

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO

LA PROPIEDAD PRIVADA CONSTITUCIONAL: UNA TEORÍA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA	29
I. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA: ¿UN NUEVO VIEJO TÓPICO?	32
1. La codificación como orden fundamental de la propiedad privada .	32
2. El tenue papel de la Constitución en la protección y regulación del derecho en el constitucionalismo liberal	36
II. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE INICIOS DEL SIGLO XX Y LA RUPTURA DE LA VISIÓN LIBERAL DEL DOMINIO.....	38
1. La Constitución de México de 1917	38
1.1. Una nueva forma de regular la propiedad	39
1.2. La significación material de esta nueva fórmula.....	40
2. La Constitución de Weimar de 1919.....	42
2.1. Weimar y el afianzamiento de la concepción social del derecho de propiedad	42
2.2. Weimar y la génesis del concepto constitucional de propiedad.....	43
3. La reforma constitucional de 1936 en Colombia	47
3.1. La concepción social del Derecho hace arribo en Colombia .	47
3.2. La incidencia de la reforma sobre la visión y el régimen de la propiedad privada.....	50

	Pág.
III. LA AUTONOMÍA CONCEPTUAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN.....	54
1. La constitucionalización del Derecho como marco teórico para la articulación de un concepto constitucional de propiedad privada....	55
2. Incidencia de la constitucionalización del Derecho en la articulación de la noción constitucional de la propiedad privada	60
2.1. La apertura de las instituciones constitucionales a la renovación de su sentido originario	61
2.2. La singularidad de la proclamación de la propiedad privada en la Constitución de 1991 y su condición de base para la construcción de un concepto autónomo de este derecho.....	65
IV. LAS DIFICULTADES PARA LA ARTICULACIÓN DE LA GARANTÍA GENERAL DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE ESTE DERECHO	68
1. Barreras culturales para la articulación de la garantía general de la propiedad y la noción constitucional de este derecho	68
2. Barreras metodológicas para la articulación de la garantía general de la propiedad y la noción constitucional de este derecho	74
3. Barreras hermenéuticas la articulación de la garantía general de la propiedad y la noción constitucional de este derecho	76
V. IMPLICACIONES DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE PROPIEDAD SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y NO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL	80
1. Implicaciones para la estructura del derecho	81
2. Implicaciones para el fundamento del derecho	83
3. Implicaciones para la finalidad del derecho	89
4. Implicaciones para el objeto del derecho	90
5. Implicaciones para el significado y el contenido del derecho.....	95
5.1. La inadecuación de las fórmulas tradicionales respecto de la realidad disciplinada por la Constitución.....	95
5.2. La amplitud e indeterminación de las fórmulas impuestas por la noción constitucional de propiedad.....	99
6. Implicaciones para el sentido del derecho.....	101
7. Implicaciones para la regulación del derecho	101
7.1. Las mayores posibilidades de injerencia en el ámbito de protección del derecho.....	102
7.2. El nuevo enfoque de la regulación del derecho.....	104
7.3. La pluralidad de formas de propiedad y de regímenes dominicales.....	105

	Pág.
CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPIEDAD COMO DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN	107
I. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD ...	110
1. La propiedad privada como derecho de defensa	112
1.1. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con la función social del derecho y la prevalencia de los intereses público y social.....	119
1.2. El carácter defensivo de la propiedad y su consonancia con las reformas a los regímenes normativos del derecho.....	121
a) El objeto de protección de la garantía constitucional de la propiedad frente a las reformas al Derecho	125
b) Dos ejemplos de la aplicación de este criterio por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	126
1.3. La protección de la confianza legítima como exigencia de la modificabilidad del Derecho y complemento de la garantía constitucional de la propiedad privada.....	131
2. La propiedad privada como derecho prestacional.....	136
2.1. La propiedad como derecho de protección	140
a) Cuestiones generales.....	140
b) El replanteamiento de la concepción tradicional de los derechos fundamentales y el correlativo refuerzo de la tutela del derecho de propiedad	144
c) El derecho de protección del derecho de propiedad.....	147
i) El derecho de protección de la propiedad frente a la inaplicación de la ley por las autoridades.....	149
ii) El derecho de protección de la propiedad frente a la defectuosa configuración de su régimen	150
2.2. La propiedad como derecho a los procedimientos y a la organización	152
a) Aspectos previos: la necesidad de replantear tanto la idea de protección de los derechos fundamentales, como la concepción restrictiva de la garantía del debido proceso...	152
b) Procedimiento y organización como mecanismos esenciales para la protección de la propiedad privada	155
c) El derecho a la protección de la propiedad por medio de estructuras de procedimiento y organización.....	157
i) La protección en supuestos de inaplicación de los procedimientos existentes.....	158
ii) La protección en supuestos de deficiente configuración o indebida interpretación de los procedimientos existentes.....	159

