

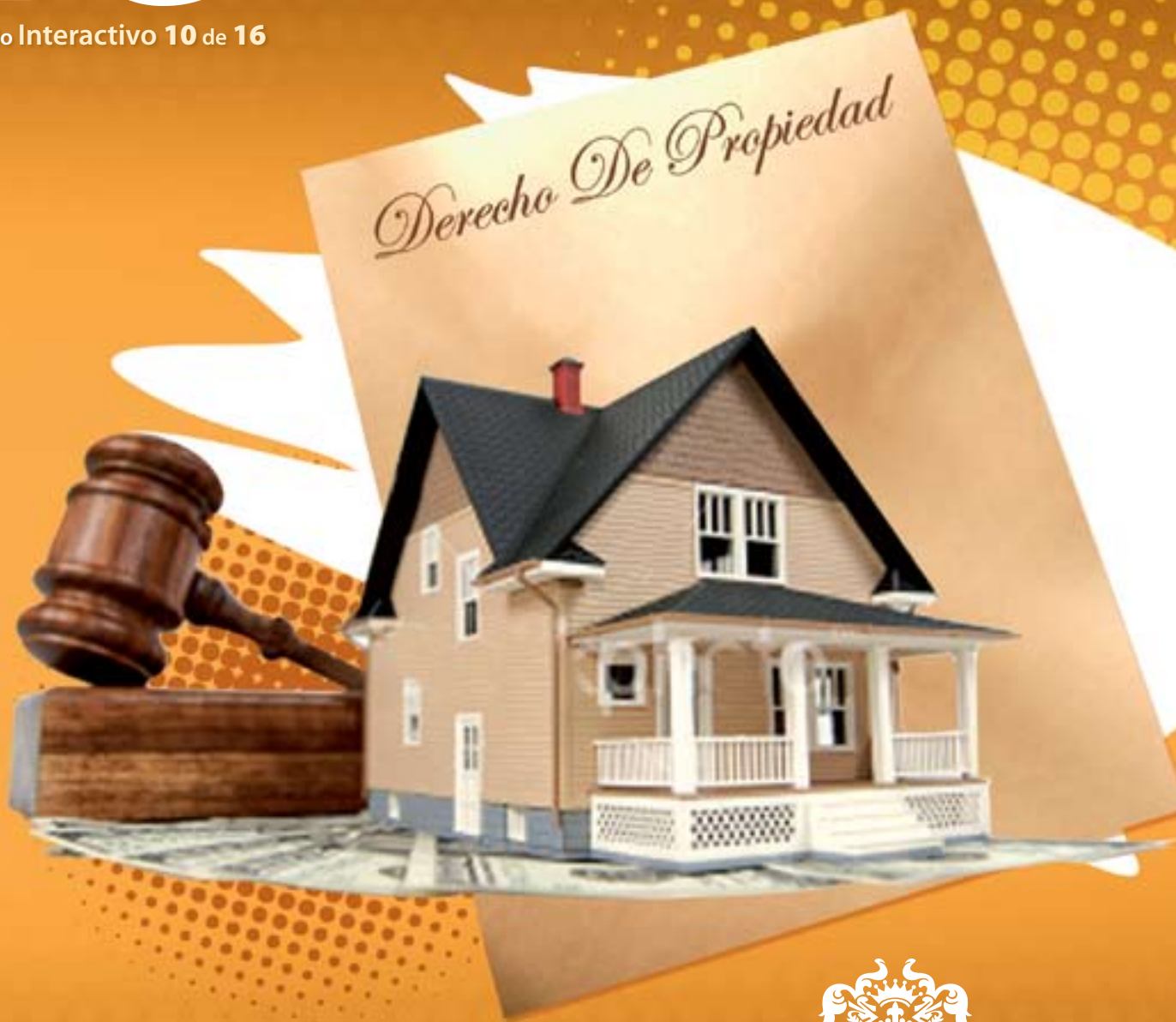
Fascículo
Interactivo

10

Fascículo Interactivo 10 de 16

Propiedad ¿Un derecho inviolable?

