno de un decreto en el que se autorice la realización de este tipo de expropiaciones con el objeto de atender los requerimientos de la guerra.....	627
c) ¿Especifica el legislador los requisitos genéricos que define el artículo 59 párr. 1 CC?.....	628
2.2. Consecuencias de la utilización de la expropiación extraordinaria.....	631
a) Consecuencias indemnizatorias de la expropiación extraordinaria.....	632
b) Consecuencias sobre la titularidad del bien afectado por la expropiación.....	634
c) Implicaciones indemnizatorias del distinto tratamiento previsto en materia de expropiaciones extraordinarias según recaigan sobre bienes muebles o inmuebles.....	636
Capítulo Sexto: La extinción del dominio.....	639
B. El significado de la extinción del dominio dentro del sistema constitucional de la propiedad.....	641
1. Algunas referencias preliminares.....	641
1.1. Antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente y en el ordenamiento legal anterior a la Constitución de 1991.....	641
1.2. La armonización jurisprudencial de la tradición en materia de extinción del dominio y de la regulación del artículo 34 párr. 2 CC.....	644
2. Perfiles de la extinción del dominio en la Constitución.....	645
2.1. Intervención en la propiedad efectuada en virtud de una potestad pública.....	645
2.2. Intervención individual y concreta.....	648
2.3. Intervención de carácter real.....	649
2.4. Intervención sobre la propiedad en sentido <i>lato</i>	651
2.5. Intervención no sujeta a compensación.....	652
3. El concepto constitucional de extinción del dominio.....	653
C. Presupuestos constitucionales de validez de la extinción del dominio.....	654
1. Las condiciones del artículo 34 párr. 2 CC como base del régimen general de procedencia de la extinción del dominio.....	656
1.1. Planteamiento general: la falta de cobertura expresa por el artículo 34 párr. 2 CC de la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.....	656

1.2. La erección del artículo 34 párr. 2 CC como base de la regulación constitucional de los presupuestos de validez de la extinción del dominio.....	657
2. La <i>causa extinctionis</i>	660
2.1. La reserva legal sobre la declaración de la <i>causa extinctionis</i> ...	660
2.2. El control judicial sobre la <i>causa extinctionis</i>	662
3. El procedimiento de extinción del dominio.....	664
3.1. El amplio margen de apreciación para la definición de los procedimientos de extinción del dominio y la regulación de cuestiones procesales generales.....	665
3.2. El más estrecho margen de apreciación en materia de estructuración de los procedimientos de extinción del dominio.....	668
3.3. La relativa libertad de configuración legislativa para determinar (cautelar y definitivamente) el destino de los bienes objeto de la extinción del dominio.....	671
4. El pronunciamiento judicial que declare la extinción del dominio sobre un bien.....	673
D. Tipos de extinción del dominio en Colombia.....	677
2. Extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición de la propiedad.....	678
2.1. Los fundamentos de la extinción del dominio por ilegitimidad del título y su autonomía respecto del proceso penal.....	680
2.2. La determinación de la <i>causa extinctionis</i> a la luz del artículo 34 párr. 2 CC.....	682
a) El enriquecimiento ilícito.....	683
a´) Aspectos generales.....	683
a´´) Desarrollo legal.....	684
a´´´) La jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	686
b) El perjuicio al tesoro público.....	688
c) El grave deterioro de la moral social.....	690
2.3. La determinación del procedimiento de extinción del dominio por ilegitimidad del título de adquisición del derecho.....	692
2.4. El alcance de la extinción del dominio por ilegitimidad del título y su límite en la obligada protección de los terceros de buena fe.....	694
3. Extinción del dominio por ilegitimidad del ejercicio del derecho de propiedad.....	697
3.1. El fundamento de la extinción del dominio por el ilegítimo ejercicio del derecho de propiedad.....	699
a) El incumplimiento de la función social del derecho y la extinción del dominio.....	699
b) Los problemas de engaste de esta figura en el ordenamiento constitucional actual.....	700

2.2. La determinación de la <i>causa extinctionis</i> a la luz de la función social de la propiedad.....	705
2.3. La determinación del procedimiento de extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.....	708
c) El desigual y constitucionalmente dudoso desarrollo legal de los procedimientos de extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho.....	709
d) El reconocimiento de la potestad que asiste a la Administración para decidir la extinción de ciertas posiciones jurídicas y la reserva judicial.....	712
2.4. Valoración global de la cuestión de la extinción del dominio del dominio por ilegitimidad en el ejercicio del derecho.....	714
CONCLUSIONES.....	715
A. En relación con el concepto de propiedad privada constitucional y su objeto.....	715
B. En relación con los tipos de propiedad constitucionalmente amparados.....	719
C. En relación con la garantía del derecho y su sistema de protección...	722
D. En relación con el contenido esencial del derecho.....	727
E. En relación con las intervenciones estatales sobre la propiedad privada.....	731
1. En punto a la delimitación del derecho.....	733
2. En punto a la expropiación.....	737
3. En punto a la extinción del dominio.....	743
BIBLIOGRAFÍA.....	749