

Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO*

Sumario: Introducción. I. El concepto constitucional de la propiedad privada. 1. El forzoso desprendimiento de la noción de derecho de dominio del Código Civil. 2. La reivindicación de la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional. 3. Las exigencias metodológicas impuestas por la amplitud del objeto de la propiedad constitucional: el concepto y los tipos de este derecho en la Constitución. II. La garantía del derecho de propiedad privada en la Constitución. Bibliografía.

Resumen: Este artículo plantea la necesidad de explorar el régimen constitucional del derecho de propiedad privada como condición para llevar a cabo una reconstrucción adecuada del contenido y concepto del mismo, así como un presupuesto para la determinación del significado de su garantía establecida por el artículo 58 párr. 1 frase 1 de la Constitución colombiana. Las transformaciones actuales de la sociedad, la proliferación de formas de propiedad privada difícilmente reconducibles al esquema tradicional del Código Civil y el reconocimiento de los notables poderes de intervención sobre el derecho previstas por el texto constitucional como formas de asegurar la tutela del interés general elevan esta exigencia y demandan llevar a cabo esta labor. No de otra forma resulta posible asegurar tanto una base constitucional común a todas las relaciones entre el Estado, los particulares y lo adquirido por ellos, que al tiempo que formaliza su sometimiento a los poderes de injerencia estatal en este ámbito,

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: hector.santaella@uexternado.edu.co
Fecha de recepción 1 de agosto de 1022. Fecha de aceptación: 29 de agosto de 2011.

racionaliza estos poderes y hace operativa la idea de garantía del derecho proclamada en la Constitución.

Palabras clave: Derecho de propiedad, garantía constitucional de la propiedad, delimitación, expropiación y extinción del dominio.

Notes about the concept and the guarantee of the right of property in the Colombian Constitution

Abstract: This article presents the need of exploring the constitutional regulation of the right of property as a condition to an appropriate reconstruction of its content and concept, as well as a prerequisite to determining the meaning of the idea of its constitutional guarantee declared by article 58.1.1 of the Colombian Constitution. The social changes, the proliferation of numerous forms of property hardly capable of being subsumed under the traditional notion of the Civil Code and the recognition of remarkable intervention powers to the State in order to assure the protection of the public interests set out this demand. It appears as a plausible way of establishing a common foundation to all relations among the authorities, the privates and what has been acquired by them. On one hand, this approach formalizes the submission to public intervention of all patrimonial relations; on the other hand, it rationalizes these meaningful powers given to the State and sets into action the guarantee of property right proclaimed by the Constitution.

Key words: Property right, constitutional guarantee of the right of property, regulation and taking.

INTRODUCCIÓN:

A pesar de ser un derecho constitucionalmente reconocido y garantizado, *la propiedad no es un derecho cualquiera*. Además de tener un objeto enteramente determinado por el Derecho —a diferencia de lo que sucede con los tradicionales derechos de libertad, la decisión de qué es susceptible de propiedad y cuál es el contenido de este derecho es una determinación que corresponde integralmente al legislador—, la Constitución le encomienda una función social, habilita al legislador para determinar su sentido en cada caso concreto —y, por contera, para determinar el contenido del derecho— y faculta a las autoridades para despojar a los propietarios de su derecho a cambio de una indemnización cuando así lo exijan razones de interés general (como ocurre con el instituto expropiatorio) o para declararlo extinguido sin compensación cuando éste haya sido adquirido mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social (como ocurre con la figura de la extinción del dominio).

Con todo, y al margen de las múltiples transformaciones que implican y de las particularidades que imprimen a su régimen, es preciso entender que la previsión

de estas formas de incursión estatal sobre la propiedad privada, sin parangón en la regulación de los demás derechos en la Constitución, no pueden trastocar enteramente su lógica ni desvirtuar su naturaleza jurídico-subjetiva. Que la propiedad privada no pueda ser caracterizada hoy en día como un derecho absoluto, inviolable y sagrado –como se hizo bajo la hegemonía del pensamiento liberal individualista¹–, y que la Constitución haya previsto un amplio repertorio de prerrogativas públicas enderezadas a asegurar la realización del Estado social de Derecho *no puede conducir a la negación de su condición de derecho fundamental*. Pero no es la espinosa cuestión del carácter de *ius fundamental* de la propiedad privada el objeto central de estas líneas. El reconocimiento que históricamente ha tenido este derecho dentro de la tradición jurídica nacional y comparada, lo mismo que el consenso unánime que despierta la trascendencia de su papel al interior del sistema económico y social constitucionalmente delineado², su proclamación en tratados internacionales de derechos humanos³ y la concepción *lato sensu* que de la categoría *derecho fundamental* ha adoptado recientemente el juez constitucional colombiano⁴ me relevan de esta labor –por lo demás compleja como pocas–. Por lo tanto, asumo como axioma que además de ser caracterizada como un objeto privilegiado de la intervención estatal de cara a la realización del Estado social, a la propiedad privada es inherente una dimensión subjetiva que envuelve –debe envolver, aunque sea mínimamente– un ámbito positivo de actuación conferida al particular para desarrollar y determinar libremente su existencia en la esfera jurídico-patrimonial.

Dejando de lado este tema, procuraré entonces centrar mi atención en la figura, menos atendida por jurisprudencia y doctrina, y por lo mismo menos desarrollada dogmáticamente –a pesar de su notable potencial–, de la garantía del derecho sancionada por la Constitución. A la vista de las numerosas e incisivas formas de intervención sobre el derecho que ha previsto la Constitución, es claro que ella

¹ El carácter excepcional de esta caracterización de la propiedad privada dentro del pensamiento jurídico de occidente es destacado por JOSÉ M. RODRIGUEZ DE SANTIAGO. "Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española", en *RAP*, n.º 177, 2008, p. 167.

² *Vid.*, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-870 de 2003, FJ 5 y T-1086 de 2003, FJ 19.

³ Véanse, p. ej., los artículos 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y el 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁴ De acuerdo con esta posición, plasmada por primera vez en la Sentencia T-016 de 2007, FJ 10, "la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos *todos* son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución" (negritas del texto). *Cfr.*, entre otras, las sentencias T-585 de 2008, FJ 2.1 o T-168 de 2009, FJ 8. Esta nueva postura puede visualizarse como el paso final del camino emprendido por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia T-227 de 2003 hacia una noción de derecho fundamental ampliada. Sobre esta evolución, *cfr.* TULLIO ELÍ CHINCHILLA. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 2009, pp. 139 y ss.

no puede ser equiparada al carácter intangible o inviolable y sagrado que en otras épocas acompañó a la propiedad privada. Su falta de definición constitucional y el imperativo de asegurar la efectividad de este enunciado y la compatibilización de estas incursiones con la condición *ius fundamental* del derecho, exigen la reconstrucción de su significado y sentido en el marco del régimen jurídico-constitucional actual. De lo contrario, no solo se estaría desconociendo una máxima de la hermenéutica constitucional como la de propender porque todas las disposiciones que conforman su texto resulten eficaces en la práctica, sino que se estaría, además, privando de efectos a la que constituye, a mi juicio, la *cláusula bisagra* o la pieza fundamental para conciliar el arsenal de prerrogativas públicas previstas en relación con la propiedad privada y su naturaleza de derecho subjetivo fundamental. Esto, por cuanto *es justamente a la vista del reconocimiento de estos poderes que el análisis de la garantía constitucional del derecho cobra todo su valor*.

