

Ospina Fernández,* Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del negocio jurídico*, s. d.

Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I. Temis, Bogotá, 1968.

Richer, Laurent, "Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif", en: *L'actualité juridique. Droit administratif*, Editions du Moniteur, 1997.

Derecho administrativo económico

La propiedad en el Estado social de derecho colombiano

Juan Jorge Almonacid Sierra*

Introducción¹

Baudoin decía que la historia del concepto jurídico de derecho de propiedad ha sido una lucha entre el absolutismo de este derecho, del cual el derecho romano fue su mayor expresión, y el relativismo que los desarrollos económicos y las técnicas científicas han podido infiltrar en la noción casi sacrosanta de *derecho de propiedad*. Esta infiltración ha encontrado como obstáculo el apoyo consciente o inconsciente de muchos juristas que, por formación, están inclinados a conceder mayor autoridad a las ideas jurídicas tradicionales y a buscar dentro de ellas la explicación e inspiración última de la institución:

Son aquéllos a los cuales ciega el esplendor del derecho romano y amilana la reputación de notables civilistas del siglo pasado. Con esto se comprende que una parte considerable del pensamiento jurídico siga alejando conceptos sobre la propiedad que fueron dejados atrás por los cambios sociales.²

Teniendo presente esta reflexión, a continuación se presentan algunas de las transformaciones que ha tenido la propiedad a lo largo de la historia, con el fin de que sirvan de contexto para entender mejor la noción de propiedad prevista en el Estado social de derecho colombiano.

* Profesor del módulo de intervención del Estado en la propiedad y libre empresa, de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, y de Derecho Comercial, en la Universidad Nacional de Colombia.

¹ Este documento está estructurado en el acople y actualización de dos secciones de la monografía titulada "Elementos sociojurídicos para la democratización de la economía colombiana, conceptos básicos del derecho privado económico colombiano", que elaboramos y presentamos con Dabeyba Ayala Alba, Nelson García Lozada y Solangel Ortiz Mejía, en la Especialización de Derecho Privado Económico, de la Universidad Nacional de Colombia.

² Eduardo Novoa Monreal, "La evolución del derecho de propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos", en: *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1987, p. 475.

Concepción jurídica de la propiedad en el Estado liberal burgués

Hans Hatterhauer resalta que, en 1789, se proclamó en Francia la 'Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano' como visión burguesa del futuro, y que la burguesía, que ambicionaba su encumbramiento social, el poder económico y el control del poder político, hubiera estado mal aconsejada de no haber incorporado la propiedad a su programa, cosa que ocurrió en el "patético, amado y odiado, y desde entonces siempre citado artículo 17":

La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que así lo requiera claramente la necesidad pública legalmente comprobada, y bajo condición de una indemnización previa y justa.

Los términos *inviolable* y *sagrado* referidos a la propiedad constituyen el núcleo ideológico de este concepto, que se integraría en las constituciones de los siglos XIX y XX, convirtiéndose en pieza esencial del credo jurídico burgués. A los juristas les correspondería la tarea de transformar este artículo de fe en una norma jurídica práctica y manejable.³

Para cumplir este encargo, la doctrina civil clásica se inspiró en los principios romanos, razón por la cual, en el Código de Napoleón, se tomó la construcción técnica de la propiedad romana, se infundieron las ideas libertarias de la revolución y se relegaron ciertos perfiles comunitarios que acompañaron la propiedad inmueble en tiempos del medievo.

De la fuente romana se omitieron las connotaciones esclavistas y la *potestas* dominical o la facultad política que ejercía sobre los bienes el paterfamilias, como soberano supremo de la unidad política básica de la sociedad romana; de ahí que si en Roma la propiedad se concebía como un poder político del paterfamilias, bajo los principios que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII, la propiedad adquirió el estatus de un derecho inherente al individuo.

³ Hans Hatterhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil, introducción histórica-dogmática*, traducción de Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987, p. 114.

Esta doctrina liberal de los siglos XVIII y XIX caracterizó el derecho de propiedad privada como un derecho sagrado, inviolable, absoluto, exclusivo y perpetuo; características que permitían captar cualitativamente la intensidad de los poderes que se le atribuían al propietario. De estos caracteres, el más destacado, sin duda, es el de la *absolutividad*, por ser la esencia de la concepción de dominio de cuño napoleónico. Las características de exclusividad y perpetuidad son, respectivamente, las proyecciones espacial y temporal de la *absolutividad*; ya que, al ser la propiedad de carácter absoluto, requería que nadie compartiera el derecho sobre la misma cosa y que no hubiera límite de tiempo para gozar de ésta.

El carácter absoluto de la propiedad

Este carácter aparece en la definición del artículo 544 del Código Civil de Napoleón: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Por tanto, el propietario ejerce su derecho con inmunidad completa e irresponsabilidad total. Esta idea es repetida posteriormente en las legislaciones de otros países, que tomaron por base el derecho civil francés.⁴

En este artículo, la propiedad privada y el poder público, como en Roma el *dominium* y el *imperium*, tienen una naturaleza semejante: son soberanías y su régimen es el poder absoluto. El contenido de la propiedad es determinado privativamente por la homogénea y pétrea idea de la *plena in res potestas*. En Roma, el *dominus* era el poder absoluto que tenía el dueño sobre un bien patrimonial. Este dominio encontraba sustento en la *potestas* o conjunto de poderes que el jefe de la familia civil tenía sobre las personas, los bienes y los ritos religiosos privados. Específicamente, a los poderes sobre los derechos reales se les denominó *potestas dominical*.

⁴ En el artículo 362 del Código Civil de Austria de 1811 se consagró: "Como consecuencia de su derecho de disponer libremente de su propiedad, el propietario pleno puede, como regla general, hacer uso de la cosa o no hacer ningún uso de ella, a su arbitrio; él puede destruirla, transmitirla totalmente o en parte a otras personas o bien, deshacerse de ella abandonándola". En el artículo 2513 del Código Civil de Argentina de 1869 se dispuso que el propietario podía "desnaturalizar, degradar o destruir" la cosa.

En Colombia, en la Constitución del Estado libre del Socorro de 1810, en sus cánones 3 y 4, la *propiedad* fue definida así:

3. Todo hombre vivirá del fruto de su industria y trabajo para cumplir con la ley eterna que se descubre en los planes de la creación, y que Dios intimó a Adán nuestro primer padre.
4. La tierra es el patrimonio del hombre que debe fecundar con el sudor de su frente, y así una generación no podrá limitar o privar de su libre uso a las generaciones venideras con las vinculaciones, mayorazgos y demás trabas contrarias a la naturaleza y sagrado de derecho de propiedad y las leyes de la sucesión.⁵

El numeral 3 del artículo 5 de la Constitución Política de la Nueva Granada, de 1853, estableció que la República garantiza a todos los granadinos:

La inviolabilidad de la propiedad; no pudiendo, en consecuencia, ser despojado de la menor porción de ella sino por vía de contribución general, apremio o pena, según la disposición de la ley, y mediante una previa y justa indemnización, en el caso especial de que sea necesario aplicar a algún uso público la de algún particular. En caso de guerra esta indemnización puede no ser previa.⁶

En el artículo 669 del Código Civil de Colombia de 1887, el *dominio* se definió como: "El derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

El sentido último de este absolutismo consiste en reconocer el más amplio valor en todo lo relativo a la forma y condiciones en que el propietario puede ejercer sus facultades sobre la cosa que le pertenece, a la voluntad omnívora de éste. Con ello, justifica una forma de ejercicio del derecho que parece realizarse como expresión del egoísmo más absorbente.

⁵ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*. Ediciones Cultura Hispánica, 1.^a ed., Madrid, 1977, p. 302.

⁶ *Ibid.*

Según Novoa Monreal,⁷ para Josserand el derecho de propiedad puede ser considerado absoluto desde varios aspectos: en cuanto a las personas a las que puede oponerse, en cuanto a su objeto y su asiento, en cuanto a sus atributos y en cuanto a su duración. De estas especies, sobresale el de la *oponibilidad*, que se ejerce *erga omnes*, al permitir a su titular satisfacer sus necesidades sobre la cosa, sin requerir la mediación de nadie, a diferencia de lo que ocurre con los derechos relativos (de crédito), en los cuales se necesita la mediación de alguien (el deudor) para su satisfacción.⁸

Carácter de exclusividad de la propiedad

Es el carácter que muestra una mayor persistencia histórica. La *exclusividad* consiste en la facultad de rechazar cualquier intervención de terceros en el uso, goce y disposición de la cosa. No obstante ser la exclusividad una nota común al dominio y a los demás derechos reales, alcanza dentro de aquél su expresión máxima, precisamente en razón de la gran latitud que se reconoce a las facultades del propietario. Wolff y Raiser ven en este poder de excluir a otros un núcleo negativo del dominio, que hace pareja con el núcleo positivo, consistente en servirse de la cosa a su arbitrio. Una clara manifestación de la exclusividad en el dominio es el desarrollo que ha tenido en la historia la teoría del *ofendiculae*.⁹

⁷ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1979, pp. 23-44.

⁸ Los artículos 665 y 666 del Código Civil de Colombia de 1887 definen respectivamente los derechos reales y personales así: "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. [...] Derechos 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".

⁹ La teoría del *ofendiculae* es la máxima expresión de la protección de la propiedad. En el Código Penal colombiano, inicialmente, estaba considerada como una de las causales que justifica el hecho punible en los siguientes términos: "Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación, o dependencias inmediatas, *cualquiera sea el daño que le ocasione*" (artículo 29 del Código Penal) (Cursivas mías). Actualmente, el numeral 6 del artículo 32 del Código Penal, al regular lo relativo a la ausencia de responsabilidad, se dispone que: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien

Carácter de perpetuidad de la propiedad

Se fundamenta en que un señorío destinado a cesar y con carácter efímero contrasta con la plenitud de poder reconocido al *dominus*; por lo tanto, era contradictorio que este derecho en sí mismo llevara una nota de caducidad. De ahí que se afirme que la propiedad dura lo que dure la cosa, es decir, la duración de la propiedad en manos del dueño no puede ser previamente establecida con eficacia jurídica real, antes del momento en que realmente vaya a cesar de forma física.

La perpetuidad implica, también, que el dominio subsista independientemente del ejercicio que se pueda hacer de éste. El dominio, a diferencia de otros derechos reales, no se extingue por desuso, salvo si es por prescripción adquisitiva. Se piensa que una facultad plena de disposición de la cosa incluye el poder de consolidarla sin límite de tiempo y de transmitirla a los herederos. Por eso, muchos juristas insisten en que el dominio se perpetúa al transmitirse por herencia. Puede cambiar el titular, pero el derecho permanece; en el fondo, esta tesis entraña la concepción tradicional de la prolongación de la personalidad jurídica del paterfamilias en sus bienes.

Límites del dominio

Según la interpretación tradicional, los límites del dominio estaban consagrados en el artículo 544 del Código Civil de Napoleón, al decir que su ejercicio estaba condicionado a que no se hiciera "un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". En el artículo 669 del Código Civil colombiano de 1887, los límites del dominio fueron precisados con la expresión "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

Estos límites han sido entendidos como un intento de reglar el ejercicio del derecho de propiedad de diferentes propietarios, para que se llevara a cabo de manera que unos no chocaran con otros, sino que se ejercieran de manera armónica en un mismo ámbito. Los límites más importantes se referían, entonces, a los inmuebles; y se expresaban en las reglas civiles denominadas *relaciones de vecindad* (por ejemplo, derechos de servidumbres, la medianería de

rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas."

paredes divisorias, los deslindes, los derechos de luces y vistas, etc.), mediante las cuales se ordenan las relaciones entre propietarios colindantes.

El artículo 909 del Código Civil colombiano define la *medianería* como: "Una servidumbre legal, en virtud de la cual, los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse". Como se advierte, los límites a la propiedad se conciben simplemente como imposiciones externas que están dirigidas a regular los problemas de fronteras entre propiedades legítimas.