Facultad de Jurisprudencia



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Adelante en el tiempo

Universidad, Ciencia y Desarrollo Programa de Divulgación Científica TOMO IV

Existen imágenes que calan enérgicamente en la mente y que difícilmente se borran. Algunas de ellas son las escenas que, constantemente, registran los medios de comunicación sobre los desalojos que sufren las familias o sobre los procesos de extinción de dominio. Ver cómo se diluyen los sueños de las personas cuando pierden su vivienda, terreno o empresa, no es un hecho fácil de digerir. Por ello, la Constitución Nacional vela por la defensa de la propiedad o el dominio.

El Artículo 58 de la Constitución Nacional, dice que éste “es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado, salvo en el caso de evidente necesidad pública, legalmente acreditada y a condición de una justa y previa indemnización”. Como si esto no fuera suficiente, la normatividad también es enfática al explicar que, bajo ninguna bandera, el legislador (quien ejecuta las leyes) está autorizado para establecer expropiaciones o extinciones de dominio por fuera de las instrucciones acuñadas en los Arts. 34, 58 y 59 de la Constitución.

No obstante, y pese a las buenas intenciones de la normatividad colombiana, la flexibilidad de interpretación que permiten ciertos términos de la Ley, ayuda a que se



cometan atropellos contra la población civil. Por ello, resulta vital que los ciudadanos comprendan todos los aspectos que giran en torno al tema de la propiedad, es decir, identificar cuándo una expropiación o extinción son legales, y cuándo se viola el derecho al dominio.

Para lograr este objetivo, los profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Francisco Ternera Barrios y Fabricio Mantilla Espinosa, se dieron a la tarea

Continúe el tema en el fascículo interactivo en www.urosario.edu.co/investigacion

Este artículo es una síntesis de los temas que desarrollan los grupos de investigación de la Universidad del Rosario. Este material cuenta con documentos, capítulos de libros, entrevistas, fotografías y bibliografía de apoyo, entre otros soportes o estudios, que el lector podrá **consultar en la página Web** www.urosario.edu.co/investigacion.

Bibliografía 

Fotografía 

Página web 

Video 

Foro 





de investigar lo que por siglos ha ocurrido con respecto a la “función social” de la propiedad. En este artículo, exponen de forma concisa y valiosa lo que todo ciudadano merece saber porque, como bien se dice, el que posee la información, tiene el poder.

●● **“Función social” de la propiedad, un concepto vago**

Para poder moverse fácilmente en la arena movediza que implica este asunto, lo primero que se debe hacer es comprender el concepto de “función social”. En términos del ciudadano de a pie, éste se refiere a las responsabilidades que adquiere todo aquel que sea titular o propietario de un bien.

Así, como lo explica la jurisprudencia colombiana, “quien tiene una propiedad debe hacer uso de

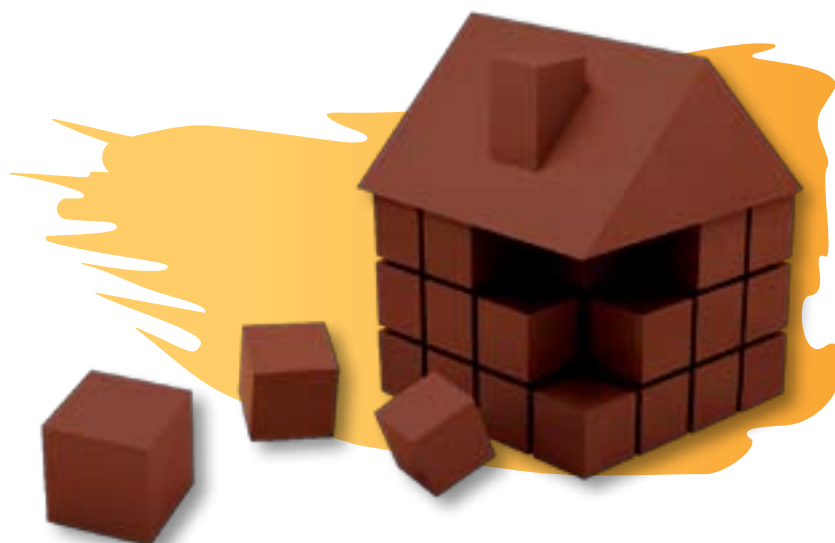
ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad sino que sea útil a ella”. En términos más legales, el propietario, más que un titular de un derecho subjetivo, es un funcionario de los intereses sociales. Por ello, como lo dice la normatividad nacional, el legislador (reivindicando el concepto de la función social) “le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su de-

recho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales”.