La reconstrucción del sentido y alcance de la garantía del derecho es una labor que todavía no ha sido emprendida en el ordenamiento colombiano. A pesar de proceder esta fórmula de la reforma constitucional de 1936⁵ (artículo 10 párr. 1 frase 1⁶), el contexto socio-político de la época determinó que todas las miradas recayeran sobre la cláusula de la función social ("La propiedad es una función social que implica obligaciones" –artículo 10 párr. 2–). Las razones que llevaron a que el constituyente de 1936 incorporara la idea de la garantía, tomada del artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919, pasaron desapercibidas para nuestra doctrina; entonces enfrascada en el inacabable y estéril debate sobre si la propiedad es o *tiene* función social⁷.

La falta de una construcción sólida sobre lo que quiere decir que la Constitución garantice una propiedad privada a la que es inherente una función social y por lo mismo abierta a una permanente conformación por parte de las autoridades y en relación con la cual se permitía incluso su expropiación sin indemnización –esta

⁵ Artículo 31 de la Constitución de 1886.- Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Cuando con la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización, con arreglo al artículo siguiente.

⁶ Artículo 10 del Acto Legislativo No. 01 de 1936.- 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.

⁷ Crítico con este debate, fundado en un "un falso purismo, ora jurídico, ora semántico", que ha resultado nocivo para nuestro medio porque "ha obstaculizado (¿saboteado?) la aplicación de las normas y desacreditado las instituciones, FERNANDO HINESTROSA. "El derecho de propiedad", en *Constitución económica colombiana*, 2.^a Edición, Bogotá, El Navegante, 1997, p. 156. Sobre esta discusión, que radica sobre la aparente contradicción del constituyente de 1936 al consagrar la propiedad como un derecho y a la vez como una función, véase, con algunas referencias doctrinales, ÁLVARO COPETE LIZARRALDE. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bogotá, Lerner, 1960, pp. 69 y ss.

situación se modificó en Colombia a partir del Acto Legislativo n.º 01 de 1999— ha perdurado entre nosotros hasta el día de hoy. Como se puede apreciar en la zigzagueante y ambigua jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, aun cuando se tiene claro que la Constitución ha incorporado una nueva visión de la propiedad, que al tiempo que reconoce el derecho lo enmarca en el contexto del Estado social, lo conecta con los intereses de la colectividad y lo abre a una habitual e intensa intervención estatal, el sentido concreto de la fórmula de la garantía constitucional del derecho sigue siendo totalmente desconocido. Por ende se ha negado con frecuencia su carácter de derecho fundamental⁸, se ha prohiado una concepción total, holista o hipertrofiada de la función social (que le lleva a cubrir de manera poco técnica la totalidad de las incursiones públicas en relación con este derecho con el manto de la función social, siendo que se trata de un espectro muy amplio, confiado por el constituyente a diferentes formas de intervención técnicamente diferenciables)⁹, lo mismo que a carecer de un discurso estructurado y decantado sobre cuáles son los límites a los que deben atender las autoridades al determinar la función social de una propiedad privada o los presupuestos formales y materiales para llevar a cabo una expropiación o una extinción del dominio.

Es ésta, entonces, una labor pendiente. Realizarla supone adentrarse en el análisis sistemático de la Constitución y en la indagación crítica del significado y sentido que en dicho sistema cobra cada uno de los diferentes elementos que conforman el régimen constitucional de la propiedad, esto es, tanto el derecho subjetivo garantizado como las diversas formas de intervención en él autorizadas por el texto de la Constitución (*rectius* delimitación del contenido del derecho con arreglo al criterio de la función social, expropiación y extinción del dominio). De cualquier forma, antes de aproximarse al sentido de la garantía constitucional del derecho de propiedad es preciso esclarecer el significado mismo de este derecho en la Constitución (i). En últimas, esta noción determina el objeto material sobre el cual debe operar esta garantía, sea como sea que haya sido concebida (ii).

I. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA:

1. El forzoso desprendimiento de la noción de derecho de dominio del Código Civil

Aun cuando el derecho de propiedad debe buena parte de su desarrollo dogmático y de su fama y consolidación como derecho subjetivo al Derecho Civil, mal podría entenderse que por haber tomado la Constitución esta figura de dicho ordenamiento, es decir, por tratarse de una figura preexistente o “encontrada” por el constituyente —y no creada por él— ella carece de sustantividad en su versión constitucional. Lo mismo puede decirse frente a quienes sostienen que la actual

⁸ Véase, p. ej., las sentencias C-374 de 1997, FJ B 1 o C-740 de 2003, FJ E-13.

⁹ Así, p. ej., la Sentencia de la Corte Constitucional C-870 de 2003, FJ 5.

disposición constitucional (artículo 58 CC) simplemente ha recogido el precepto contenido en la antigua Carta de 1886, reformado en 1936 para incorporar al texto constitucional la función social de la propiedad privada, sin introducir nada nuevo a esta figura. A pesar de sus semejanzas formales –los enunciados que consagran la garantía y función social del derecho son muy similares– es preciso enmarcar la disposición actual dentro del cuadro constitucional y la realidad económica y social que le rodean.

Así, en cuanto a lo primero, cabe señalar que en contraste con el carácter material o programático de la Constitución actual, la de 1886 era una auténtica *Constitución formal*¹⁰ o *Constitución-marco*, típica del pensamiento liberal decimonónico. Por ende, se centraba en la definición de la forma de gobierno, la estructura general del Estado y los límites básicos del poder público frente a los ciudadanos, consignados en una carta de libertades. En este contexto, la regulación del derecho de propiedad encerraba esencialmente una remisión al legislador, habilitado así para el desarrollo de un sistema legal que asegurara la libertad individual y la no injerencia estatal en un ámbito considerado fundamentalmente privado. La Constitución de 1991, en cambio, obedece a un esquema totalmente contrario. En armonía con las tendencias actuales del constitucionalismo moderno, la de 1991 es una *Constitución material*¹¹ o *Constitución-orden fundamental*. Como tal se caracteriza por la riqueza, amplitud y heterogeneidad de sus contenidos; lo mismo que por su aspiración de envolver un programa constitucional y un orden axiológico llamado a regir en los distintos ámbitos del Derecho y de la vida social¹². Si a esto se suma su carácter normativo, no puede más que concluirse que la previsión de distintas referencias materiales en relación con el derecho y de un amplio catálogo de derechos sociales y colectivos que dotan de sentido a la idea de función social prefigura una imagen del derecho que además de procurar al legislador pautas materiales a seguir, bien amerita una reflexión autónoma sobre el significado y sentido de la propiedad privada y su régimen en el marco constitucional actual.