Crisis del concepto tradicional de dominio

Crisis de la absolutividad

Este carácter del dominio ha entrado en crisis a la par con el auge de tendencias que postulan la función social de los derechos. Se debe a los fisiócratas desde comienzos del siglo XVIII, y a pesar de ser una escuela económica fundamentada en la apropiación individual, el concebir la propiedad dentro de un contexto social y asignarle una función social. Así, Hector Denis, al explicar en 1881 la concepción de la propiedad de los fisiócratas, señalaba: "Las condiciones más generales que envuelven la propiedad son las necesidades orgánicas de la sociedad a los que ella debe adaptarse". Los fisiócratas presentan, entonces, la combinación de una apropiación individual aunada a una función social.

Con el correr de los tiempos y la influencia de nuevas tendencias políticas surgidas a finales del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, que combaten las bondades del individualismo a ultranza y denuncian la explotación del hombre y las injusticias sociales en el capitalismo, el concepto absoluto de los derechos y las libertades individuales comenzó a ceder ante las obligaciones sociales del Estado y de los particulares.¹⁰

¹⁰ Pese a que la función social de la propiedad es una categoría histórica que el positivismo filosófico y jurídico sistematizó en el siglo XIX, con el fin de neutralizar el movimiento socialista, hay quienes sostienen que la función social: "no es un invento de la burguesía progresista para paliar el extremismo marxista y calmar los espíritus, ya que si bien la expresión 'función social' es relativamente nueva, lo cierto es que la concepción consistente en que la propiedad plantea más obligaciones para con la sociedad que derechos en favor del titular, tiene una data antiquísima,

Al calor de estas tendencias, León Duguit proclamaba:

El propietario, es decir el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple absolutamente o la cumple mal, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.¹¹

Tradicionalmente, entre las atribuciones inherentes al dominio estaba la determinación del destino de la cosa, de manera que la fijación de su función económico-social quedaba sujeta al criterio caprichoso e individualista de su titular. Este criterio era propio de una sociedad en la cual prevalecía una concepción crudamente individualista, como la que dio a luz el Código francés de 1804.

En contraste, hoy resulta indispensable predicar la función social de la propiedad o hacer referencia a la destinación del bien que constituye su asiento, para configurarla. Por esta razón, las legislaciones actuales orientan la aplicación efectiva de los bienes a la satisfacción de necesidades acuciantes, lo que limita los poderes y facultades del propietario. Así, se advierte un avance de los ordenamientos jurídicos, especialmente del *derecho público*, sobre el destino o función económico-social de los bienes, particularmente de los inmuebles.¹²

judeocristiana por añadidura" Julio Roberto Piza Rodríguez. *La Constitución de la administración tributaria*. Cartagena, Ed. Cartagena, 1991, p. 175.

¹¹ Leon Duguit. *Les Transformations du Droit Public*. París, Editorial Paris A Colin, 1912, p. 37.

¹² La necesidad de disciplinar la ocupación del espacio territorial, debido a la exigüedad de las superficies disponibles frente a las crecientes necesidades de la población y a la incuestionable y generalizada aspiración por mejorar la calidad de vida, ha dado lugar a la fijación normativa de zonas (industriales, residenciales, comerciales, de seguridad, etc.), en la que los propietarios pueden destinar o fijar la finalidad económico-social del inmueble de su titularidad respetando la zonificación establecida desde el derecho público. En esta forma, se armonizan los intereses del dueño con los de la comunidad, pues desde que la totalidad de la legislación de urbanismo encuentra su justificación en el poder de policía, sólo es razonable insistir en que las prescripciones urbanísticas respecto de los derechos de los propietarios, revelan una genuina relación con el bienestar público y no se conciben como *arbitrarias, irrazonables o discriminatorias*. Véase a Manuel Adrogué, *El derecho de propiedad en la actualidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 155.

Sin embargo, la clásica doctrina civilista cerró los ojos ante esta evolución y no reparó en la insuficiencia del dominio para informar el nuevo contenido del derecho de propiedad. En efecto, la economía cambiaba la vida de los pueblos, y la institución jurídica fundamental, la propiedad, parecía permanecer inalterada. Ello se refleja en la negativa, por parte de los doctrinantes civilistas, de incorporar la institución de la expropiación como una figura propia del derecho civil, ya que no encuadraba dentro del tradicional esquema teórico del dominio; por ello, para mantener la coherencia teórica, se vieron en la necesidad de trasladar dicha figura al ámbito del derecho público.

Así, la expropiación por utilidad pública fue calificada desde un inicio como una *restricción de naturaleza administrativa*, perteneciente, por lo tanto, al derecho público; y dado que para la época existía la tajante separación entre derecho público y derecho privado, encontramos que la única institución de origen civilista que en verdad afectaba el carácter absoluto del dominio era la teoría del abuso del derecho. De esta manera, al exigirse el ejercicio regular de la propiedad y proscribirse el ejercicio abusivo del derecho, se comenzó a causar, con el tiempo, el debilitamiento del carácter absoluto del dominio.

En Colombia, no obstante que en 1936 la *propiedad* fue expresamente definida como: “Una función social que implica obligaciones”, la doctrina civilista nacional igualmente eclipsó los ojos ante esta metamorfosis, postura que ha mantenido, incluso con posterioridad a 1999, año en el que la Corte Constitucional declaró inexequible el adverbio *arbitrariamente*, previsto en el artículo 669 del Código Civil de 1887, con base en las siguientes consideraciones:

b) La reforma constitucional de 1936 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.

A esta tendencia política, asimilada a menudo al “socialismo de Estado”, prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que *sustituyó a la noción tradicional de derecho subjetivo la de*

función social. Expuesta de manera bastante simplificada para el propósito que hoy persigue la Corte, puede sintetizarse así: el orden jurídico encuentra su fundamento en un hecho social: la solidaridad. Eso significa que, en las relaciones de convivencia, fatales por la naturaleza social de las personas, lo que afecta a uno trasciende a los demás. Por eso, la modalidad normativa originaria del derecho es la obligación o sea el deber jurídico. El concepto de derecho subjetivo no puede construirse sin presuponer una jerarquía de voluntades que no puede sustentarse en el hecho de la solidaridad. La voluntad del titular de un derecho subjetivo aparece supraordinada a la de aquél que debe cumplir la prestación, y tal supraordinación resulta injustificada, a no ser que se establezca en función de una voluntad superior por naturaleza, dato que no es posible encontrar en el hecho social fundante del derecho. A su positivismo sociologista repugna un presupuesto de esa naturaleza, sólo entendible desde una perspectiva metafísica, incompatible con un análisis científico del derecho. La conclusión, sin duda desconcertante es ésta: “los derechos subjetivos no existen”, pues no hay voluntades particulares a las que una tal superioridad sea inherente.

En lugar de la noción de derecho subjetivo, sitúa Duguit el concepto de función social, teniendo por tal toda demanda que la vida en comunidad implica. La prevalencia de lo social sobre lo individual aparece clara e incuestionable.

Ahora bien: toda la teoría del derecho subjetivo se había construido, tradicionalmente, teniendo en mente el *derecho tipo, paradigmático por excelencia, de contenido patrimonial: la propiedad*. Analizado con criterio duguitiano, el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado, como hasta el momento lo había sido, sino un funcionario, es decir alguien que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales (prevalecientes respecto al suyo), posesión que sólo se garantiza, en la órbita individual, a condición de que los fines de beneficio colectivo se satisfagan.

[...]

La fórmula acuñada por el Constituyente de 1936, de estirpe indudablemente duguitiana fue ésta:

"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" (cursivas mías) (Acto Legislativo 1, 5 de agosto, 1936, artículo 10).

[...]

Conciliar la noción de derechos subjetivos adquiridos con la de función social es una tarea poco menos que imposible, por las razones que arriba se expusieron; pero hay que decir, en defensa del Constituyente de 1936, que aún en algunos textos de Duguit se incurre en esa inconsistencia, lo que pone de presente la dificultad que crea el prescindir de una herramienta conceptual tan útil (el derecho subjetivo), tanto al legislar como al teorizar sobre el derecho.

Lo que sí parece claro es que la orientación que cualquier lector atento advierte en el artículo transcrita, resulta incompatible con una concepción de sello marcadamente individualista, como la que se plasma en el artículo 669, enfatizada de modo particular en la palabra arbitrariamente, así se hagan esfuerzos hermenéuticos tan artificiosos como inocuos para distinguir dos acepciones: caprichosamente, o según su arbitrio y optar por atribuirle al adverbio, en ese contexto, este último significado. Cualquiera de las dos opciones mantiene la concepción individualista que subyace a la norma demandada, incompatible con la disposición de orden superior incorporada

en 1936, informada de una filosofía política construida precisamente a contrapelo del individualismo.

c) La constitución de 1991 reconstituyó a Colombia como un "Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Como lógico corolario, *la configuración del derecho de propiedad* (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), *se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social*; agregó además el Constituyente que al derecho de propiedad le es inherente una función ecológica y creó, con el mandato de que sean protegidas, y promovidas formas asociativas y solidarias de propiedad. Es pertinente transcribir en su totalidad el artículo 58 de la nueva Carta, modificado por el Acto Legislativo 1 de 1999, que abolió la posibilidad de expropiación sin indemnización, subrayando las expresiones más indicativas del nuevo rumbo.

Artículo 58. 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. 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 contencioso administrativa, incluso respecto del precio.

[...]

Es claro que el paso dado por el Constituyente de 1991 aleja aún más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora sí *de modo inocultable y considerable*, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio arbitrariamente, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra.

[...]

El asunto que debe ahora abordar la Corte es el siguiente: ¿qué importancia y qué significación tiene dejar intacto el artículo 669, tantas veces mencionado, o retirar de él aquellas partes que hoy lo hacen incompatible con la Constitución? Este problema puede aclararse aún mejor si se pregunta: ¿qué alcances tiene el mencionado artículo?

No hay duda de que en él, el legislador civil ha consignado una definición de lo que ha de entenderse por el derecho real del dominio o propiedad. Cabe, entonces, indagar por la función que las normas definitorias cumplen en un ordenamiento jurídico.

Cuando el legislador define, hace lo que, en el análisis lingüístico, se conoce como un uso estipulativo de la palabra; es decir, prescribe lo que dentro de una comunidad ha de entenderse cuando se emplea el término definido. En ese sentido, formula una directiva acerca de lo que en un determinado contexto (el sistema jurídico, en este caso), hay que tener como el significado correspondiente a un concepto, independientemente de que el mismo, desde otra perspectiva extrasistématica, pueda significar otra cosa. No informa lo que algo es, en su esencia, sino manda que, para determinados propósitos, sea tenido por tal. A diferencia de lo que hace el jurista, cuya tarea sí consiste en informar acerca del significado que a un término le ha asignado quien tiene competencia para hacerlo.

Las reglas definitorias no son obligacionales, sino meramente conceptuales. Su desconocimiento no implica la infracción de un deber, sino una falla

técnica que desvía al sujeto de la finalidad perseguida, a saber, conocer y dar cuenta cabal del significado (dentro de un sistema) de un concepto jurídico o de una institución. En palabras de Von Wright: "sólo valen como reglas prácticas para aquellos que quieren lograr un resultado determinado. (*Norma y acción, una investigación lógica*, Tecnos, 1970).

Se dirá entonces que si de ellas no se derivan propiamente obligaciones ni facultades, tan inofensivo es dejar que permanezcan en el ordenamiento como retirarlas de él por juzgarlas inadecuadas.

Pero no es así. De todo lo que anteriormente se ha expuesto se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte exemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del 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 de 1991; por ende, se deduce que el contenido del artículo 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.

A más de lo anterior, es pertinente subrayar que ciertos conceptos jurídicos definidos por el legislador cumplen una importante función simbólica, v. gr: libertad, responsabilidad, obligación, facultad, culpa, y, por tanto, suministran la clave de lo que el ordenamiento es, de la filosofía que lo informa; en este caso, *queda claro que el artículo 669 no puede simbolizar de modo veraz lo que es hoy el dominio en Colombia, por mandato del Estatuto soberano.*

La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en cuanto derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Sentencias T-506/92, T-284/94, T-554/94, T-310/95, T-440/95, T-477/96, T-245/97, T-413/97, T-414/97, T-554/98. Justamente, los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno, pues, *contrario sensu*,

ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema.

Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado.

No se excluirán del artículo demandado las expresiones "no siendo contra ley o contra derecho ajeno", como lo solicita el actor, porque ellas, precisamente, recuerdan que las potestades implícitas en la propiedad están limitadas, y no pueden por tanto, ser ejercidas según el arbitrio del titular.¹³

Crisis de la exclusividad

La prerrogativa de satisfacer las necesidades propias directamente sobre la cosa, con exclusión o apartamiento de cualquiera, es nota que caracteriza todos los derechos reales. Es consecuencia de que la sujeción de la cosa a su titular sea directa e inmediata. Sin embargo, el carácter exclusivo que tradicionalmente se atribuye al dominio presenta, como excepción, el condominio.

La principal razón que justifica la exclusividad del dominio es la singularidad del sujeto. En contraposición con esto, el condominio es el único derecho real que exige pluralidad en el sujeto; en consecuencia, las diferencias entre el dominio y el condominio no son cuantitativas, sino estructurales o cualitativas. Esta característica del condominio explica que haya recibido un tratamiento diferencial, consistente en que su condición efímera no justificaba la consolidación de una nueva institución jurídica paralela a la del dominio, ya que la partición debía ser expedita y sin demoras, y su carácter declarativo y retroactivo hacían desaparecer todo vestigio de su existencia.

El condominio fue siempre visto como una forma anormal de la propiedad. Este precepto, ligado a siglos de tradición, se funda en la justificable repugnancia de la inteligencia individualista para la admisión de un *sistema*

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-595/99, por el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1999.

plural de propiedad, ante la convicción de ser imposible un armonioso funcionamiento de la comunión. No obstante, el condominio no constituye realmente la variante plural del dominio. Esto, porque el condominio de tipo romano, organizado sobre la base de las cuotas partes ideales o indivisas, tiene un alto contenido individualista.

En Colombia, el artículo 2322 del Código Civil hace referencia al "cuasicontrato de comunidad", que es definido como la: "Comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa". Cuasicontrato respecto al cual se reconoce a los comuneros el derecho de: "pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto", y sobresale la advertencia de que ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular está obligado a permanecer en la indivisión, y la prohibición de estipularse proindivisión por más de cinco años, prevista en el artículo 1374.¹⁴

Solamente con el transcurso del tiempo, además de las manifestaciones ordinarias de la propiedad singular, se abrió paso a la posibilidad de figuras de *propiedad colectiva privada*, superando así el punto de vista histórico-jurídico tradicional, para el cual eran inconcebibles las hipótesis de propiedad colectiva, que eran mal vistas debido no sólo a la concepción individualista liberal de la época, sino, también, a la tradición románica.¹⁵

¹⁴ El Código Civil distingue entre la *comunidad sobre predio agrícola* (artículo 2330): cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía, tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho; y ninguno de los comuneros podrá inquietar a los otros en las porciones que se les señalaran. Entre la *comunidad en tierras para ganadería* (artículo 2331): cada uno de los que poseen en común un terreno a propósito para la cría o manutención solamente de bestias, puede mantener en él un número de animales proporcional a la cuota de su derecho. Y la *comunidad en bosques* (artículo 2332): cada uno de los que poseen en común un bosque, puede sacar de él la madera y la leña que necesite para su propio uso; pero no podrá explotarlo de otro modo, ni permitir a otros individuos hacer uso de tal bosque, sino con la aquiescencia de todos los interesados.

¹⁵ En las llamadas nuevas expresiones del derecho de la propiedad, que tienen por asiento los inmuebles, entre ellas la multipropiedad, los clubes de campo, los centros de compras, los parques industriales y los cementerios privados, asoma con evidencia el factor colectivo, por cuanto en todos ellos la pertenencia de la cosa de cada uno se halla inextricablemente unida a la del resto de los titulares del mismo complejo inmobiliario. Esto lleva a plantear el problema de la propiedad

Del derecho de dominio al derecho de propiedad

La elasticidad del dominio

En la crisis de los caracteres tradicionales del dominio, es importante recalcar cómo contribuyó el hecho de que, posteriormente, se le atribuyera de forma adicional el carácter de la *elasticidad*. Este carácter se refiere al fenómeno de la compresión y descompresión del dominio, producido por la constitución y extinción de los derechos reales que causan su desmembramiento. La constitución de esos derechos priva al propietario de los poderes y facultades que le corresponderían si el dominio fuera pleno o perfecto (libre de gravamen); la extinción de estos derechos menores produce el automático restablecimiento de su plenitud y perfección.¹⁸

De los límites del dominio a las limitaciones de la propiedad

Mientras en la concepción tradicional de dominio se hablaba y se admitía únicamente la existencia de *límites* que permitían y facilitaban el ejercicio armónico de este derecho, entre varios propietarios que concurrían en un mismo ambiente social; actualmente, en el nuevo concepto de propiedad, se admite que la *absolutividad* es susceptible de *limitaciones*. Por consiguiente, mientras anteriormente al hablarse de límites del dominio se entendía que éstos no constituían una carga al derecho del propietario, hoy se entiende que las limitaciones sí constituyen una carga que reduce el carácter de la absolutividad de la propiedad.

La plasticidad del derecho de propiedad

La denominación tradicional de *dominio*, ante su inminente crisis, ha sido sustituida modernamente por la de *propiedad*. No se trata de un mero cambio de palabras, sino de una profunda transformación, ya que de la rigidez del dominio se ha pasado a la plasticidad de la propiedad.

napoleónica meramente “espacial” de la propiedad, que se resiste a admitir que el asiento de la propiedad pueda constituir una cosa que pertenezca a varias personas y cuyo factor concurrencial sea determinado por la incidencia del factor tiempo. Adrogué, *op. cit.*, pp. 209-212.

¹⁸ Adrogué, *op. cit.*, p. 130.

La *plasticidad* se ha definido como la cualidad que tiene el derecho de propiedad para adaptarse en su estructura y contenido a la naturaleza y destino de las cosas que constituyen su asiento. Así, para Josserand, hoy es preciso hablar de las *propiedades* y no simplemente de la *propiedad*, ya que cada categoría de bienes implica una forma de apropiación especial para ella.

La plasticidad de la propiedad exige la superación de la doctrina tradicional del dominio, que había arrinconado este derecho en un sector del derecho privado, y, dentro de éste, en el derecho civil, atado a los caracteres tradicionales que actuaban en verdad a manera de estacas. Esta concepción cerradamente individualista era propia del capitalismo embrionario de comienzos del siglo XIX, pero no responde a los cambios operados desde entonces en la sociedad, que imponen la necesidad de un derecho de propiedad más dinámico.¹⁹

Caracteres del derecho de propiedad actual

Plenitud

La doctrina moderna, basada en el artículo 832 del Código Civil italiano, ha sustituido la nota de *absolutismo* del dominio por la de su *plenitud*. La propiedad privada, como un derecho pleno, se comprende más exactamente en cuanto se compara a aquél con los demás derechos reales, en los cuales el legislador señala determinadamente, en el caso de cada uno de ellos, las facultades que confiere a su titular respecto a la cosa. En cambio, el concepto tradicional de *dominio* abarcaba, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa, sin necesidad de una enumeración específica y exhaustiva de ellas.

Cuando se alude a la propiedad como un derecho real pleno, se quiere significar que es el derecho real *mayor* del que se derivan, sin excepción, todos los demás derechos reales; es decir, es el derecho subjetivo patrimonial de naturaleza real al que el ordenamiento le atribuye los poderes y facultades

¹⁹ Entre estos cambios importantes, se pueden señalar los siguientes: a. la mayoría de la población vive en los centros urbanos. b. Del trabajo artesanal se ha pasado al fabril de producción masiva. c. La riqueza mobiliaria desplaza progresivamente a la de carácter territorial. d. Se han acentuado los aspectos comunitarios de la vida cotidiana en las relaciones socioeconómicas. e. El aprovechamiento colectivo de los bienes es hoy en día una realidad incontrovertible.

más amplios. Cabe anotar que la medida en que se presentan los poderes y facultades, y también los derechos y limitaciones, depende de la naturaleza del objeto a que se refiere y a su destinación económico-social.

Autonomía

Al ser la propiedad un derecho mayor y el único verdaderamente pleno de ellos, no puede ser otra cosa que un derecho autónomo. La autonomía significa una existencia independiente de otro derecho, en el sentido de que no descansa, sino sobre sí mismo. Su vinculación con otro derecho patrimonial se establece, de ordinario, desde una posición subordinante, de manera que podrá ser el soporte de un derecho personal o de un derecho real de menor entidad.

Diversificación

La institución de la propiedad ha evolucionado acompañando los procesos de cambio de la humanidad, mediante una progresiva fragmentación, en la cual, conservando la unidad institucional, va segregando subtipos que responden a necesidades sociales que no pueden ser ya satisfechas mediante los viejos esquemas dogmáticos, rígidos y simplistas de la concepción de dominio.

La propiedad, en el siglo XX, sufrió profundas transformaciones que se patentizan en dos fenómenos principales: por una parte, diversos estudios registran un deterioro progresivo del modelo clásico de la propiedad, hasta comprobar que se van perdiendo sus caracteres, precisamente, en las realidades institucionales en las que se había visto su mayor y más decidida expansión; y, por otra parte, se enriquecen las posibilidades de utilización de las técnicas dominicales en direcciones que eran impensables.²⁰

Estas comprobaciones han puesto de manifiesto la polémica actual entre unidad y pluralidad, en materia de derecho de propiedad. La verdad es que la unidad no existió nunca, porque aun en los viejos tratados de derecho se dedicaba un capítulo a las *propiedades especiales*, en las que se incluían las aguas, los montes, las minas y los derechos de propiedad intelectual e industrial. No se determinaba

²⁰ Stefano Rodota, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civita, 1986, p. 33.

si estas materias pertenecían al derecho civil o al derecho administrativo, en todo caso, presentaban "algo de anómalo" y por eso eran *especiales*, porque no se ajustaban al esquema de la verdadera propiedad. Esta última había sido construida sobre un arquetipo que se derivaba de la propiedad inmobiliaria romana y que se postulaba como abstracto e intemporal; idóneo para acoger, en igual sentido, desde un latifundio hasta una caja de cerillas o un par de zapatos.

Por el contrario, la idea de la *multiplicidad* trata de romper con este esquema, ya que sostiene la desintegración del concepto unitario y la diversificación de los regímenes jurídicos de la propiedad. El concepto unitario de propiedad abre paso, así, a la idea de diversidad de propiedades, ya que, según la naturaleza del objeto, la situación jurídica habrá de tener un contenido diferente y, por ende, un régimen de limitaciones particulares.²¹

A lo largo de la historia, es clara la tendencia que pretende abarcar la comprensión de las diferentes formas de propiedad, reduciéndolas a los caracteres de *absolutividad*, exclusividad y perpetuidad que caracterizaron la noción clásica de dominio derivada de los bienes inmobiliarios. Sin embargo, son estas formas *especiales* de propiedad las que, en mayor medida, han sufrido recientemente profundas transformaciones, debido a los avances tecnológicos, la globalización de la economía y la presión de los intereses económicos de poderosas empresas transnacionales. Todos estos factores conducen a que sean estas *propiedades especiales* las que pierdan más fácilmente los caracteres de absolutividad, exclusividad y perpetuidad que se les intenta atribuir desde la óptica de la noción clásica de dominio.