Y es precisamente en este punto cuando se presentan los grandes conflictos socio-jurídicos, pues jueces y legisladores, desde siglos atrás, tienen un debate sobre los límites jurídicos de la función social. ¿Hasta dónde puede, realmente, llegar el legislador? Ésta es una discusión que aún no conoce fin.

●● **Un conflicto histórico**

Este dilema no es tema de ayer, sino que, por el contrario, tiene una larga historia. La vaguedad del concepto de “función social” de la propiedad se evidenció en la propia Asamblea Constituyente. Para comprobarlo basta con leer algunos de los apartes de la Constitución, que por un lado dice: “la propiedad no tiene nada que ver con la función social si es monopolista, si es improductiva, si aumenta riqueza para unos y empobrece a otros”; y por otro afirma que “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





Felipe II limitó los derechos de dominio de las minas y las atribuciones de los propietarios respecto a sus fachadas.

derechos, de acuerdo a las riquezas". En conclusión, la expresión amplia, de contornos ilimitados, "función social" parece poder sustentar todo tipo de argumentos, quimeras y arbitrariedades.

●● La plena potestad

Todo este listado de ambigüedades viene desde la Antigüedad. El dilema tiene sus raíces bien cimentadas. Sólo hay que dar vuelta atrás y mirar a Roma, principalmente a partir de Augusto, pues allí el dominio (*dominium*) vio limitado su ejercicio de plena potestad (*plena potestas*) sobre el bien. Por ejemplo, en materia de inmuebles, para permitir la circulación de las personas se exigía un espacio (*ambitus*) de 2 pies y medio de distancia entre un predio y otro; igualmente, se prohibía la siembra de árboles medianeros con una altura mayor de 15 pies. También se hablaba de que estaba prohibida la demolición de casas relevantes para el Imperio, y de que las personas que descubrieran una mina estaban autorizadas para su explotación, incluso si no se trataba del propietario del terreno. A todas

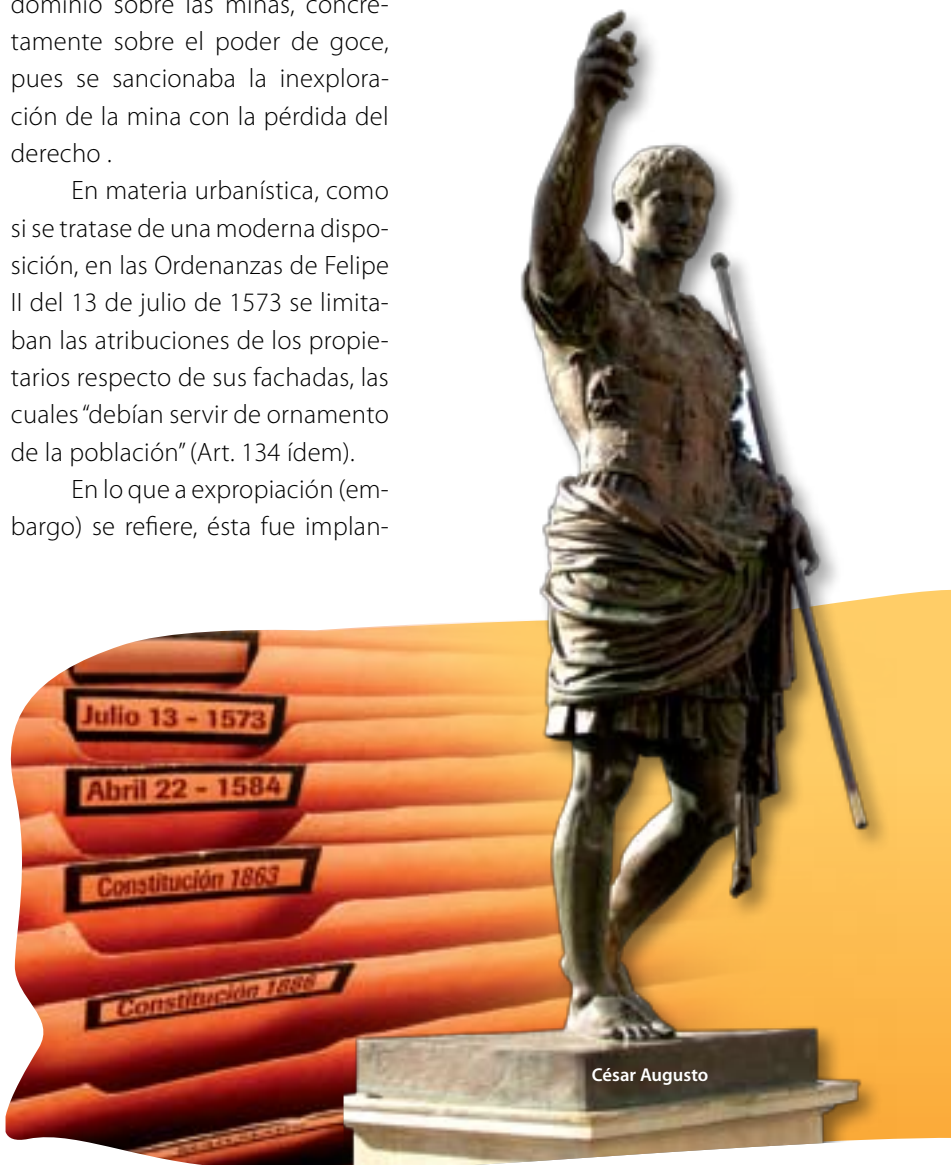
estas disposiciones casuistas, se puede agregar el hecho de que, en aquella época, también se discutía sobre el tema de la usucapión, es decir, el castigo que recibía el dueño por el abandono del bien y que, a su vez, premiaba a un tercero por su explotación.