Es justamente la existencia de unos contenidos constitucionalmente determinados lo que permite establecer claras diferencias entre la idea y el desarrollo de la cláusula de la función social bajo el imperio de la reforma constitucional de 1936 y el de la actual Carta Constitucional: si bien es cierto que el texto de 1991 recoge en buena medida la regulación precedente, no lo es menos que enunciados semejantes han experimentado desarrollos legales y jurisprudenciales no parangonables. El mayor desarrollo cuantitativo y cualitativo registrado por esta figura estos

¹⁰ Sobre esta tipología, que distingue entre la Constitución formal, que traza límites a la acción pública, y la Constitución material, que establece directrices y mandatos de actuación a los poderes estatales, puede consultarse GUNNAR FOLKE SCHUPPERT y CHRISTIAN BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 25 y 26.

¹¹ *Idem*.

¹² En este sentido, véase, p. ej., ERNST BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales* (Trad. JUAN L. REQUEJO e IGNACIO VILLAVARDE), Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 129.

últimos años así permite afirmarlo. La proclamación de la vinculación social de la propiedad en 1936 propició un cambio notable en la forma como se concebía el derecho¹³. La propiedad perdió entonces su carácter de tendencialmente absoluto e ilimitado pero limitable, carente en todo caso de una finalidad determinable *ex ante* por parte de las autoridades, por ser ello un asunto sometido al querer del propietario¹⁴. No obstante, por tratarse de una cláusula general desprovista de un marco constitucional lo suficientemente robusto como para dotarla de un contenido directamente constitucional, la función social consagrada en 1936 supuso una remisión al legislador. Nada tiene que ver esta situación con la vivida bajo el marco constitucional actual. *El rico contenido de principios y derechos colectivos, sociales, económicos y culturales de la Constitución de 1991 permite establecer el sentido y la finalidad de esta figura desde el propio texto constitucional*. De ahí la importancia de reivindicar una concepción específica de la propiedad privada al interior del sistema en el que se encuentra actualmente insertada.

Desafortunadamente no ha sido ésta una línea de investigación suficientemente explorada en nuestro ordenamiento. Haciendo caso omiso de esta circunstancia, jurisprudencia y doctrina se han mantenido apegadas a la idea consolidada en vigencia del anterior texto constitucional según la cual desde 1936 la propiedad constitucional en Colombia incorpora elementos jurídico-públicos que la hacen diferente de la del Código Civil. Con todo, a pesar de ser recurrente la alusión a la *transformación del concepto de propiedad* operada gracias a la introducción de la función social dentro de la disciplina constitucional del derecho¹⁵, ello no se ha traducido más que en una *relativización de la idea tradicional de la propiedad*; fundada en la negación de su carácter absoluto y su apertura a las restricciones o modulaciones fijadas por el legislador en virtud de la función social y ecológica que le es inherente. De este modo, *más que en la afirmación o reconstrucción de un concepto positivo de lo que es la propiedad privada constitucional, se observa una definición negativa*, esto es, la exclusión de una idea que se considera ya superada, pero que todavía constituye una referencia constante. Ello se puede apreciar en las reiteradas alusiones de la jurisprudencia constitucional y la doctrina a los atributos de uso, goce y disposición como componentes del

¹³ Resalta el "concepto nuevo de propiedad, no ya como un derecho individual que permite, inclusive, actitudes negativas o pasivas, sino como una función dinámica, positiva, unida a los intereses de la comunidad", JAVIER HENAO HIDRÓN. *Panorama del Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1973, p. 143.

¹⁴ Da cuenta de este cambio, entre otros, la Sentencia C-595 de 1999, FJ B-2.

¹⁵ *Vid.* las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) de 10 de marzo de 1938; de 24 de marzo de 1943; de 6 de noviembre de 1967; de 12 de noviembre de 1980; de 18 de abril de 1985; de 11 de agosto de 1988; 17 de agosto de 1989; de 9 de noviembre de 1989, todas ellas proferidas por esta corporación en vigencia del régimen constitucional anterior, en una línea jurisprudencial que en sus trazos fundamentales ha sido conservada por la Corte Constitucional. *Cfr.* las sentencias de la Corte Constitucional C-006 de 1993 (FFJJ 11-15), C-223 de 1994, C-595 de 1995 (FJ h), C-126 de 1998 (FJ 36), C-595 de 1999 (FJ B 2), C-204 de 2001 (FFJJ 16-18), C-491 de 2002 (FFJJ 3 y 4); C-1172 de 2004 (FJ 4); C-189 de 2006 (FFJJ 4 y 5).

núcleo o contenido esencial del derecho¹⁶. Al margen de las objeciones metodológicas que pueda suscitar la persistencia de este enfoque –expresivo del déficit de constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷–, interesa destacar que *esta aproximación ha privado al Derecho colombiano de las oportunidades de explorar las particularidades del régimen constitucional de la propiedad privada*. De ahí que a pesar de las sustanciales transformaciones normativas, económicas y políticas experimentadas por nuestra sociedad desde 1936, la doctrina constitucional en esta materia haya permanecido, en sus trazos fundamentales, prácticamente inalterada.

Por otra parte, las profundas transformaciones experimentadas por el orden económico y social de nuestro tiempo, que han privado a la propiedad inmueble de su protagonismo¹⁸ y a la noción de dominio del Código Civil de su carácter de principal referente en esta materia¹⁹, no pueden más que justificar y ratificar la importancia de emprender esta reflexión. Aunque jurídico-constitucionalmente, y sin perjuicio de la vinculación social que le es inherente, la propiedad sigue teniendo por finalidad procurar la libre y responsable autoconfiguración de la existencia individual en la esfera patrimonial²⁰, las necesidades de protección ju-

¹⁶ En este sentido, véase, entre otras, de la Corte Constitucional, las sentencias C-006 de 1993, FJ 14; T-427 de 1998, FJ C3; C-595 de 1999, FJ C; C-366 de 2000, FJ 4.4; C-204 de 2001, FJ 21; C-189 de 2006, FJ 8 o C-544 de 2007, FJ 15.

¹⁷ Se entiende aquí por constitucionalización del Derecho el proceso de transformación de un determinado orden jurídico emprendido a partir del análisis de las diversas disposiciones del texto de la Constitución “al cabo del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales”. Vid. RICARDO GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*, (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell), 6ª Edición, México, Porrúa – UNAM, 2001, p. 153. En sentido análogo, G. F. SCHUPPERT y C. BUMKE. *Die Konstitutionalisierung... Loc. Cit.*, pp. 9 y 25 y ss. También EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. Javier Barnés), Sevilla, Editorial Derecho Global, 2006, pp. 49-50.

¹⁸ DARÍO ECHANDÍA. “La reforma del Código Civil”, en *Gaceta Judicial*, Tomo XLVIII, n.º 1591, 1939, p. 859. También, entre otros, JOSÉ LUÍS DE LOS MOZOS. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 91.