La propiedad en el Estado social de derecho colombiano

Toda concepción económica gira alrededor —y tiene como fundamento— el régimen de propiedad. La manera de concebir por el ordenamiento político y

²¹ Basta escudriñar la realidad de nuestros días, para advertir que más allá del desgajamiento sufrido por el derecho civil, en el que los inmuebles dieron lugar a la formación del derecho agrario o rural, al derecho de urbanismo, al derecho de los recursos naturales; y las cosas muebles al derecho aeronáutico, del automotor, de animales de pedigrí, etc., lo cierto es que el contenido de la propiedad no es ya más determinado privativamente por la homogénea y pétreas idea de la *plena in re potestas*. Adrogué, *op. cit.*, p. 107.

jurídico, la existencia, el reconocimiento, la protección y las finalidades de la propiedad es lo que determina y condiciona el perfil de la economía de una sociedad y, por ende, su estructura política y el rol del Estado frente a los diferentes componentes sociales. Es por ello que, como dice Gerardo Molina: "Una constitución es lo que dice sobre la propiedad", y lo cierto es que la Constitución de 1991 estableció numerosos e importantes principios sobre este tema tan trascendental, los cuales se sintetizan a continuación.²²

Principios garantistas que operan sobre el derecho de propiedad

En el artículo 58 se consagra: "El presupuesto infraestructural iuscivilista del reconocimiento de la propiedad privada", como piedra angular de la economía capitalista. Este derecho abarca todos los derechos patrimoniales de una persona; esto es:

Los que recaen sobre cosas y los bienes, entendidos éstos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental [...]. Que ello es así lo ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Ley 16 de 1972) la que prescribe [...] que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. (Sentencia T-488/92)

La Carta de 1991 igualmente consagra, reconoce y protege diferentes tipos de propiedad: a. la propiedad pública se encuentra ampliamente reglamentada (artículos 63, 72, 75, 101, 102, 267, 300, 329, 332, 362, etc.), con principios como la imprescriptibilidad e *inembargabilidad* de sus bienes; la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales en cabeza de la nación; la propiedad exclusiva de las entidades territoriales goza de la misma garantía de la propiedad privada; la obligación estatal de readquirir de los particulares

²² En 1996, un estudio destacó que el 7% del articulado de la Constitución Política de 1991 se dedica directamente al tema de la propiedad. En dicho trabajo se resaltan y clasifican de diversa manera los 26 artículos constitucionales dedicados a este tema. (Juan Manuel Ospina, "Modernización y competitividad en el sector agropecuario", en *Apertura Económica*, Bogotá, No. 69, enero-febrero de 1996, pp. 135-196).

el patrimonio cultural de la nación, etc.²³ b. La propiedad colectiva, cuando se refiere a los resguardos indígenas y a las que señale la ley para las comunidades negras (artículos 329 y 55 transitorio). c. A la propiedad solidaria, necesaria a la economía solidaria (artículo 333), se le otorgó garantías constitucionales, al reconocerse como una alternativa al crecimiento productivo, mediante organizaciones que excluyen el ánimo indiscriminado de lucro (ejemplo, cooperativas y empresas comunitarias). Esta propiedad, no obstante de quedar en igualdad formal frente a otras formas de propiedad, como la privada y la estatal, deberá contar con una promoción especial por parte del Estado. d. La propiedad privada, dentro de la cual se consagra expresamente la propiedad intelectual (artículos 61 y 150).

No obstante este reconocimiento, es fundamental recalcar que la propiedad privada quedó consagrada de manera especial en el título "De los Derechos Sociales Económicos y Culturales", esto implica que este derecho no se encuentra catalogado como un "derecho constitucional fundamental". La disquisición sobre la ubicación del artículo que consagra el régimen de propiedad, que podría parecer necia o inútil, es, sin embargo, de gran trascendencia, especialmente en cuanto a la aplicación de ciertas garantías y mecanismos de protección creadas por la misma Carta, que sólo tienen aplicación en relación con los derechos constitucionales fundamentales.

La posición jurisprudencial del Consejo de Estado le desconoce a la propiedad la calidad de fundamental, porque no aparece contenido en el capítulo relativo a los derechos constitucionales fundamentales de la Carta Política. Ello implica, por ejemplo, que no la considere tutelable. Esta interpretación contrasta, en parte, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha reconocido que la propiedad no puede ser concebida siempre como un derecho de carácter fundamental, pues considera que aunque no sea imperativo entender siempre el derecho de propiedad como un derecho

²³ A raíz de la Constitución de 1991, el principio de la libre disposición por actos entre vivos sufre cierta restricción, al ampliarse la gama de bienes que son inalienables e inembargables, pues antes sólo el patrimonio de familia gozaba de dichas protecciones; hoy, esta protección se extendió al patrimonio cultural, artístico y monumental de la nación, y a los demás bienes que señale la ley, que, en todo caso, son imprescriptibles.

fundamental, si de él se derivan derechos en sí mismos fundamentales de rango constitucional, se debe examinar también este derecho como un derecho fundamental de acuerdo con su contenido (sentencias T-506/92, T-188/93, T-35/94, T-095/94, T-135/94).

Al respecto, es importante evidenciar el tratamiento que se le ha dado a la propiedad en los derechos humanos. En la 'Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano', de 1789, se ponía la propiedad como uno de los *derechos naturales e imprescriptibles*, al señalar que su conservación es "el fin de toda asociación política".

Aquí se manifiesta la concepción tradicional de la propiedad en una época en que el triunfo del individualismo lleva a asignar a cada ciudadano un ámbito reservado de decisión, dentro del cual opera con plena autonomía. De forma contraria, en la 'Declaración universal de los derechos humanos', en el artículo 17, se estableció: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual o colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". Aquí ya no se habla del derecho de propiedad, sino del derecho a la propiedad, lo que implica un vuelco total, porque ahora lo fundamental es propugnar porque todo hombre tenga acceso a la propiedad, lo cual es más importante que dar una garantía a los actuales poseedores de que su derecho no será perturbado, que era lo que hacía la declaración de 1789. La fórmula también sobrepasa el ámbito de la propiedad privada, que anteriormente era la única considerada y asegurada, ya que introduce la distinción entre la propiedad individual y la colectiva; la primera de ellas es la que estrictamente se conoce como propiedad privada.

Sin duda, este contexto internacional es de suma importancia para conceptualizar la propiedad privada en Colombia. En efecto, la posición ideológica consistente en pensar que el derecho a la propiedad no es ya el viejo privilegio individualista de la primera carta de derechos humanos producido por la burguesía triunfante, sino la facultad de acceso a los bienes con características sociales que favorece a la colectividad, es lo que le dio patente a nuestro constituyente para ubicar la propiedad privada entre los derechos humanos de la segunda generación.

Principios correctores que operan sobre el derecho a la propiedad

Principios correctores-limitantes del derecho a la propiedad

a) La función social de la propiedad

El artículo 58 de la Constitución, en lo esencial, conserva la concepción du guitiana de que *la propiedad no es el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza*, introducida a nuestro ordenamiento constitucional de 1936. No obstante, la adopción de este criterio no fue unánime, ya que algunos constituyentes en posición minoritaria quisieron rescatar la fórmula de que la propiedad *tiene o implica* una función social:

Si se garantiza la propiedad a título de derecho [...], esto es, como una facultad que se desprende naturalmente de la condición humana para usar, disfrutar y disponer de los bienes que tienen la virtualidad de dar satisfacción a las propias necesidades, *no pueden simultáneamente asignársele en la misma norma el carácter de una función*, que ésta no es otra cosa que una actividad de obligatorio cumplimiento para el logro de fines que no son propios [...], la propiedad, como todo derecho reconocido por el ordenamiento jurídico ha de ejercerse conforme a un elevado y positivo sentido de la responsabilidad social. Es por ello importante y, aun necesario, establecer expresamente que "impone", "implica" o "tiene" implícitas obligaciones para con la sociedad; pero no se ve justificable definirla en sí misma como una función, pues con ello ningún problema queda resuelto y "antes bien, se mantiene vigente una ostensible incongruencia".²⁴

Esta posición recogió nuevamente el viejo debate conceptual y gramatical acerca de la expresión "la propiedad es una función social que implica obligaciones", que se dio a raíz de la reforma constitucional de 1936. En aquella época eran procedentes las siguientes preguntas: ¿el derecho es incompatible

²⁴ Gaceta de la Corte Constitucional, núm. 46, p. 9.

con la función y la obligación?, ¿estaba de más o sobraba agregar a la *definición* del derecho como función social, aquello de "implica obligaciones"? Respecto a este debate Fernando Hinestrosa afirma:

Los términos de la Constitución de 1886 propiciaban el enfoque exegético de tal debate: derechos adquiridos, justo título, expectativas, situaciones jurídicas concretas o en proceso de consolidación (Bonnecase, Gény): el paraíso de los civilistas, función, deberes sociales, etc., El falso purismo, ora jurídico, ora semántico, farisaico en buena medida, ha sido harto nocivo en nuestro país: ha obstaculizado (*¿absteneado?*) la aplicación de las normas y desacreditado las instituciones [...]. De lo que se trataba era de sentar el principio de que no es posible o admisible o lícito el ejercicio arbitrario, incontrolado, egoísta de ningún derecho, comenzando por el de dominio y eso se logró.²⁵

Frente a la posición minoritaria señalada, la Asamblea sostuvo lo siguiente:

Debe superarse la discusión sobre la inflexión "es", "debe ser", "tener", etc., que tanta polémica creó en la reforma de 1936. Pensamos que lo más importante es saber qué se entiende por función social [...], tal vez, para concretar, debemos corregir o aclarar el término de función social desde lo excluyente: *la propiedad nada tiene que ver con la función social si es monopolística, si es improductiva, si aumenta riqueza para unos y empobrece a otros.* De esa definición por exclusión viene la positiva: la función social en la propiedad no se reduce a que los llamados dueños del capital, como propietarios que son, ofrecen trabajo [...] ¡No! No es eso, al menos únicamente. Tampoco se reduce al carácter social de la producción, que es otra cosa [...]. No. La función social, en relación con la propiedad encierra-

la solidaridad, legitima la expropiación, cuando el interés social lo exige aun sin indemnización, permite la participación de todos en los frutos recogidos, no discrimina derechos de acuerdo a las riquezas.²⁶ (Cursivas mías)

Así, la Constitución, además de consagrar la inviolabilidad del derecho de propiedad, contempla, también, su delimitación, mediante la función social de ésta. De este modo, el contenido normativo de la Constitución acoge y reafirma las nuevas tendencias que limitan el carácter absoluto del concepto tradicional de dominio, y le asigna una prevalencia al concepto de la función social en el ejercicio del derecho de propiedad.

La función social consagrada en la Constitución se manifiesta, por tanto, en primer lugar, como falta de atribución al propietario de determinadas facultades; en segundo lugar, como un conjunto de condiciones que se establecen para el ejercicio de las facultades atribuidas a éste; y, finalmente, como obligación constitucional vinculante de ejercer determinadas facultades atendiendo a cierto tipo de modalidades señaladas. En otras palabras, la función social de la propiedad:

Introduce *exigencias* de orden social que gravitan sobre las titularidades privadas, lo que no puede considerarse excepcional y externo al derecho de propiedad, sino por el contrario connatural a éste e incorporado a su núcleo esencial [...] [si no fuera así] resultaría paradójico y hasta lógicamente矛盾itorio que la Constitución de un Estado social de derecho prohibiera la limitación del derecho de propiedad cuando ella se cumple en aras del interés común.²⁷

No comprender lo anterior fue lo que llevó a que cinco años después del desarrollo jurisprudencial de la Constitución de 1991, se siguiera afirmando, equívocamente, lo siguiente:

²⁵ Fernando Hinestrosa, "El derecho de propiedad en la Constitución", en: *Constitución económica colombiana*, Bogotá, Findeter, Colección Derecho Económico y de los Negocios, 1996, p. 156.

²⁶ *Gaceta de la Corte Constitucional*, 25 de mayo, 1991, pp. 5-6.

²⁷ Sentencias T-295/93, T-422/93.