En general, como lo asegura la jurisprudencia constitucional, en todas las épocas se establecieron limitaciones a la *plena potestas* del dueño. Por ejemplo, en el siglo XVI, las Ordenanzas de Felipe II del 22 de abril de 1584 implantaron puntuales limitaciones respecto del dominio sobre las minas, concretamente sobre el poder de goce, pues se sancionaba la inexploración de la mina con la pérdida del derecho.

En materia urbanística, como si se tratase de una moderna disposición, en las Ordenanzas de Felipe II del 13 de julio de 1573 se limitaban las atribuciones de los propietarios respecto de sus fachadas, las cuales "debían servir de ornamento de la población" (Art. 134 ídem).

En lo que a expropiación (embargo) se refiere, ésta fue implan-

tada en las primeras constituciones neogranadinas. De igual manera, en el Art. 15 de la Constitución de 1863 de los Estados Unidos de Colombia ya se hablaba del tema; se decía que la expropiación, que da lugar a una indemnización previa, debe ser declarada judicialmente. Además de ello, para ese entonces, ya se preveía una segunda variedad de indemnización: la expropiación en caso de guerra, con indemnización posterior; es decir, que la gente podía ser sacada de sus predios si así lo consideraba el Estado, para



lo cual recibiría un dinero a cambio. Para terminar, después de la reforma de 1936 a la Constitución de 1886, se adoptó la figura de la extinción del dominio sobre predios rurales inexplorados (Art. 5 de la Ley 200 de 1936 y 52 de la Ley 160 de 1994).

●● Las consecuencias de un milenario concepto

La vaguedad de la que ha sido víctima el concepto de “función social” no se queda, simplemente, en una ambigüedad gramatical, sino que se ha convertido en un medio facilitador de la arbitrariedad, pues, como lo dijo Jeremy Bentham, “la incertidumbre sobre el significado de las palabras empleadas en el ámbito del derecho, generará, en la misma proporción, incertidumbre respecto a la posesión y a la propiedad en todas sus formas y también suscitará la falta de seguridad política contra el mal en todas sus formas”.

Por eso, en estos días el concepto de “función social” ha dado motivos al legislador para que atropelle los derechos adquiridos de los particulares. Aunque los ejemplos sobre este postulado no son pocos, se puede observar, con detenimiento, uno de tantos y así determinar las implicaciones que para la sociedad ha significado depender de un término tan “flexible”.