¹⁹ Así, p. ej., GALLEGO ANABITARTE hace referencia a “[l]a primacía del precepto constitucional” y a la necesidad de volver “una y otra vez, sobre los preceptos constitucionales”. Vid. ALFREDO GALLEGO ANABITARTE. “Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales”, en *RDUMA*, No. 225, 2006, p. 139. La necesidad de apreciar el derecho de propiedad privada como un derecho cuyo contenido y régimen general *en la Constitución* debe construirse exclusivamente a partir de su regulación constitucional –y no del Código Civil ni de leyes especiales–, es enérgicamente reivindicada por FERNANDO REY MARTÍNEZ. *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. XXIX y ss.

²⁰ Este nexo ha sido asumido, sin fisuras, por la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemanas. Vid. BVerfGE 24, S. 367 (389); 30, S. 292 (334); 31, S. 229 (239); 50, S. 290 (339); 97, S. 350 (370 f.); 100, S. 226 (241). A nivel doctrinal, véase HANS-JÜRGEN PAPIER. “Eigentumsgarantie und Erbrecht”, en *Maunz – Dürig Grundgesetz Kommentar* (HERAUSGEGEBEN VON R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN y H. KLEIN), T. II (Arts. 6-16 A), 52 Lieferung, Munich, Verlag C. H. Beck, 2008, pp. 23 y 24; BODO PIEROTH y BERNHARD SCHLINK. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 23 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 225; o OTTO KIMMINICH. “La propiedad en la Constitución alemana”, en *AAVV, Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, pp. 154 y ss.

rídica de los intereses patrimoniales de los particulares no son hoy las mismas que a finales del siglo XIX; la propiedad privada conoce hoy una pluralidad de formas que es preciso unificar y homologar en términos constitucionales. Tampoco los requerimientos de tutela del interés general, facilitada por las diferentes formas de intervención sobre el derecho previstas por la Constitución. En una sociedad post-industrial, empeñada en la desmaterialización de los activos y en donde los valores fundamentales proceden de la producción, procesamiento y distribución del conocimiento y la información, así como de la explotación de bienes públicos (minas, espectro electromagnético, recursos naturales, etc.), caracterizada además por la creciente dependencia del individuo frente a fuentes externas de asegurar su subsistencia (puesto de trabajo, prestaciones públicas, etc.), una noción de propiedad como la prevista en el Código Civil resulta demasiado estrecha y disfuncional para servir de soporte a la construcción del régimen constitucional de este derecho. Su inclinación —explicable por el momento de su expedición— a ver en la propiedad de la tierra o de las cosas el objeto preferente del derecho, su contenido esencialmente fijo (los tradicionales *ius utendi, fruendi et abutendi*), su finalidad originalmente individualista y su lógica centrada en la titularidad como apropiación y dominio de los bienes hace de ésta una concepción incapaz de colmar las exigencias que debe atender la noción constitucional del derecho. *Asumir una concepción jurídico-civil de la propiedad equivaldría a dejar por fuera de la cobertura constitucional de este derecho a un importante número de posiciones jurídico-patrimoniales que a pesar de no recaer sobre un objeto tradicional (piénsese en el derecho que surge de un acto administrativo que concede la explotación de un recurso natural) ni conceder a su titular las clásicas facultades de goce y disposición, en consideración a su naturaleza y finalidad, lo mismo que a la función que desempeñan dentro del sistema económico, representan valores dignos tanto del amparo que ofrece la propiedad constitucional, como de estar sujetos a las afectaciones e intervenciones estatales que se derivan de su calificación como propiedad.*

Es preciso, entonces, reivindicar una concepción autónoma de la propiedad constitucional que haga posible la superación de estas objeciones. Ello implica, fundamentalmente, ensanchar el objeto de cobertura del derecho y, por lo mismo, variar su noción y su contenido canónicos. La articulación de una concepción constitucional del derecho hace posible y brinda un sólido sustento a esta modificación. Resulta procedente asumir que una vez incorporado en el texto constitucional, el concepto de propiedad cobra un sentido propio, con independencia de aquél que le era atribuido en el ámbito jurídico del cual procede. El significado histórico de una institución recogida por la Constitución no debe representar una camisa de fuerza para la interpretación de su texto. Esto exige visualizar al enunciado que lo consagra como *una cláusula abierta, susceptible de las actualizaciones o ajustes que reclame el presente.*

2. La reivindicación de la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional

La esencia de la idea constitucional de este derecho, más preocupada por la tutela de un ámbito que garantiza *el acceso y aprovechamiento privado sobre un determinado bien o derecho* que por la apropiación o transferencia de la titularidad de los mismos de un patrimonio a otro, permite aproximarse a dicho concepto. Hace posible avizorar la amplitud de su objeto, la generalidad de su concepto y la apertura de su contenido. El derecho de propiedad constitucional no puede seguir siendo exclusivamente visto como la facultad de usar y gozar de una cosa no siendo contra ley ni contra derecho ajeno (artículo 669 CC). En su versión constitucional este derecho debe significar algo más, poseer un campo de acción más amplio y un contenido más genérico. La concepción plasmada en la codificación resulta demasiado estricta y estrecha para desempeñar el papel central que la Constitución encomienda a este derecho en lo atinente a la disciplina de las relaciones entre el Estado, las personas y lo *adquirido* por ellas. *La idea constitucional de propiedad debe emanciparse conceptualmente de su homóloga de la codificación para poder explotar todas las posibilidades que la Constitución le ofrece y poder cumplir las funciones que le asigna.* No de otra forma se puede proporcionar una cobertura constitucional única a una realidad patrimonial cada vez más dilatada y compleja, cuya regulación se encuentra fragmentada en reglas pertenecientes a los más diversos órdenes jurídicos (civil, comercial, administrativo, Derecho de la seguridad social, etc.).

Ello resulta imperativo, entonces, tanto para determinar qué se entiende cabalmente por la garantía de este derecho, cuestión fundamental a efectos de racionalizar las potestades conferidas al Estado en relación con el entero ámbito patrimonial de las personas, como para sacar partido de la amplitud de su objeto (que abarca la propiedad común y “los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”²¹ –artículo 58 párr. 1 frase 1 CC–) y de las múltiples oportunidades que ofrece su régimen constitucional en términos de intervención estatal sobre la esfera patrimonial de los particulares en aras de resguardar el interés general.