En nuestro ordenamiento, las limitaciones al derecho de propiedad, bien sea éstas en razón del interés público, o en razón del interés privado (cuando el propietario establece gravámenes a su propiedad), deben considerarse como excepciones a la regla general y, en consecuencia, su interpretación será siempre restrictiva.²⁸

Del mismo modo, a afirmar que es incomprendible que la Constitución dedique más espacio a la expropiación que al postulado conforme al cual se garantizan la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes; a alertar contra el peligro que constituye adoptar una definición suficientemente amplia de los que serán los motivos de utilidad pública y de interés social que dan lugar a la expropiación; a señalar que es muy grave que el Estado no tenga que compensar plenamente al propietario, ya que la indemnización previa deberá fijarse al consultar no sólo los intereses del afectado, sino, también, los de la comunidad, y, finalmente, a criticar duramente que las razones de equidad, utilidad pública o interés social que sirvan como fundamento a la expropiación no puedan ser controvertidas judicialmente.²⁹

Estas posiciones se producen porque se escinde del núcleo esencial del derecho de propiedad su aspecto garantista, de las limitaciones que actúan sobre él.

b) La función ecológica de la propiedad

El siglo XX ha mostrado la importancia que representa la interdependencia del hombre con su entorno. El derecho ya no se limita a reglar los asuntos de la propiedad, ni las relaciones entre partes iguales, ni de los particulares con el Estado. La evolución del derecho ha puesto de presente el gran significado que tiene la relación de los seres humanos con el ámbito en el que habitan. El ambiente ha quedado inserto en forma prioritaria dentro de dicha evolución. La presente centuria, con sus guerras, sus avances científicos y tecnológicos, su explosión demográfica, su ambición depredadora, ha sido motivo para

que el ambiente, antes imperecedero, sea hoy un bien escaso, y con amplias posibilidades de desaparecer. Bajo este planteamiento, el interés por su protección es incuestionable.³⁰

En Colombia, el Constituyente de 1991 estableció una Constitución altamente sensible a esta realidad. En efecto, la Constitución incorpora más de 30 artículos, cuyo contenido, en buena parte, obliga al Estado colombiano a proteger la diversidad e integridad del ambiente. La Corte Constitucional ha puesto de presente que de la lectura sistemática, axiológica y finalística de la Constitución de 1991 se desprende la existencia de una Constitución ecológica; es decir, el alto tribunal, en la Carta, reconoce el medio ambiente como un valor jurídico independiente y autónomo.³¹

Dentro de este *contexto* es que debe entenderse el tratamiento que le da la Constitución de 1991 a la propiedad, al establecer que una característica inherente a ella es la función ecológica que debe cumplir:

La dimensión ecológica de la Constitución como norma de norma que es (CP art. 4), confiere un sentido totalmente diverso a todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Éstos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economicista, o con criterios cortoplacistas, como se hacía antaño, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución, y en particular conforme a los principios del desarrollo sostenible.³²

c) La expropiación

La forma forzada tradicional de privar a un particular de sus bienes por razón de utilidad pública, que es la expropiación, ha visto modificado su carácter en el contexto internacional. Actualmente, ya no es la forma negativa de asegurar la plena inviolabilidad de la propiedad privada; hoy no se tiene por un requisito de ella el que se otorgue una indemnización previa y

²⁸ Velilla, Marco Velilla. *Reflexiones sobre la constitución económica colombiana*. Bogotá, El Navegante Editores, 1997, p.98.

²⁹ Urrutia Valenzuela Carlos, 1996, s. d.

³⁰ Gaceta del Congreso, núm. 108, 996, p. 12.

³¹ Sentencia T-411/92.

³² Sentencia C-058/94.

plena, equivalente al valor total del daño que experimente el desposeído. Numerosos textos constitucionales y legales muestran esta pérdida de rigor de la expropiación por causa de utilidad pública.

Ya la Constitución de Weimar admitía una indemnización puramente "prudencial", o sea "no necesariamente total". En la Constitución de la Alemania Federal se satisfacía con el pago de una indemnización que considere "equitativamente tanto los intereses de la colectividad como los de las personas interesadas". Prefiere, de ese modo, introducir una moderación notoria al principio finisecular de una indemnización que permitiera reparar la totalidad del perjuicio del propietario privado, único centro de atención y única fuente y fundamento, entonces, de esa indemnización.

En las constituciones de Italia y España se han eliminado de la indemnización que reclaman para los casos de expropiación, la exigencia de que sea previa y cualquier otra calificación de ella que suponga la necesidad de una indemnización necesariamente integral.

En este contexto, puede tenerse por extinguida, en consecuencia, esa mecánica del sistema expropiatorio que imponía un exacto equilibrio entre el valor del perjuicio sufrido por el propietario privado y el monto de la indemnización que se le debía pagar, y que exigía, además, que ésta le fuera pagada anticipadamente.³³

³³ Novoa Monreal, *El derecho de propiedad privada*, op. cit., pp. 207-207. Para comprender de mejor forma las posiciones de diversos países frente la expropiación, es importante mirar cómo está conceptualizada actualmente en un grupo representativo de países de corte liberal: a) en Estados Unidos, el texto constitucional no exige que la expropiación sea decretada por un juez, ni que la indemnización sea previa. Los únicos criterios constitucionalmente requeridos para la expropiación de un inmueble son: su destinación al uso público y la existencia de una compensación justa. Existe un procedimiento denominado *quick taking* en el ámbito federal, con el objeto de agilizar el procedimiento. En este caso, se concreta la transferencia de dominio con la sola presentación de la declaración de expropiación, acompañada del depósito de la suma que se considera una justa indemnización. b) En Gran Bretaña, la decisión de expropiar puede ser adoptada por el Parlamento respecto a toda una porción del terreno, dejando la posibilidad de acudir a los jueces para evitar arbitrariedades. El método usual tiene dos etapas: en la primera, se expide una ley que autoriza la expropiación para un fin particular; en la segunda, mediante acta expropiatoria, firmada por un ministro o secretario de Estado, se particulariza el terreno que se necesite. c) En Francia, pese a que la propiedad es considerada como un derecho no sólo inviolable, sino "sagrado", la expropiación se tramita por vía administrativa, sin excluir el control judicial de las decisiones gubernamentales. Sin

En los órganos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se aprecia también esta tendencia, cuando en sus resoluciones se aparta del sistema de la *hull formula* para la determinación de la indemnización y pasa a un sistema en el que le permite al Estado expropiador determinar la indemnización según las circunstancias.³⁴

Dentro de este contexto, el Constituyente colombiano de 1991 realizó un nuevo intento por lograr que la expropiación se desprendiera de los absorbentes criterios de la justicia retributiva, que, tradicionalmente, han primado sobre esta figura en el país, para buscar, una vez más, que pudiera enfocarse su funcionamiento hacia la justicia redistributiva y hacia la satisfacción de intereses colectivos en cumplimiento de la función social de la propiedad; es decir, reconociendo el carácter político de la expropiación para adelantar programas sociales antes que su inviolabilidad jurídica. Así, en la Asamblea Constituyente ya se señalaba la inocuidad y la inequidad del sistema de expropiaciones que ha prevalecido en el país:

embargo, la intervención del juez se orienta más a una actuación de tipo administrativo y no a un verdadero proceso judicial. d. En España, desde la Constitución de 1931 se suprimió el requisito de que la expropiación se efectuara por "mandato judicial". Se difiere al legislador determinar inclusive el contenido del derecho de propiedad. Y el inciso final del artículo 33 de la Constitución de 1978 permite la expropiación tanto de bienes como de derechos. *Gaceta del Congreso*, núm. 165, 16 de junio, 1995, pp. 7-8.

³⁴ La modalidad de indemnización por causa de expropiación dentro de lo que se conoce como la *hull formula* estuvo incorporada en la Resolución 1803 (XVII) de 18 de diciembre de 1962, debido a la gestión de los países exportadores de capital. Según esta fórmula, la indemnización justa era aquella que reuniera los siguientes requisitos: ser adecuada (*appropriate*), pronta (*prompt*) y efectiva (*effective*). Se considera que la expropiación es pronta cuando es pagada por el Estado sin demoras indebidas, término que dependerá, en últimas, de las circunstancias específicas y la capacidad de pago del Estado expropiador. Se considera que la indemnización es efectiva cuando el pago se realiza en divisas libremente negociables y exportables de forma rápida y flexible. Respecto a que la indemnización sea apropiada o adecuada se considera que tal requisito se cumple cuando el pago es integral, es decir, equivalente al valor comercial o real de los bienes expropiados al momento de la desposesión. Sin embargo, frente a esta modalidad de indemnización las Naciones Unidas en la Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, se pronunció en el sentido de que la indemnización por causa de expropiación "debería" ser pagada por el Estado expropiador: "teniendo en cuenta sus leyes y todas las circunstancias que juzgue pertinentes". Esta corriente representa la tendencia dominante más reciente de la opinión internacional.

La manera más eficaz de ver y entender los casos, es teniendo vivencias de ellos. Por eso, la función social, se prueba en su práctica, la cual da como resultados, entre otros, la expropiación. No obstante introducirse tres (3) clases de "expropiaciones" en la reforma del 36, éstas no son tales, de ahí que las coloquemos entre comillas, en son de advertencia. Se han desarrollado como ventas forzosas, por un lado y, por otro, compra forzosa, hasta el punto que puede ser un gran negocio "expropiar" y ser "expropiado". No queremos recordar hechos repugnantes de corruptela, en cuanto a la ejecución de las "expropiaciones" con indemnización previa y con indemnización posterior. Aun la llamada sin indemnización, pero por motivos de equidad, presenta una contraprestación, que se cristaliza en la valorización del predio. Luego debe impulsarse la expropiación como práctica de una cierta función social de la propiedad [...]. En caso de indemnización, ésta podría darse de acuerdo con las necesidades del propietario y sus riquezas, pero se deben ampliar los medios de pago, con la posibilidad de la compensación, a nivel de impuestos hacia el futuro.³⁵

En este orden de ideas, el artículo 58 de la Constitución colombiana estableció las formas de expropiación, que, a no ser por la muy controvertida consagración de la posibilidad de que ella pueda hacerse en ciertos casos sin la participación del juez, es decir, por vía administrativa, no presenta, aparentemente, frente a la normatividad anterior, mayores transformaciones. Sin embargo, un cuidadoso análisis de los textos constitucionales permitirá concluir que, efectivamente, son profundos y de gran alcance los cambios introducidos al concepto de expropiación que establecía la Constitución vigente desde 1936.

En efecto, fue voluntad directa y expresa del Constituyente modificar de manera radical el sistema de expropiaciones.³⁶ Así, por ejemplo, para definir el monto de la indemnización, que en la anterior Carta Política sólo traía la calificación de que debía ser previa, ahora se le adiciona la condición de que

ésta se fijaría "consultando los intereses de la comunidad y del afectado"; con esto, por mandato constitucional, queda expresamente extinguido en nuestro país el mecanismo expropiatorio finisecular, que imponía un exacto equilibrio entre el valor del perjuicio sufrido por el particular expropiado y el monto de la indemnización que se le debía pagar, ya que, al involucrar la opinión de la comunidad, es muy posible que en virtud de estos intereses se considere que la indemnización no deba ser plenamente aritmética.

Así mismo, la expropiación puede operar ahora no solamente sobre inmuebles, sino que, además, puede ser aplicada a otras formas y modalidades de la propiedad, como es el caso de los bienes muebles y de todo tipo de valores económicos. Igualmente, se abrió la posibilidad de que la expropiación se realice por la vía administrativa. Y respecto a las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social invocados por el legislador, expresamente el Constituyente prohibió que pudieran ser controvertidos judicialmente. A continuación se explican en cada una de las modalidades de expropiación.

a. La expropiación por vía administrativa

El Constituyente de 1991 mantuvo la institución jurídica de la expropiación, como límite del derecho a la propiedad, condicionada a motivos de utilidad pública y en defensa del interés general, pero, además, introdujo un nuevo elemento sustancial que refuerza la idea de la prevalencia del interés público y el compromiso social adquirido por la Carta Política. El nuevo mecanismo desconocido en nuestro régimen —que, según lo advierte el propio constituyente, permitirá agilizar y hacer más efectivo el trámite de expropiación— posibilita la expropiación por vía administrativa,³⁷ previa definición legal de los casos en los que procede y mediante un procedimiento administrativo, regidos por las reglas constitucionales del debido proceso y

³⁵ *Gaceta Constitucional*, núm. 82, p. 6.