“Con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales, declárese *Parques Nacionales Naturales* aquellas zonas que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y

El concepto “función social”, debido a su vaguedad, propicia arbitrariedades y atropellos contra los derechos adquiridos de los particulares. Numerosos ejemplos confirman lo anterior, lo cual hace necesario un mayor conocimiento de este tema por parte de la sociedad.

Naturales, delimite y reserve de manera especial, por medio de Decretos, en las distintas zonas del país y en sus distintos pisos térmicos, y en las cuales quedará prohibida la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona. Dentro de estos parques pueden crearse reservas integrales biológicas, en los casos en que ello se justifique a juicio del Ministerio de Agricultura y de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales” (Art. 13 de la Ley 2 de 1959).

Este párrafo, que a simple vista parece ser un postulado que defiende a la naturaleza,





en el fondo es una oscura disposición con la que se prohíbe a los propietarios particulares de predios ubicados dentro de las zonas calificadas como “parques nacionales naturales”, enajenar sus respectivos derechos de dominio. Es decir, arbitrariamente, se cercenó el poder de disposición jurídica del propietario.

● ● **Las actuaciones ajustadas a la legalidad**

En su más alto nivel, con rango constitucional, se establece que la propiedad solamente se puede terminar por tres eventos puntuales: extinción del dominio judicial de los derechos adquiridos ilegítimamente (Art. 34 C.N.), extinción de dominio administrativa por incumplimiento de la función social de la propiedad (Art. 58 inc. 2 C.N.) y expropiación con indemnización por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador (Arts. 58 y 59 C.N.).

● La extinción de dominio judicial de los derechos adquiridos

ilegítimamente, desde luego, no da lugar a indemnización o compensación alguna, pues se concibe como una sanción económica o patrimonial, la cual se impone sobre un sujeto. La sanción se justifica porque el derecho a la propiedad se consiguió a través de un proceder reprochable; es decir, el derecho no se adquirió “con arre-

glo a las leyes civiles” (Art. 58 C.N.).

● La extinción de dominio administrativa por inexplotación del bien, se trata de una sanción patrimonial que ataca, no el origen ilegítimo del dominio, sino su ejercicio; es decir, el poder de goce o explotación que no se ejerce conforme a las necesidades sociales. Sirven de ejemplo los siguientes casos: extinción de la propiedad de inmuebles (Art. 144 de la Ley 1152 de 2007), extinción del derecho privado que excepcionalmente se tenga sobre las minas (Art. 29 de la Ley 685 de 2001) y las fuentes hídricas de dominio particular (Arts. 677 C.C., 82 del Decreto 2811 de 1974 y 20 del Decreto 1541 de 1978); además de las propiedades sobre bienes inmateriales como las patentes y marcas (Arts. 59 y 165 de la Decisión 486 de 2000).

● Finalmente, se estatuye la expropiación con indemnización por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador (Arts. 58 y 59 C.N.). En este sentido, se consagran dos variedades

Aunque el ordenamiento constitucional colombiano no autoriza al Estado a expropiaciones o extinciones del dominio, algunos fallos de la Corte Constitucional revalidan instituciones como la expropiación sin indemnización.

des de expropiación: ordinaria con indemnización, por vía judicial o administrativa, y extraordinaria (en caso de guerra) con indemnización posterior.

●● Expropiación sin indemnización

Este álgido tema es otro de los asuntos que hoy en día, pese a su muerte judicial, parecen renacer. Es claro que la expropiación sin indemnización, por razones de equidad, fue eliminada con el Acto Legislativo 01 de 1999; sin embargo, con el fallo C-18 C-189 de 2006 de la Corte Constitucional, que avaló el artículo 13 de la Ley 2 de 1959, parece revivirse. Con esta decisión judicial se revalida la expropiación sin indemnización, lo que se convierte en una manifiesta arbitrariedad que cercena un derecho constitucional. En efecto, “la necesidad reconocida en la ley de utilidad pública o interés social puede dar lugar a que el interés particular deba ceder ante el interés general, evento en el cual la única vía posible de enderezar las cargas y mantener el principio de igualdad es la compensación (...)”.

Por eso, no se puede desconocer que sólo con la expropiación con indemnización se protege el interés de la comunidad y el interés patrimonial del propietario. Pero, ¿qué pasa cuando el legislador, sin atreverse a to-

¿Qué es propiedad?