La pertinencia de este esfuerzo no solo se aprecia en la presente falta de una noción del derecho que reivindique la autonomía conceptual de la propiedad

²¹ Esto supondría expandir la cobertura de la garantía del art. 58 párr. 1 frase 1 CC más allá del estrecho ámbito del derecho real de dominio a situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial tan variado como, entre otros, los derechos de crédito, de propiedad intelectual, a la propiedad mercantil, a las posiciones jurídico-patrimoniales que surgen de actos administrativos o de conciertos o contratos estatales. Que el derecho de propiedad constitucional debe entenderse en su sentido más amplio, “como sinónimo de derecho patrimonial”, y por lo mismo debe abarcar a todos los derechos de contenido económico cuya titularidad ha sido adquirida por los particulares no es ninguna novedad. Ello ya había sido señalado, en vigencia del texto constitucional de 1886, por D. ECHANDÍA. “La reforma del... *Op. cit.*, p. 857. También A. Copete Lizarralde. *Lecciones de... Passim*, p. 375. Igualmente alude al reconocimiento “*in genere*” de la propiedad por la Constitución JACOBO PÉREZ ESCOBAR. *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª Edición, Bogotá, Temis, 1997, p. 375.

constitucional y de su contenido en relación con sus desarrollos tradicionales del Derecho Civil, lo cual ha supuesto no pocas dificultades a la hora de ejercer el control de constitucionalidad sobre determinaciones del legislador en esta materia²²; se hace igualmente palpable al examinar las limitaciones que surgen del mantenimiento inercial de concepciones pre-constitucionales en punto a las formas de intervención estatal sobre el derecho.

La anómala parálisis que ha sufrido en Colombia el instituto expropiatorio, encallado en una visión verdaderamente anacrónica de su objeto y función, responsable de que únicamente se tenga por expropiables a los bienes corporales (propiedad *stricto sensu*)²³ y queden por fuera de su alcance posiciones jurídico-patrimoniales de gran importancia en la actualidad como los derechos de propiedad industrial o los derechos que surgen de concesiones y licencias administrativas, es una evidencia de lo anterior. De manera abiertamente inconstitucional, las deficiencias de la legislación en materia de expropiación confieren a estas formas de propiedad una inmunidad frente a la prevalencia del interés general que hace de ellas auténticas *propiedades inviolables*, en tanto resultan refractarias a las razones de interés general (por cuestiones procesales los tribunales únicamente pueden conocer de ellos por razones de legalidad). De forma inercial instituciones como la expropiación o la revocación directa por la Administración de los actos administrativos favorables se han mantenido apegadas a la tradición, cerrando así el paso a que la Constitución cumpla la *misión de renovación y flexibilización del ordenamiento* que también está llamada a cumplir de cara a asegurar que sus disposiciones consulten y atiendan las necesidades propias de cada momento²⁴.

Igualmente anómalo ha sido el devenir de la garantía expropiatoria envuelta en la exigencia constitucional de un debido proceso judicial o administrativo como uno de los presupuestos para que tenga lugar una privación legítima (en adición a una *causa expropriandi* legalmente declarada y al pago de una indemnización previa y justa). Aun a pesar de la reforma constitucional de 1999, que suprimió los párrafos quinto y sexto del texto original del artículo 58 de la Constitución —y con ello la posibilidad de que se practicaran expropiaciones sin indemnización y la inmunidad jurisdiccional de las razones de equidad que servían de base a dicha modalidad expropiatoria y de las causas de utilidad pública e interés social definidas por el legislador—, la estructura procedimental de la expropiación en la legislación ha

²² Vid. la Sentencia de la Corte Constitucional C-189 de 2006 y su doctrina sobre el contenido esencial del derecho, totalmente contradictoria con la decisión adoptada en su parte resolutive.

²³ La ausencia de una ley general de expropiación y la regulación fragmentaria de esta figura, contenida en el Código de Procedimiento Civil y en leyes especiales (*v. gr.*, las leyes 56 de 1981, 9.ª de 1989, 142 de 1994, 160 de 1994, 388 de 1997 o 685 de 2001), han determinado que el radio de acción de este poderoso instrumento de garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular se circunscriba, prevalentemente, al ámbito de los bienes inmuebles; haciendo de la expropiación una figura prácticamente auxiliar de las obras públicas.

²⁴ Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN. "Cuestiones fundamentales sobre la... *Ob. Cit.*, p. 51.

mantenido la línea preconstitucional: el procedimiento expropiatorio sigue siendo visto como un mero trámite para la liquidación de la correspondiente indemnización expropiatoria. No de otra forma se explica que en los procesos ante la justicia civil el demandado no pueda formular ningún tipo de excepciones de fondo²⁵, o que la regulación de la expropiación administrativa establezca procedimientos *sin procedimiento* —en un sentido material de la expresión, lógicamente, acorde con las exigencias de tutela de los derechos fundamentales y de la integridad del ordenamiento jurídico que impone el artículo 89 CC²⁶—. Tanto como la indemnización previa y justa, el procedimiento (judicial y administrativo) conforme a los requerimientos de los artículos 29 y 89 de la Constitución constituye uno de los aspectos centrales de la garantía expropiatoria concebida por el texto constitucional. Este imperativo debe ser, entonces, objeto de una lectura material que, sin perjuicio de su compromiso paralelo con la materialización del principio de prevalencia del interés general, permita hacer de estas estructuras procedimentales *formas efectivas de protección y realización del derecho de propiedad*.

Una situación, en suma, que impone reconstruir el sentido general de este derecho y de su régimen a partir de las bases fijadas por el propio texto constitucional. Al configurar una imagen de la propiedad de contornos más o menos precisos, la Constitución obliga al intérprete a detenerse en su estudio para abstraer de ella los rasgos fundamentales de su regulación, con independencia de sus posibles raíces o nexos con la idea de propiedad privada originalmente plasmada en el Código Civil. La indeterminación que predomina entre las cláusulas que integran esta constelación, la permanente tensión que resulta del continuo entrecruzamiento de intervención estatal y fórmulas de protección del derecho y el peso excesivo que se concede a numerosas concepciones y regulaciones pre-constitucionales dificultan realizar esta tarea.

3. Las exigencias metodológicas impuestas por la amplitud del objeto de la propiedad constitucional: el concepto y los tipos de este derecho en la Constitución

Con todo, el imperativo de articular un concepto constitucional de propiedad que sirva como referente y parámetro de control de las decisiones legislativas en esta materia no solo conlleva las dificultades hermenéuticas propias de la interpretación constitucional. El amplio espectro que debe abarcar el derecho de propiedad constitucional para atender las necesidades de tutela jurídica-subjetiva de los intereses patrimoniales de los particulares y del interés general concurrente en la

²⁵ Vid. RAMIRO BEJARANO GUZMÁN. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5.ª Edición, Bogotá, Temis, 2011, p. 407.

²⁶ Es el caso, p. ej., de la expropiación administrativa en materia urbanística (artículos 66 a 68 de la ley 388 de 1997) o de la recientemente reglamentada expropiación para proyectos de infraestructura de transportes (párrafo del artículo 87 de la ley 1474 de 2011).

esfera de las relaciones económicas obliga a asumir *una aproximación metodológica específica*, que haga posible un tratamiento ordenado y racional del objeto que así se configura. El uso de instrumentos metodológicos como el *concepto* y los *tipos de propiedad constitucional* resulta de gran utilidad para este fin.