³⁶ Guillermo Chahín Lizcano. "Reflexiones acerca de la justicia colombiana", en *Hojas Universitarias*. No. 3, vol. 4. enero-mayo de 1994, p. 106.

³⁷ Según el magistrado Antonio Barrera Carbonell: "La expropiación *administrativa*, no es otra cosa que el reconocimiento, en cabeza de la Administración, del poder jurídico para decidir a través de un acto *administrativo* motivado, mediante la aplicación del derecho en un caso concreto, que existen los motivos de utilidad pública e interés social definidos por el legislador, que legitiman y justifican una expropiación y regulan el monto de indemnización que debe pagarse al expropiado y la forma de pago" (cursivas mias).

del derecho de defensa. El constituyente pretende únicamente que, por vía administrativa, se adelante una expropiación, la cual, mediante un trámite jurídico, público y breve, previa indemnización económica, responda a los motivos de interés social y de utilidad pública.

Este nuevo mecanismo, como era de esperarse, creó una polémica muy interesante; hay quienes fueron partidarios de su existencia, pero referida o limitada a los casos de propiedad de los bienes inmuebles,³⁸ y hay quienes no quieren verla formando parte del texto constitucional. Por ello, rápidamente se ha planteado, por parte de algunos sectores políticos y económicos, la necesidad de introducir una reforma a la Constitución de 1991, respecto a este aspecto. Esto se explica, por el hecho de que viniendo de un Estado liberal, en el cual, por definición, se garantiza y se protege el derecho a la propiedad privada y donde los mecanismos de expropiación son aplicados de manera excepcional, y luego de una compleja e intrincada tramitación, aparece poco comprensible que un derecho subjetivo de la raigambre de la propiedad pueda ser restringido de una manera tan expedita. Tanto es así que, en Colombia, hasta el 5 de julio de 1991, para que se pudiera decretar una expropiación tenían que intervenir las tres ramas del poder público. En cambio, la expropiación por vía administrativa contemplada en la nueva Carta sugiere una tramitación mucho más expedita, que excluye, en principio, la participación del juez en dicho proceso:³⁹

³⁸ Desde 1991, el Congreso ha intentado expedir en varias ocasiones, sin éxito, la ley por la cual se fija el *procedimiento* para la expropiación por vía administrativa. El último proyecto aprobado (214 de 1995, Senado) se refería exclusivamente a la expropiación de bienes inmuebles, y recalca que estas normas eran de aplicación e *interpretación* restrictiva. Igualmente, reducía la utilidad pública y el interés social a tres aspectos taxativos: las reformas agraria y urbana y la construcción de obras públicas. Respecto a la reforma urbana, el proyecto de ley 52 y 95 de 1995, del Senado, establece que existen motivos de utilidad pública o de interés social para expropiar por la vía administrativa los inmuebles que se requieran para adelantar proyectos de: a) construcción de infraestructura social en los sectores de salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana. b) Vivienda de interés social. c) Producción, ampliación, *abastecimiento* y distribución de servicios públicos domiciliarios. d) Infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo. e) Preservación del patrimonio cultural. f) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente (*Gaceta del Congreso*, núm. 337, agosto, 1996, p. 11).

³⁹ Chain, *op. cit.*, pp. 108-109.

El proyecto de articulado cambia el sistema actual que ordena el trámite por la rama jurisdiccional. Es un cambio sustancial, por cuanto la expropiación sería más expedita, lo que quiere decir que la voluntad política de las mayorías se vería expresada en realidades sociales por la sola decisión de quienes reciben un mandato que impliquen este tipo de procedimientos para convertirse en realidad [...]. Si esas mayorías representadas en el ejecutivo y en el parlamento tienen en el programa con el que ganaron el respaldo popular, por ejemplo, planes de reforma agraria, podrán aprobar la ley respectiva y luego proceder con agilidad a la obtención de los predios necesarios mediante trámites administrativos que están en sus propias manos.⁴⁰

b. Procedimientos *ad hoc* para la expropiación por vía administrativa en los estados de emergencia

A la Corte Constitucional no le resulta extraño que se puedan establecer uno o varios regímenes específicos para adelantar la expropiación por vía administrativa, tanto como no lo es la inclusión de varios regímenes de expropiación por vía judicial, dependiendo, por ejemplo, del tipo de propiedad de que se trate o de la naturaleza de los bienes objeto de la expropiación o de su ubicación.

Tampoco le resulta extraño a la Corte que el ejecutivo nacional, en desarrollo de la institución de Estado de emergencia (artículo 215 de la Constitución Nacional), actúe como legislador de excepción, y establezca el régimen que corresponda para señalar el procedimiento de la expropiación por vía administrativa aplicable a los casos en que ella debe adelantarse; pues, precisamente, estos regímenes constitucionales están previstos para asegurar al poder ejecutivo atribuciones precisas, que le permiten dictar decretos con fuerza de ley, para atender con sus previsiones la situación que genera la emergencia, y nada se opone a que dentro de los restantes límites constitucionales así lo decreten.

⁴⁰ Gaceta Constitucional, núm. 48, 13.

Desde luego, no es recomendable que proliferen disposiciones *ad hoc* para situaciones y asuntos tan delicados; empero, la Constitución Nacional no repudia ni sanciona dicha competencia y ni siquiera permite afirmar que exista un límite implícito para el Gobierno Nacional durante el régimen de Emergencia.⁴¹

La Corte, al declarar constitucional el Decreto 1185 de 10 de junio de 1994,⁴² en el cual se establece un procedimiento especial para la expropiación por la vía administrativa y se introduce la "negociación directa",⁴³ sostuvo que este procedimiento *ad hoc* encuentra su sustento ético-jurídico en el hecho de que la declaración de utilidad pública y de interés social del decreto se apoya en los principios constitucionales del Estado social de derecho, en los de la solidaridad de las personas que integran la República y en la prevalecia del interés general.

Estas medidas también son desarrollo de los fines esenciales del Estado, como los de servir a la comunidad y los de asegurar la vigencia de un orden social justo, puesto que, mediante la adquisición de los bienes, se pretende lograr, a la mayor brevedad, la atención de las personas afectadas por la calamidad.

⁴¹ Sentencia C-370/94.

⁴² En desarrollo del Estado de emergencia por *calamidad* pública, el gobierno nacional expidió el Decreto 1185/94, por medio del cual desarrolla el inciso 4 del artículo 58 de la Constitución Política, al establecer reglas en *materia* de expropiación por vía administrativa que permitan la rehabilitación, reconstrucción y solución de los efectos de la calamidad pública que se presentó en varios municipios de los departamentos del Huila y Cauca.

⁴³ La negociación directa es una etapa previa y necesaria para adelantar la expropiación por vía administrativa, desarrollada en forma directa entre la administración y el titular del inmueble. Esta actuación debe estar dirigida, en todo caso, al cumplimiento de los expresos y precisos fines establecidos en el decreto, lo cual descarta su uso para otros cometidos públicos, so pena de nulidad por desviación de poder y, si es el caso, por falsa motivación. La negociación directa se constituye en una actuación ineludible por la administración, y en ella se manifiesta el interés público; por tanto, se da oportunidad al propietario y a los titulares de los derechos reales para que, en su caso, se manifiesten en cualquier sentido sobre la intención de la administración de desplazarlos de la *propiedad inmueble* para la atención de los fines de la utilidad pública y de interés social establecidos en la ley; en esta etapa no existe alteración en la propiedad, distinta de la inscripción de la oferta en la oficina de registro de instrumentos públicos, lo cual, *por un breve término, saca del comercio a los bienes objeto de oferta*.

d) Extinción del dominio por el incumplimiento de la explotación económica de la propiedad

Según la Corte Constitucional, la extinción del dominio, en su concepción original, resulta del incumplimiento de la obligación económica que le impone la Carta al dueño del bien, de aprovechar su propiedad con un sentido social, esto es, útil a la comunidad, y ajeno, por lo mismo, al abuso que implica detentarla sin perseguir mediante su explotación un rendimiento productivo mínimo. La falta de 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. La aplicación de esta medida no conlleva, como es obvio suponerlo, una compensación económica o indemnización por la privación del bien, puesto que la extinción del dominio constituye, fundamentalmente, una sanción, (civil o administrativa), por la violación de un deber de origen constitucional.⁴⁴

La institución jurídica de la extinción del dominio se fundamenta en la falta de actos posesorios indicadores de una explotación económica en la forma y durante el lapso que la ley establece, lo cual constituye omisión en el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza constitucional del derecho de propiedad y conduce a la imposibilidad de seguir garantizándolo jurídicamente. Esta figura, a diferencia de la expropiación, no ha tenido presencia autónoma en las constituciones de Colombia, sino que ha derivado su existencia del principio, según el cual, la propiedad es una función social; es así como, antes de la Constitución de 1991, en diversas leyes se estableció la prescripción extintiva del dominio en favor de la nación.⁴⁵

⁴⁴ Sentencia C-389/94.

⁴⁵ Sentencia C-389/94. a. El artículo 6 de la Ley 200 de 1936 establece en favor de la nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los que se deje de ejercer la posesión durante tres años continuos a partir de la vigencia de la ley, salvo fuerza mayor o caso fortuito. b. El artículo 3 de la Ley 20 de 1969 dispone que los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguirán en favor de la nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de la ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas; o si la explotación, una vez iniciada se suspende por más de un año. c. Los artículos

Es importante resaltar que la extinción del dominio establecida en la 'Reforma Urbana' de 1989, que intentó ser un desarrollo de lo anteriormente expuesto a raíz de la iniciativa del Senado, está a punto de desaparecer del sistema jurídico colombiano para efectos de desarrollar la función social de la propiedad en la reforma urbana. En efecto, el ponente del proyecto de Ley 52 y 95 de 1995 del Senado, Juan Martín Caicedo Ferrer, justificó de manera simplista la eliminación de la extinción del dominio: "Sobre este instrumento podría concluir con relativa facilidad que ha sido de una inutilidad absoluta, debido entre otras cosas a que se convirtió en un factor adicional para dilatar el tiempo en relación con la expropiación" (ponencia para segundo debate).

Este proyecto pretende sustituir la extinción del dominio por una nueva figura denominada enajenación forzosa, que, en últimas, no es más que una medida oculta y clandestina dirigida a eliminar la sanción propia de la extinción del dominio por el incumplimiento de la función social de la propiedad, al premiar al propietario improvidente con el reconocimiento de todo o parte del precio de enajenación, según sea el caso.⁴⁶

e) La extinción del dominio por incumplimiento de la función ecológica de la propiedad

La Corte Constitucional, a raíz de la Constitución de 1991, considera que igualmente es posible la extinción del dominio, en las condiciones que establezca

79 y 80 de la Ley 9 de 1989 ordena que todo propietario de inmuebles dentro del perímetro urbano de las ciudades está obligado a *usarlos* y explotarlos económica y socialmente, de conformidad con las normas de usos y en atención a las prioridades de desarrollo físico, económico y social contenidas en los *planes de desarrollo*, o en los *planes simplificados*, y, en su defecto, en atención a los usos del suelo que para estos fines establezca la Oficina de Planeación Departamental. Hay lugar a la iniciación del proceso administrativo de extinción del derecho sobre los inmuebles urbanizables pero no urbanizados, y los inmuebles urbanizados sin construir, declarados como de desarrollo o *construcción* prioritaria en cumplimiento del Plan de Desarrollo, y que no se urbanicen o construyan dentro de los dos años siguientes a dicha declaratoria.