La propiedad o dominio es el principal derecho patrimonial reconocido en la normativa nacional. En su mínima expresión, ofrece a su titular tres categorías jurídicas de servicios: uso (por ejemplo: habitar en un inmueble, transitar en un carro, vestir una corbata), goce (por ejemplo: percibir frutos naturales, como las cosechas en una finca o frutos civiles, como los cánones de arrendamiento de una oficina arrendada) y disposición (por ejemplo: sobre el bien mismo, como pintar la casa o construir el baño, o respecto del derecho, como vender un vehículo).

En la normativa existen otros derechos reales de menor envergadura que confieren ya el uso y el goce. En este orden de ideas, ¿qué pasa cuando a la propiedad se le cercena totalmente el poder de disposición y parcialmente el de goce? Sencillamente, deja de ser un derecho de propiedad y se convierte en otro derecho real con menor contenido. Esta “metamorfosis” del derecho de propiedad puede ser reconocida como una expropiación y, por ende, debería dar lugar a una indemnización, por lo menos parcial.

La polémica expropiación

La expropiación es un acto unilateral del Estado que afecta el derecho de la propiedad particular y que obedece a motivos de utilidad pública e interés social señalados por el legislador. Como algunas de las características de esta institución, se puede afirmar que la expropiación tiene un carácter general, puesto que se someten todos los derechos de propiedad a una eventual expropiación por motivos de utilidad pública. La expropiación no es una sanción, sino que se trata de una manifestación de los amplios poderes públicos que tiene el Estado, los cuales, sin embargo, están sujetos al interés general. Por último, la expropiación ofrece garantías al expropiado como el pago de una indemnización expropiatoria y el control judicial, previo o posterior.



mar “la vaca”, le amputa una o dos de sus piernas? ¿Esta súbita desmembración no elimina el aprovechamiento razonable del animal? Por supuesto que sí. Argumentar lo contrario equivaldría a autorizar al Estado para que robe los intereses de los administrados. Es decir, el ordenamiento constitucional colombiano no autoriza al Estado legislador para estatuir expropiaciones o extinciones del dominio.

DOCTORADO EN DERECHO

Facultad de Jurisprudencia

Un programa que refleja la experiencia y contribución a la ciencia jurídica del país en áreas del derecho privado, público y de la teoría jurídica.



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Adelante en el tiempo

WES
ES10

www.urosario.edu.co/jurisprudencia



Grupo de Investigación: Derecho Público Facultad de Jurisprudencia

Líneas de Investigación

Democracia y Justicia, Historia del Derecho Colombiano, Sistemas Jurídicos, Sistema Constitucional y de Protección, Derecho Procesal Civil y Probatorio, Derecho Ambiental, Territorio, Descentralización y Democracia, Arbitraje, Pluralismo Jurídico, Administración Pública y Justicia, Régimen Económico y de la Hacienda Pública, Tendencias y Perspectivas del Derecho Administrativo

Decano • Alejandro Venegas Franco

Director del Grupo de Investigación • Camila de Gamboa Tapias

Investigadores • Fabricio Mantilla Espinosa, Francisco Ternera Barrios

Para mayor información escriba al correo fabricio_mantilla@yahoo.fr, francisco.ternera@urosario.edu.co

Para profundizar en estos temas,
consulte la página web

<http://www.urosario.edu.co/investigacion>



Espere el
**próximo
fascículo**
el 14 de julio



Rector Hans Peter Knudsen Q. • **Vicerrector** José Manuel Restrepo A. • **Síndico** Carlos Alberto Dossman M. • **Secretario General** Luis Enrique Nieto A. • **Gerente Comercial y de Mercadeo** Marta Lucía Restrepo T. • **Director del Programa de Divulgación Científica y Director del Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación** Luis Fernando Chaparro O. • **Gerente del Programa de Divulgación Científica** - Margarita María Rivera V. • **Periodistas Científicos** - Julio Norberto Solano J. y Paola Martínez Ocampo • **Diseño y Diagramación Ekon7** - Juan Manuel Rojas De La Rosa • **Corrección de Estilo** - César Mackenzie • **Impresión** OP Gráficas • **Pre-prensa y Circulación** El Tiempo.

ISSN 1909-0501



9771909050007 00016