Toda vez que este derecho debe prestar cobertura a figuras tan disímiles como el derecho de dominio y otros derechos reales, lo mismo que a derechos de crédito, patentes, acciones, derechos de autor, pensiones, salarios o derechos surgidos de licencias, concesiones, subvenciones o contratos administrativos, es preciso articular un concepto de propiedad que permita abarcar un conjunto tan amplio y heterogéneo de figuras. Resulta forzoso articular una fórmula que permita englobar bajo una misma noción realidades que son *diferentes pero similares*: aunque económico-social y legalmente diferenciadas, este conjunto de posiciones jurídico-patrimoniales resulta homologable a la luz del interés tutelado por la Constitución en el derecho de propiedad y de las necesidades de intervención estatal en este ámbito como salvaguarda del interés general. *Se impone, entonces, elaborar un concepto desde una mayor elevación conceptual que permita ensanchar la cobertura de este derecho*. Más que una afectación o un atentado contra la dogmática civil de la propiedad privada este proceso no pretende nada diferente a amplificar el número de objetos constitucionalmente protegidos y sometidos al régimen de incursiones estatales previsto por el artículo 58 CC.

Ahora bien, el ensanchamiento del objeto de protección supone un correlativo adelgazamiento de la densidad conceptual y de la capacidad descriptiva de la noción que se adopta. Por esto, el concepto constitucional de propiedad difiere cuantitativa y cualitativamente de su homólogo de la codificación: cuantitativamente abarca un mayor número de posiciones jurídico-patrimoniales; cualitativamente presenta un mayor grado de abstracción y de generalidad, lo cual se traduce en una menor capacidad descriptiva, como consecuencia de la mayor elevación conceptual desde la cual se formula²⁷.

Entender que la propiedad constitucional brinda cobertura a todo derecho o posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial supone definir este derecho como *un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, sujeto a una función social, cuyo contenido radica en una genérica utilidad privada para su titular*.

Este concepto, que por su generalidad debe operar como *criterio ordenador* del conjunto y *factor delimitador* del ámbito de cobertura del derecho, requiere de un recurso adicional, los *tipos de propiedad*, para poder fundamentar racionalmente las bases de un sistema coherente tanto con la desigual realidad jurídica y económica presente en su interior, como con las exigencias de protección de los intereses patrimoniales e intervención estatal en amparo del interés general impuestas por la Constitución. La referencia a los tipos propietarios se justifica, así, por la nece-

²⁷ Así, KARL LARENZ. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª Edición, Barcelona, Ariel, 2001, p. 445.

sidad de emplear un instrumento metodológico que al tiempo que haga posible preservar la unidad impuesta por la consagración constitucional de un único régimen de la propiedad, de proporciones tan vastas, permita ordenar una materia tan heterogénea y consiga preservar la efectividad de las formas de protección que la Constitución ha previsto como garantía del derecho²⁸. De lo contrario, dada la generalidad del concepto de propiedad articulado, mecanismos de garantía del derecho como el contenido esencial quedarían neutralizados, en detrimento de la tutela jurídica que la Constitución reconoce al derecho.

La aplicación de este *esquema metodológico* da lugar a la *separación por tipos* de las distintas realidades englobadas dentro del *concepto general* sin desconocer las peculiaridades que pueda presentar cada uno de ellos. De este modo se evita el vaciamiento del contenido de la regulación constitucional de este derecho —que resultaría de su disolución en la generalidad de un concepto demasiado abstracto—, a la par que se conjura el riesgo de su subaprovechamiento como consecuencia de la adopción de una posición *stricto sensu* (de la noción de dominio). Así, además de hacer posible corroborar la viabilidad práctica de la adopción de un concepto constitucional de propiedad *lato sensu*, este esquema formaliza la constitucionalización de la entera realidad jurídico-patrimonial de los particulares, expande la órbita de protección individual y de intervención estatal sobre el derecho y proporciona un modelo apto para hacer frente a la continua articulación por el legislador y el mercado de posiciones dignas de amparo e intervención estatal y, lo que es lo mismo, a las permanentes exigencias de actualización del sistema económico. Su amplitud y flexibilidad abren la posibilidad de que toda nueva forma de propiedad pueda ser siempre encajada dentro de alguno de los tipos predeterminados e, incluso, de resultar procedente, variar la tipología o idear un nuevo tipo.

A la luz de la finalidad y función que el derecho de propiedad debe atender dentro de la realidad constitucional y fáctica actual resulta procedente identificar *tres grandes tipos de propiedad*: la propiedad común o propiedad *stricto sensu*, la propiedad especial y la propiedad subsistencia. Mientras que el primero posee unos rasgos que hacen fácilmente reconocible su condición de propiedad, los otros dos presentan aspectos particulares que los hacen no coincidentes con la imagen social extendida de este derecho. La propiedad común posee un sentido económico y personal, que busca procurar al individuo los medios necesarios para una vida autónoma y autorresponsable, y permitirle participar dentro del proceso económico que se desarrolla en su comunidad; recae sobre objetos susceptibles de apropiación, aprovechamiento y disposición, y presenta un contenido tradicional, integrado por las típicas facultades dominicales de goce y disposición. El derecho que surge en relación con bienes muebles e inmuebles tradicionales, creaciones intelectuales, marcas, patentes, acciones, los derechos de crédito articulados por el Derecho Privado, se integran dentro de este tipo.

²⁸ *Idem*, pp. 451 y ss.

La propiedad especial y la propiedad subsistencia, por su parte, representan un claro desarrollo de la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional. Por esto recaen sobre objetos que no necesariamente pueden ser objeto de apropiación particular, se apartan del contenido tradicional del derecho y envuelven únicamente la facultad de goce. A pesar de estas semejanzas existen entre ellas diferencias notables. La propiedad especial tiene también un sentido económico y personal. Su objeto primordial lo constituyen bienes inmateriales, especialmente posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial configuradas en el ámbito de la Administración económica, tales como licencias de uso de suelo, concesiones de aprovechamiento privativo de recursos naturales, títulos de explotación minera, derechos contractuales, bonos de deuda pública o subvenciones. Más que relaciones jurídicas enderezadas a la apropiación material inmediata y directa de un bien, esta clase de propiedad se orienta a permitir el acceso y aprovechamiento por particulares de determinados bienes o de ámbitos controlados por la Administración. La propiedad subsistencia, en cambio, abarca el conjunto de prestaciones públicas y privadas subjetivamente atribuidas al individuo que buscan garantizarle los elementos materiales indispensables para subsistir. Se basa en la idea de la procura existencial de FORSTHOFF²⁹, como respuesta a la creciente dependencia individual de las prestaciones externas (principalmente articuladas por el Estado social de Derecho) en atención a la incapacidad actual del individuo para autoabastecerse y asegurar su propia subsistencia. Su objeto está constituido, mayoritariamente, por posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial articuladas en el ámbito de la Administración social (aunque ello no excluye la cobertura de posiciones jurídico-privadas configuradas con este mismo fin tales como el derecho a pedir alimentos o los derechos de uso y habitación). Por tener un sentido meramente personal, el contenido de este tipo propietario no incluye el poder de disposición, centrándose únicamente en la facultad de goce.