⁴⁶ A diferencia de la extinción de dominio, en la enajenación forzosa no se presenta una mutación de la propiedad privada a propiedad pública como consecuencia del incumplimiento de la función social de los inmuebles urbanos, sino que, mediante la subasta pública, se logra simplemente la sustitución del titular improvidente por otro u otros sujetos privados. Por ello, en el proyecto se contempla que el procedimiento de la subasta se sujetará a las normas establecidas para los *particulares*, dado que el municipio o distrito actúa únicamente como intermediario de estas transacciones (parágrafo del artículo 74).

el legislador, cuando, a pesar de que el propietario cumple con la función económica asignada a la propiedad, desatienda o ignore el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, y, consecuencialmente, viole el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano. La función social también 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, para buscar, al mismo tiempo, su preservación y la protección ambiental.⁴⁷

f) La confiscación

La confiscación es un acto de autoridad, un ejercicio del *imperium* que reside en el Estado; es una medida penal de defensa de la sociedad, una sanción penal que se impone a alguien como resultado de haber incurrido en una conducta tipificada como delito. Por ello, en la confiscación, la pérdida de la propiedad a favor del Estado no causa ninguna obligación estatal. Merece destacarse el hecho de que por norma general esta pena no cabe en el régimen constitucional vigente en Colombia. Sólo excepcionalmente, mediante sentencia judicial, se permite declarar extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante el enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o como "grave deterioro de la moral social" (artículo 34-2 de la Constitución Política).

g) La extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito

La Corte Constitucional ha sostenido que entre las múltiples innovaciones que introdujo la Carta de 1991 se destaca una modalidad de extinción del dominio que no se sustenta en el concepto tradicional de la función social de la propiedad, la cual constituye un instrumento jurídico eficaz con miras a moralizar las costumbres, desestimular la cultura del dinero fácil e implementar los procesos judiciales encaminados a detener y reprimir el enriquecimiento

⁴⁷ Sentencia C-389/94.

ilícito como fuente mediata o inmediata de la propiedad, en sus diferentes manifestaciones.

La Corte ha fijado los siguientes parámetros en torno a la figura de la extinción del dominio consagrada en el inciso 2 del artículo 34 de la Constitución Nacional: A) el sentido teleológico del precepto consiste en que el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que se obtenga en cierto modo mediante la inobservancia de los principios éticos. Es decir, que la protección estatal no puede premiar la adquisición de bienes por la vía del delito. B) La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso. C) La medida tiene la naturaleza jurídica de una pena accesoria al delito que se juzgue; sin embargo, el legislador la puede instituir como una pena principal. D) La extinción se configura como una sanción objetiva, pues, puede ser declarada siempre que en el proceso judicial se acrediten los supuestos fácticos que el artículo 34 de la Carta prevé para que opere dicha extinción. E) Hay que distinguir la calidad en que sean aprehendidos los bienes dentro de una investigación criminal, pues pueden consistir en aquellos que sirvieron de instrumento del delito, los que son el producto del delito y otros que, siendo ajenos al delito, han sido incautados con *ocasión* de dicha investigación. No cabe duda de que la Constitución no se refiere a estos últimos, pues, jurídicamente, son extraños a la correspondiente actuación penal. Mientras que la destinación del bien propio a fines ilícitos o la actitud que permite a otros la utilización con propósitos contrarios a la legalidad implican un atentado contra los intereses de la sociedad y, por lo tanto, causa suficiente para que se extinga el derecho.⁴⁸

⁴⁸ Sentencia C-389/94. El sistema jurídico colombiano en diversas normas contempla la figura del comiso, decomiso o incautación. Esta entidad jurídico-penal se ha *considerado* indistintamente algunas veces como pena, otras como una medida de seguridad patrimonial o, también, como un efecto civil de la condena, y con finalidades compensatorias o reparatorias. La Corte Constitucional conceptuó que no obstante que en los artículos 338 y 339 del CPP y en el artículo 13 de la Ley 40 de 1993 no se consagró expresamente la figura de la extinción del dominio, sino el comiso de los bienes que sirvieron de instrumento para la comisión del delito, el objeto mismo del delito y los productos derivados de éste; materialmente y por los efectos de la medida, el comiso equivale, en la práctica, en algunos casos y como está regulado en las referidas disposiciones, a una extinción del dominio (v. gr.), en el caso del delito del secuestro en que los beneficios obtenidos por los bienes adquiridos como producto de éste, se destinan a la preservación y represión del secuestro y, en general, cuando los bienes decomisados no se destinan para indemnizar los perjuicios sufridos por la *victima*.

h) La requisición

La requisición o expropiación por causa de guerra está contemplada en el artículo 59 de la Carta de 1991, que, en esencia, es la misma figura que se establecía en el artículo 33 de la Constitución anterior. En este artículo se determina que en caso de guerra, y sólo para atender los requerimientos del conflicto, podrán decretarse por el gobierno nacional expropiaciones que no necesariamente estén precedidas por la indispensable indemnización. Así mismo, se establece que en los casos de la propiedad inmueble, no podrá darse la expropiación como tal, sino que la utilización por el Estado tendrá la forma de una ocupación temporal, dejándose bajo la responsabilidad del gobierno, la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen. Con relación a esta disposición al comienzo de los debates de la Asamblea, fue tesis aceptada que debía calificarse el concepto de guerra con el adjetivo de "exterior", no obstante, el artículo aprobado sólo habla de "guerra".

La Corte Constitucional, al analizar los efectos de esta figura frente a los inversionistas extranjeros, afirmó que las inversiones extranjeras que sufran pérdidas debidas a la requisición por causa de guerra, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección, disturbio, etc., recibirán la indemnización o compensación por causa de pérdidas, sujetándose el tratado en su interpretación y aplicación a las condiciones internas de nuestro ordenamiento constitucional. Llama especialmente la atención el artículo 59 de la Constitución, en el que se establece que para estos casos la indemnización puede ser posterior. Por otro lado, también reafirmó el principio consagrado en el artículo 100 de la Constitución, según el cual los extranjeros pueden ver determinados derechos civiles subordinados a condiciones especiales o, incluso, ver negado su ejercicio, cuando la ley lo establezca por razones de orden público.⁴⁹

Principios correctores, promotores del derecho a la propiedad

a) Principio del acceso democrático a la propiedad

Entre las razones por las cuales el Constituyente introdujo el principio del acceso democrático a la propiedad en la Constitución de 1991, se pueden mencionar las siguientes:

⁴⁹ Sentencia C-358/96, 23-25.

a) En cuanto a que se le dio competencia a la administración para regular el proceso de democratización de la propiedad, la Corte declaró inconstitucional varias de las normas acusadas, por considerar que con esto se está violando la competencia que le corresponde al legislador para hacer este desarrollo. La Corte estimó que al legislador le corresponde expedir una ley general en la cual deberán consignarse todas las condiciones especiales que se consideren oportunas para facilitar y alcanzar los propósitos del Constituyente. No obstante, declaró la constitucionalidad condicionada de varias de las disposiciones impugnadas, siempre y cuando se encuentren acordes con los lineamientos de la ley que expida el legislador en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución.⁵³

b) En cuanto al establecimiento del 15% que se debe reservar de las acciones para ofrecerlas al sector solidario y de trabajadores, la Corte declaró inconstitucional esta disposición, por cuanto considera que en el proceso de *enajenación* de la propiedad accionaria del Estado, éste está obligado, en primer término, a ofrecer el paquete accionario completo que se pone a la venta a los trabajadores de la respectiva empresa y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, todo esto bajo las *condiciones especiales*, para luego sí ofrecer el restante paquete accionario no enajenado a otro tipo de compradores.

c) Respecto a que los procesos de democratización de la propiedad accionaria del Estado están dirigidos en forma exclusiva al sector solidario y de trabajadores, la Corte se aparta de esta consideración al advertir que la finalidad del inciso 2 del artículo 60 de la Constitución es consagrar un derecho preferencial para los trabajadores y el sector solidario, pero, en manera alguna, este derecho preferencial excluye la participación de otros sectores de la sociedad.

⁵³ Al respecto, consideramos que de acuerdo con la interpretación más acorde de la Constitución, la Corte debió declarar la inconstitucionalidad de estas normas, ya que ellas omiten el prerrequisito de que estos procesos de democratización incluyan condiciones especiales, por ejemplo, mecanismos de financiación para que los sectores solidarios y de trabajadores accedan a la propiedad accionaria del Estado. Además, es *sorprendente* la peculiar utilización de la figura de declaración de *constitucionalidad condicionada*, que se encuentra supeditada a una futura, y por tanto eventual, disposición que deberá expedir el legislador, y con base en la cual se podrá declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad plena de la norma.

Este derecho preferencial, aunado a unas condiciones especiales que se consagran en beneficio de aquellos sectores, se establece dada su precariedad para efecto de competir en igualdad de condiciones con otros sectores de la sociedad más favorecidos.

d) En cuanto al entendimiento de que la democratización de la propiedad es asimilable a la donación o la socialización de ésta, la Corte ha establecido que en modo alguno la Constitución entroniza la socialización de la propiedad, simplemente pretende promover, proteger y estimular las formas asociativas y solidarias de propiedad, las cuales, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, contribuyen al desarrollo económico del país.

También estima la Corte que el mandato del artículo 60 de la Constitución política trasciende el mero interés de dar acceso a la propiedad estatal a los más pobres y desprotegidos, ya que lo que se busca al favorecer a los sectores solidarios y de trabajadores es que cuando se realice la desconcentración del capital que estaba en cabeza del Estado, éste se transfiera a unas entidades que puedan conservar los objetivos sociales que esta propiedad cumplía mientras fue propiedad estatal.⁵⁴

⁵⁴ La Corte, al respecto, dice: "Al analizar dos empresas telefónicas, una pública y otra privada, ambas generando excedentes, se encuentra que su funcionamiento está orientado por dos lógicas diferentes; la privada tendrá como propósito central la generación de una tasa de rentabilidad determinada, para lo cual deberá minimizar costos y aumentar sus ingresos, lo que implicará, dada las características del servicio, concentrarse en las capas de mayor ingreso de la población, ofreciéndoles servicios de alto valor agregado. La pública deberá, además de atender las grandes capas de la población que demandan sus servicios, propender por la ampliación de su capacidad en lo técnico y en cobertura, dando prelación a las franjas de población más pobres, las cuales, por tratarse de un servicio *esencial*, deberán recibir un subsidio, pues no están en capacidad de pagar tarifas plenas que reflejen los costos marginales que se derivan de la prestación del mismo. [...] Bajo estos presupuestos se ha *concluido* la conveniencia de impulsar formas combinadas de propiedad, para lo cual es necesario promover la participación, en calidad de propietarios y directores, de los sindicatos y en general del sector de los trabajadores en empresas que *tradicionalmente* han sido propiedad del Estado, las cuales en los modelos económicos que prevalecen en la sociedad moderna se considera deben ser privatizadas; ello para garantizar la permanencia de valores propios de una cultura y una vocación de servicio público que en ellas se ha desarrollado, que no se pueden desconocer en aras del progreso. [...] Tales planteamientos no son ajenos al manejo de programas de privatización de entidades financieras, pues mientras que su *traspaso* a conglomerados económico-financieros serviría para consolidar bancos de inversión, dedicados a actividades de

e. En cuanto a la utilización de mecanismos catalogados como "neoliberales", la Corte estima que estos mecanismos son indispensables, porque coadyuvan al proceso de democratización, desde el punto de vista de la imparcialidad, pues su utilización neutral no da prevalencia únicamente al interés económico particular; además, la utilización de estos mecanismos permitirá salvaguardar la estabilidad del patrimonio de la nación invertido en la entidad sometida al proceso de privatización; y, finalmente, estos criterios tendrán plena aplicación en los supuestos en los cuales la propiedad estatal no sea totalmente adquirida en el primer ofrecimiento a los sectores solidarios y de trabajadores, casos en los cuales la enajenación se hará con la *participación* de sectores privados de la economía, por lo cual se deben aplicar unos parámetros diferentes a las condiciones especiales que se establecen, únicamente, en beneficio de los sectores solidarios y de trabajadores.