Entendida como un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujeta a una función social cuyo contenido recae sobre una genérica utilidad privada para su titular, la propiedad privada pasa de ser un derecho sobre las cosas a ser un *derecho sobre los derechos*, cuya misión no es otra que proteger "lo adquirido" y asegurar su subordinación a las exigencias del interés general y la correlativa apertura a las distintas formas de intervención estatal sobre este ámbito.

Paralelamente al ensanchamiento de la garantía patrimonial de los ciudadanos, se expande la cobertura del repertorio de técnicas de realización del Estado social de Derecho previstas para ser aplicadas en este espacio concreto (*i. e.* delimitación del contenido del derecho, expropiación, extinción del dominio y carácter jurídico –y, por ende, no indemnizable– de ciertos daños ocasionados fruto de la actividad del Estado sobre la propiedad). Asimismo, esta noción subraya el

²⁹ ERNST FORSTHOFF. *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammen, 1959, pp. 22 y ss.

hecho que el énfasis de la propiedad constitucional no está puesto en la *relación de pertenencia* entre el objeto y el sujeto, sino en la *relación de acceso y aprovechamiento* que surge entre uno y otro. De este modo, al tiempo que confirma el papel central que corresponde a la propiedad dentro del sistema económico en tanto que institución que busca definir de manera ordenada reglas sobre quién accede a qué recursos, bajo qué condiciones y con qué finalidad, la Constitución articula una figura por medio de la cual consigue la atribución y tutela de un ámbito de aprovechamiento privado sujeto a una función social y a un conjunto de intervenciones estatales que busca hacer operativo el contenido subjetivo inherente al derecho en un sistema de economía social de mercado y contribuir a la realización del Estado social de Derecho.

II. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN

La expansión de las técnicas de intervención estatal en la propiedad (delimitación de su contenido con arreglo al criterio de la función social, expropiación y extinción del dominio) a todo el ámbito jurídico-patrimonial de los particulares que se desprende de la adopción de una concepción *lato sensu* del derecho, supone el desafío de dar forma y efectividad a la idea de garantía constitucional que preside la disciplina de esta materia en la Constitución (*vid.* artículo 58 párr. 1 frase 1 CC *ab initio*). Así, del mismo modo que el texto constitucional ha previsto un conjunto de prerrogativas de intervención del Estado en la propiedad cuyo fin es subrayar el carácter no absoluto de este derecho y su permanente subordinación al interés general, el instituto de la garantía debe cumplir una función análoga en relación con tales prerrogativas y subrayar su carácter no absoluto ni incondicionado. La normalización de la definición por el legislador de límites, condiciones, cargas y obligaciones para el ejercicio del derecho de propiedad de cara a la realización de intereses relevantes para la colectividad, lo mismo que el reconocimiento del carácter expropiable o extinguido de toda posición jurídico-patrimonial *debe encontrar siempre un contrapeso efectivo en la garantía constitucional del derecho*.

En este orden de ideas, por ejemplo, con ser cierto que la idea de la vinculación social de la propiedad constituye un "factor delimitador" del contenido subjetivo del derecho³⁰, no lo es menos que esta garantía representa a su vez el mismo papel respecto de aquella. Dado el carácter dual del derecho de propiedad constitucional, que es función social y utilidad privada al mismo tiempo, esta última no puede ser completamente asfixiada o anulada por la primera. Dependiendo de la clase de bien sobre el que recaiga el derecho, la configuración legal de su régimen debe guardar –con mayor o menor intensidad y detalle según el caso– las líneas fun-

³⁰ ANTONIO PÉREZ LUÑO y ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ Y TÓRREZ. "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", en *Comentarios a la Constitución Española* (Dir. OSCAR ALZAGA VILLAMIL), T. III, Madrid, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 527.

damentales de la imagen diseñada por el constituyente. Aun cuando igualmente amparadas por la garantía del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC, no puede ser lo mismo ser propietario de una bicicleta que de una casa antigua declarada patrimonio histórico-cultural o concesionario de una vía pública. De cualquier modo, puede afirmarse que la garantía del derecho exige propugnar, con independencia del tipo concreto de propiedad de que se trate, por el respeto de los distintos límites que la Constitución ha señalado a la actividad de delimitación de su contenido con miras a preservar el balance constitucionalmente exigido entre los dos elementos que lo componen (*i. e.* utilidad privada y función social)³¹.

Aunque se trata de límites no expresamente señalados, una interpretación sistemática del artículo 58 CC permite señalar los siguientes: el respeto a las reglas de competencia que fija el artículo 58 párr. 4 CC y le impiden practicar directamente expropiaciones (*rectius* reserva de juez y de administración), el principio de razonabilidad, el interés general como idea básica de cualquier delimitación emparada en la función social del derecho, el mandato de ponderación, el contenido esencial del derecho de propiedad, el principio de proporcionalidad y la protección de "lo adquirido"³².

Un equilibrio semejante entre prerrogativa pública y garantía del derecho debe presidir el ejercicio de las potestades expropiatorias y de extinción del dominio: si bien es cierto que la Constitución ha revestido a las autoridades de estos poderes, no lo es menos que se trata de *potestades limitadas y condicionadas*. Por ende, su validez se encuentra supeditada a la observancia estricta de los presupuestos que la Constitución misma ha señalado (*vid.* artículos 58 párr. 4 y 34 párr. 2 respectivamente). De este modo, resulta procedente entender que toda intervención de esta clase que tenga lugar fuera de los marcos formales y materiales establecidos por el texto constitucional debe tenerse por inválida y, por lo mismo, podrá ser legítimamente rechazada por la vertiente defensiva del derecho.

Así las cosas, con ser cierto que toda propiedad privada se encuentra sujeta al principio de prevalencia del interés general (artículo 58 párr. 1 frase 2 CC) y vinculada al cumplimiento de una función social, su privación sólo podrá tener lugar de ser respetadas las especiales garantías previstas para la expropiación por el artículo 58 párr. 4 CC (*causa expropriandi*, procedimiento expropiatorio e indemnización previa)³³ o para la extinción del dominio por el artículo 34 párr. 2 CC

³¹ Se entiende por delimitación "la técnica por medio de la cual se concreta el contenido del derecho mediante la especificación de la función social correspondiente a una determinada clase de propiedad de cara a la armonización de los intereses personales del propietario con los intereses generales que pueden confluir en dicho ámbito dominical". Cfr. HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO. *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010, p. 446. El texto de este trabajo puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: <http://tesisenred.net/handle/10803/13062>

³² Aun cuando no de forma sistemática ni reiterada, muchos de estos límites son habitualmente empleados por la jurisprudencia constitucional al efectuar el control de las decisiones legislativas en materia de propiedad.

³³ Se entiende por expropiación constitucional "la privación coactiva e intencionada de una posición

(causa legalmente definida, procedimiento y pronunciamiento judicial)³⁴. En caso contrario, la incursión efectuada resultará inválida.