Recogiendo en su integridad estos pronunciamientos jurisprudenciales, el Congreso de Colombia expidió la Ley 226 de 1995. El órgano legislativo, en ejercicio de la competencia que le asignó la Constitución, estableció los siguientes parámetros, que regirán de ahora en adelante la enajenación de la propiedad accionaria estatal:

a) Campo de aplicación: la ley se aplica a la enajenación, total o parcial, de acciones y/o bonos obligatoriamente convertibles en acciones de propiedad del Estado y, en general, a la participación estatal en el capital social de cualquier empresa (artículo 1).

alto valor agregado, como la banca corporativa, las operaciones de comercio exterior y la venta de servicios financieros; la transferencia de la propiedad accionaria estatal en dichas entidades a empleados, sindicatos u organizaciones solidarias permitiría que dichas instituciones orienten, por lo menos parte de sus actividades, a otros objetivos de carácter social, constituyéndose, por ejemplo, en bancos de fomento dirigidos al apoyo de sectores específicos de la población y de la producción, en entidades que se ocupen del desarrollo de *alternativas de financiación* para vivienda de interés social, banca hipotecaria, o en instituciones que respalden las pequeñas unidades de producción e incentiven el crédito de *consumo*" (cursivas mías). Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-452/95, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1995.

b) Principios generales: se consignaron los siguientes: primero, *democratización*. Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene; en consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia, y procedimientos que promuevan la masiva participación de la propiedad accionaria, como actividades de promoción del programa de enajenación a los beneficiarios de las condiciones especiales, que deberá realizarse durante un plazo mínimo de dos meses (artículos 2 y 25). Segundo, *preferencia*. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales de manera exclusiva a los siguientes beneficiarios: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria, siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos mutuos de inversión, de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa (artículo 3). Tercero, *protección del patrimonio público*. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación se incorporará en el presupuesto, al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad. En todo caso, el 10% del producto neto de la *enajenación* de la propiedad accionaria, con exclusión de las entidades financieras, la invertirá el gobierno en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual se ubique la actividad principal de la empresa cuya propiedad se enajena (artículos 4 y 23). Cuarto, *continuidad del servicio*. Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de *interés público* se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio (artículo 5).

c) Condiciones especiales para los beneficiarios: la enajenación accionaria comprenderá las siguientes condiciones para los beneficiarios especiales: primero, se les ofrecerá a éstos en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones. Segundo, se les fijará un precio accionario fijo, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública. Tercero, se habilitarán líneas blandas de crédito o condiciones especiales de pago para *financiar* la adquisición de las acciones. Estas líneas de crédito deben ajustarse a las siguientes condiciones financieras: plazo de amortización no inferior a cinco años, tasa de interés no superior a la tasa de interés bancaria corriente, periodo de gracia a capital no inferior a un año y admisión como garantía de las mismas acciones que se adquieran. Cuarto, se permitirá a las personas naturales adquirentes utilizar las cesantías para la adquisición de la propiedad enajenada (artículo 11).

d) Medidas para garantizar la democratización de la enajenación de la propiedad accionaria: cada programa de enajenación dispondrá de medidas dirigidas a evitar la vulneración de los principios generales que se deben observar en la democratización de la propiedad accionaria estatal. Entre otras, pueden incluirse: primero, la limitación de la negociabilidad de las acciones adquiridas por los beneficiarios en condiciones especiales, hasta por dos años, desde la fecha de la enajenación; si pena de incumplirse este plazo, se impondrán multas graduales y, además, se declarará la nulidad o la ineficacia del negocio. Segundo, un tope máximo para la adquisición de acciones por parte de los directivos de la entidad que se enajena, el cual no podrá ser superior a un valor equivalente a cinco veces su remuneración anual (artículos 14 y 15).⁵⁵

⁵⁵ La importancia de fijar medidas claras, pertinentes, precisas y eficaces para asegurar o garantizar la democratización de la enajenación de la propiedad accionaria estatal se pone de relieve en el proceso de fusión entre Corpavi y Colpatria. En marzo de 1994, el sector cooperativo adquirió el 49% de la propiedad estatal en Corpavi; a principios de 1996, el Grupo Colpatria, con una *participación* del 51% en Corpavi, adoptó la decisión de fusionar esta entidad con la corporación Colpatria. El sector *cooperativo* interpuso algunas acciones con el fin de evitar esta fusión, argumentando maniobras indebidas del Grupo Colpatria para apurar la aprobación de la fusión, la ilegalidad de la permanencia de la inversión de Colpatria en Corpavi y el mal avalúo del precio real de las acciones.

c) Principio de promoción del acceso a la propiedad agraria

En el pasado, la tenencia de la tierra se constituyó en uno de los principales temas de conflicto de la humanidad. Con la *industrialización* y el desarrollo tecnológico, el tema pierde un poco de vigencia, sin que por ello deje de ser de la mayor trascendencia, especialmente en los países en vía de desarrollo. Los Estados, buscando solucionar el problema de la pobreza y el malestar social, han tratado de lograr una distribución más equitativa de la tierra y del ingreso ensayando diferentes esquemas.⁵⁶

En Colombia han sido diversos los programas encaminados a solucionar el problema de la tenencia de la tierra. En los últimos veinte años se han desarrollado algunos intentos directos de redistribución de alcance muy limitado. También, otros indirectos, que quizás han tenido mayor alcance, como fue el establecimiento de la renta presuntiva durante la administración López Michelsen. No obstante, la normatividad sobre avalúos catastrales limitó su alcance. Recientemente, Hernán Echavarría ha propuesto la utilización del

Además, sostuvo que este proceso interfiere con el ejercicio del privilegio constitucional que tiene el sector solidario en las privatizaciones. *El Espectador*, 17 de mayo, 1996, p. 1-B.

Al respecto, cabe anotar que posiblemente en esta situación se vulnere la *filosofía* que subyace en la institución de la democratización de la propiedad accionaria estatal. Como ya lo señaló la Corte Constitucional, al sector solidario se le privilegia en la adquisición de este tipo de propiedad, no con el simple ánimo de generosidad del Estado hacia este sector, sino por la razón fundamental de que dicho sector es el más adecuado dentro del sector privado para seguir utilizando esta propiedad con *posterioridad* a su enajenación, bajo finalidades sociales similares, análogas o semejantes a las del Estado. Por tanto, si el proceso de fusión en la situación planteada conduce al menoscabo de esta finalidad, que es la fundamental que orienta los procesos de privatización, entonces, evidentemente le asiste razón al sector solidario. Por otra parte, algunos de los argumentos señalados por el sector cooperativo estarían ya no relacionados con vulneración de la anterior institución, sino que se constituirían en supuestos de prácticas restrictivas a la libre competencia.

⁵⁶ Por ejemplo, mientras que en los países del bloque occidental se han privilegiado las reformas agrarias y las transferencias del Estado, en Taiwán, sin acudir al expediente de la expropiación, se diseñó un programa mediante el cual se fijó que el máximo que podía cobrar por el arrendamiento de la tierra era el 37,5% del valor de la producción, y que el plazo mínimo del contrato no podía ser inferior a seis años, para estimular la inversión en el aprovechamiento de la tierra por parte del arrendatario, quien, a su vez, quedó con opción de compra en caso de que el propietario decidiese venderla. Se determinó que los propietarios fijaran el valor de la tierra y, con base en él, se impusieron los tributos y el precio por el cual podía comprar el Estado. Además se estableció que las valorizaciones en infraestructura eran propiedad del Estado. María Mercedes Cuéllar de Martínez, *Democratización y desarrollo económico*. Bogotá, Editorial La Confederación, 1995, pp. 14-15.

impuesto catastral como mecanismo para forzar la venta de la tierra que no produzca lo suficiente para soportar esa carga. Ello, con el mantenimiento del resto de distorsiones en el sistema, tampoco parecería ser lo más eficiente. Sin embargo, cualquier alternativa que se ensaye en ese frente será de carácter limitado, mientras el Estado permita que los tenedores de la tierra continúen beneficiándose de las valorizaciones a cargo de las inversiones del Estado y el desarrollo económico, y mientras se mantengan transferencias de recursos de diversa índole encaminadas a incrementar la rentabilidad de la producción.⁵⁷

En la década de los noventa, el Estado colombiano, para solucionar el problema de la pobreza y el malestar social por la actual estructura de la tenencia de la tierra, consagró, en la Constitución colombiana de 1991, de manera directa y perentoria, la reforma social agraria (artículos 64-66). La promoción del acceso a la propiedad agraria (artículo 64) se constituye en uno de los principios que opera como mecanismo para llevar a cabo esta reforma. Con el fin de implementar estos *mandatos constitucionales* en la administración Gaviria, se adoptó un esquema directo para facilitar el acceso a la tierra por parte de los campesinos. Este esquema consistió en facilitar, mediante transferencias directas y crédito subsidiado, la adquisición de tierras de esos estratos de la población.

Así, el legislador colombiano autorizó a los establecimientos de crédito para crear sistemas especiales de crédito para adquisición de tierras destinadas a la explotación agropecuaria y acuícola; y a las corporaciones de ahorro y vivienda para crear, además, los mismos *sistemas* para la adquisición de vivienda rural. Las condiciones de financiación deben contemplar plazos hasta de treinta años, sistemas de amortización del crédito mediante capitalización del interés que garanticen la preservación de su valor real, incluido el sistema de poder adquisitivo constante (UPAC) y líneas de redescuento para estas operaciones, cuyas condiciones fijará la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario.⁵⁸

Bibliografía

- Adrogué, Manuel, *El derecho de propiedad en la actualidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- Barton, John, "Patentar seres vivos", en: *Investigación y Ciencia*, mayo, 1991.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-452/95, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1995
- , Sentencia C-595/99, por el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1999.
- El Espectador*, 17 de mayo, 1996, p. 1-B
- Gaceta de la Corte Constitucional*, 25 de mayo, 1991.
- Gaceta del Congreso*, núm. 165, 16 de junio, 1995.
- , núm. 337, agosto, 1996.
- Hatterhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil, introducción histórica-dogmática*, traducción de Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987.
- Hinestrosa, Fernando, "El derecho de propiedad en la Constitución", en: *Constitución económica colombiana*, Bogotá, Findeter, Colección Derecho Económico y de los Negocios, 1996.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Temis, 1979.
- , "La evolución del derecho de propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos", en: *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1987.
- Posey, Darrel, "Defensa del conocimiento indígena: derechos de propiedad intelectual y la búsqueda de un nuevo mecanismo de protección", en: *Perspectivas sobre biodiversidad y conocimiento indígena*, vol. 8, núm. 4, 1995.
- Rodota, Stefano, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civita, 1986.

⁵⁷ Cuéllar de Martínez, *op. cit.*, pp. 26-28.

⁵⁸ Ley 101 de 1993, artículos 15-16.

Corte Constitucional

Sentencias de control de constitucionalidad

C-040/93, C-074/93, C-295/93, C-037/94, C-058/94, C-211/94, C-265/94
C-370/94, C-389/94, C-473/94, C-560/94, C-028/95, C-029/95
C-225/95, C-315/95, C-445/95, C-452-95, C-176/96, C-191/96
C-263/96, C-358/96, C-433/96, C-595/99.

Sentencias de tutela

T-406/92, T-411/92, T-426/92, T-488/92, T-502/92, T-505/92, T-532/92,
T-533/92, T-604/92, T-124/93, T-188/93, T-236/93, T-240/93
T-254/93, T-295/93, T-308/93, T-422/93, T-025/94, T-035/94,
T-095/94, T-135/94, T-154/94, T-185/94, T-422/94, T-469/94,
T-112/95, T-125/95, T-220/95, T-274/95, T-425/95.

Introducción

Sobre la validez, pertinencia y alcance de las sentencias de tutela se ha discutido y controvocado por defensores como por detractores que llevan el centro de la contradicción entre los dos bandos contrapuestos, que llevó al final del conflicto colombiano y que puso a Colombia dentro de un sistema de alineamiento influído desde el exterior de nuestro país.

En la dinámica política se consolidaron su infraestructura y sus intereses.

La gran corporación agropecuaria es el sector social. En ese entorno, el sector primario, que produce primas sin valor agregado.

En países "de la tierra", la tierra agraria, continúa siendo el factor de producción principal de la propiedad agropecuaria, articulado, por lo tanto, en favor del beneficio del campesinado y de la afrocolombiana.¹

Los partidos políticos que acogieron a la población rural con atención sobre todo a los derechos humanos.

* Abogado, Universidad de los Andes.

¹ Sin embargo, la población de