Así, dado el contexto normativo en el que se encuentra insertada, la garantía constitucional de la propiedad no puede más que apuntar a asegurar la plena operatividad de los diversos límites y presupuestos que la Constitución ha fijado a los poderes públicos en relación con cada una de las formas de intervención sobre el derecho, previstos, justamente, para tutelar el interés particular que subyace a toda propiedad constitucional. Por ende, *la garantía constitucional del derecho debe ser entendida como un mandato de identificación, tipificación y respeto de los diferentes límites y presupuestos establecidos por la Constitución a las distintas formas de injerencia estatal sobre el derecho.*

De ahí que sea necesario diferenciar técnicamente las distintas modalidades de incursión estatal autorizadas por la Constitución (*i. e.* delimitación, expropiación y extinción del dominio) y aislar y caracterizar sustantivamente los regímenes correspondientes a cada una. La reconstrucción de estos regímenes exige un esfuerzo dogmático que además de permitir decantar los diferentes límites establecidos por la Constitución, hace posible apreciar y definir con claridad los contornos de cada una de estas formas de injerencia sobre el derecho y acaba por ofrecer una perspectiva global más nítida del sistema articulado por la Constitución en torno a la propiedad privada.

Vistas desde esta óptica se hacen visibles cuestiones que de otro modo permanecerían ocultas o que podrían resultar innecesarias o borrosas, tales como el orden de prevalencia que la Constitución establece entre la garantía del contenido adquirido y la garantía de uso de la propiedad y la garantía de valor que encarna el instituto expropiatorio, o la necesidad de someter la potestad de delimitación del derecho a un repertorio claro y equilibrado de límites que permitan racionalizar su ejercicio, de operar en el ámbito expropiatorio con un concepto ensanchado de propiedad pero estricto de expropiación, de someter a revisión el desarrollo legal de una figura tradicional del Derecho colombiano como la extinción del dominio por incumplimiento de la función social del derecho, o de conectar el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado con el régimen constitucional de la propiedad y poner en valor los procedimientos como estructuras de tutela de los derechos fundamentales.

Asimismo, y desde una perspectiva más concreta, al poner de relieve la necesidad de separar y distinguir claramente las intervenciones delimitadoras de las intervenciones expropiatorias y el deber de asegurar la efectividad de las fórmulas de protección del derecho mediante la declaración de inconstitucionalidad

jurídico-patrimonial amparada por el artículo 58 párr. 1 frase 1 CC para atender una necesidad de interés general". Cfr. H. SANTAELLA QUINTERO. El régimen constitucional de la... Op. cit., p. 575.

³⁴ Se entiende por extinción del dominio la privación intencionada y coactiva "decretada a favor del Estado de una posición jurídico-subjetiva de contenido patrimonial amparada por la garantía del derecho del artículo 58 párr. 1 frase 1 CC por haber sido adquirida mediante enriquecimiento ilícito, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, o por su ejercicio contrario a la función social y ecológica del derecho". Cfr. *Ibidem*, p. 655.

de las intervenciones que infrinjan los límites establecidos por la Constitución, esta visión de su garantía constitucional refuerza la tutela jurídica del derecho. Por un lado, permite superar la situación de minusvaloración jurídica-subjetiva que resulta de la confusión de la garantía del contenido esencial con la garantía indemnizatoria –propia de la expropiación–, producto del pretendido *carácter especial* del contenido esencial de la propiedad³⁵. Por otro, obliga a reflexionar sobre el papel y la estructura del contenido esencial del derecho (que no puede más que operar como un límite al legislador que delimita el derecho y abarca las facultades indispensables para preservar algún grado de utilidad económica a su titular) y la conveniencia de entender, en armonía con la aproximación tipológica aquí esbozada, que deben reconocerse tantos contenidos esenciales cuantos tipos de propiedad hayan sido configurados.

BIBLIOGRAFÍA:

- BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5.ª Edición, Bogotá, Temis, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales* (Trad. JUAN L. REQUEJO e IGNACIO VILLAVARDE), Baden-Baden, Nomos, 1993.
- COPETE LIZARRALDE, ÁLVARO. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bogotá, Lerner, 1960.
- CHINCHILLA, TULIO ELÍ. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2.ª Edición, Bogotá, Temis, 2009.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUÍS. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.
- ECHANDIA, DARÍO. "La reforma del Código Civil", en *Gaceta Judicial*, Tomo XLVIII, No. 1591, 1939.

³⁵ De acuerdo con esta posición, que entremezcla de forma confusa e injustificada los regímenes de garantía aplicables a la delimitación (*núcleo esencial como límite* a esta potestad) y a la expropiación (*indemnización como presupuesto* del ejercicio de esta potestad), el pago de la compensación expropiatoria impide la anulación del núcleo esencial del derecho, con lo cual se desconoce el carácter pretendidamente intangible e indisponible por los poderes públicos. Además de confusión dogmática, el resultado no es otro que la depreciación de la tutela jurídica del derecho de propiedad; que se ve así, en la práctica, privada de esta técnica de protección y acaba reducida a una más sencilla *prohibición de privación sin indemnización*. La Corte Constitucional asume esta postura, p. ej., en la Sentencia C-544 de 2007, FJ 19.

- FORSTHOFF, ERNST. *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammen, 1959.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. "Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales", en *RDUMA*, n.º 225, 2006.
- GUASTINI, RICARDO. *Estudios de teoría constitucional*, (Trad. MARINA GASCÓN y MIGUEL CARBONELL), 6.ª Edición, México, Porrúa – UNAM, 2001.
- HENAO HIDRÓN, JAVIER. *Panorama del Derecho Constitucional*, 2.ª Edición, Bogotá, Temis, 1973.
- HINESTROSA, FERNANDO. "El derecho de propiedad", en *Constitución económica colombiana*, 2.ª Edición, Bogotá, El Navegante, 1997.
- KIMMINICH, OTTO. "La propiedad en la Constitución alemana", en AA.VV., *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad* (Coord. JAVIER BARNÉS), Madrid, Tecnos, 1995.
- LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª Edición, Barcelona, Ariel, 2001.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN. "Eigentumsgarantie und Erbrecht", en *Maunz – Dürig Grundgesetz Kommentar* (HERAUSGEGEBEN VON R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN y H. KLEIN), T. II (Arts. 6-16 A), 52 Lieferung, Munich, Verlag C. H. Beck, 2008.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho Constitucional Colombiano*, 5.ª Edición, Bogotá, Temis, 1997.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO y ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ Y TÓRREZ. "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", en *Comentarios a la Constitución Española* (Dir. Oscar Alzaga Villamil), T. III, Madrid, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.
- PIEROTH, BODO y BERNHARD SCHLINK. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 23 Edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2007.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO. *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ M. "Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española", en *RAP*, n.º 177, 2008.

SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010. El texto de este trabajo puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: <http://tesisenred.net/handle/10803/13062>

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Ed. JAVIER BARNÉS), Sevilla, Editorial Derecho Global, 2006.

SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE y CHRISTIAN BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.