	<u>Pág.</u>
iii) La protección en supuestos de ausencia de un procedimiento legalmente definido	160
iv) El carácter no absoluto de la garantía de procedimiento de la propiedad	162
II. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	164
1. La propiedad como norma de Derecho objetivo	166
1.1. La propiedad como derecho y la propiedad como institución	168
1.2. La interacción entre la institución y el derecho de propiedad	169
2. Consecuencias del carácter objetivo del derecho de propiedad	172
2.1. El efecto de irradiación del derecho de propiedad	173
2.2. El encargo de protección y fomento del derecho de propiedad	176
2.3. La salvaguardia de la propiedad por medio de estructuras de procedimiento y organización	180
2.4. Las consecuencias jurídicas subjetivas derivadas del contenido objetivo del derecho de propiedad	182
III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	183
1. La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho alemán.....	185
2. El debate sobre el contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho español	189
2.1. La cuestión de la indeterminación del concepto de contenido esencial del derecho de propiedad.....	195
2.2. La cuestión de la equívoca formulación del concepto de contenido esencial del derecho de propiedad.....	199
a) La desaparición de la garantía del contenido esencial y la depreciación de la garantía del derecho	206
b) La paradójica hipertrofia del contenido esencial y el correlativo ensanchamiento de la noción de expropiación.	208
3. El contenido esencial del derecho de propiedad en el Derecho colombiano.....	211
3.1. El «núcleo esencial» del derecho de propiedad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional	214
a) Aproximación conceptual al «núcleo esencial» de la propiedad.....	214
b) Aproximación funcional al «núcleo esencial» de la propiedad.....	218
c) El núcleo esencial de la propiedad y el instituto expropiatorio	220
3.2. Problemas de la reconstrucción del contenido esencial del derecho de propiedad a la luz de su regulación constitucional	222

	Pág.
IV. LA RESERVA DE LEY Y EL DERECHO DE PROPIEDAD.....	226
1. Aspectos generales	226
2. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales	229
3. La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales	232
3.1. Aspectos generales de la reserva de ley estatutaria.....	232
3.2. La reserva de ley estatutaria y el derecho de propiedad.....	236
4. La reserva de ley ordinaria y el derecho de propiedad.....	238
5. La colaboración normativa entre la ley y el reglamento en el ámbito de la reserva legal del derecho de propiedad	240
6. Reserva de ley, colaboración internormativa y autonomía local en la regulación de la propiedad inmueble y los usos del suelo	245
 CAPÍTULO TERCERO. EL OBJETO Y LOS TIPOS DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN	 249
I. EL OBJETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA CONSTITUCIONAL .	251
1. Delimitación material del objeto de la propiedad privada	251
1.1. La reserva de bienes de propiedad privada	251
1.2. La singularidad del objeto de la propiedad constitucional.....	255
a) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del carácter material y normativo de la Constitución.....	256
b) Las exigencias de replanteamiento del objeto del derecho derivadas del régimen constitucional de la propiedad	257
c) La exigencia de una aproximación metodológica al objeto cubierto por la propiedad constitucional.....	261
1.3. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-privadas de contenido patrimonial.....	265
a) Cuestiones previas	265
b) La amplitud de cobertura del artículo 58 CPC en materia jurídico-privada.....	267
i) El reconocimiento legal del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad constitucional en el campo jurídico-privado.....	268
ii) El reconocimiento jurisprudencial del ensanchamiento del objeto de cobertura de la propiedad en el campo jurídico-privado	270
1.4. El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial.....	274
a) El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración social	277

	<u>Pág.</u>
i) La procura existencial y sus exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad	277
ii) Implicaciones de la expansión de la cobertura del artículo 58 CC en este ámbito	280
b) El derecho de propiedad sobre posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial engendradas en el ámbito de la Administración económica	282
i) Cuestiones generales: las exigencias de ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad derivadas de la más intensa intervención del Estado en la economía	282
ii) Los compromisos internacionales de protección de la inversión extranjera: la corroboración jurídico-positiva del ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la Constitución	288
iii) La liberalización como motor de innovaciones legislativas que corroboran el ensanchamiento del objeto del derecho de propiedad en la Constitución	291
iv) La protección de la posición jurídico-patrimonial de los empleados públicos	294
c) ¿Neutralidad de la fuente de una posición jurídico-pública de contenido patrimonial a la luz de la garantía constitucional del derecho de propiedad?.....	297
i) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de resoluciones administrativas .	299
i') Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de la legislación general en relación con los derechos nacidos de actos administrativos	302
i'') Análisis a la luz del régimen constitucional de la propiedad de algunos supuestos de la legislación sectorial en relación con los derechos nacidos de actos administrativos.....	306
ii) Las posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial que surgen de contratos públicos.....	310
ii') La conformidad con el esquema constitucional de la propiedad privada de los derechos nacidos de la aplicación de la legislación general de contratos públicos	311
ii'') El problema de la legislación sectorial	317
d) ¿Condiciones especiales para la configuración del derecho de propiedad sobre una posición jurídico-pública de contenido patrimonial?.....	320

	Pág.
i) La necesidad de establecer criterios diferenciadores para racionalizar la cobertura de la propiedad constitucional	321
ii) Los problemas derivados de los criterios diferenciadores.....	324
iii) La no necesidad de fijar condiciones especiales para la configuración de una propiedad constitucional	326
2. Delimitación jurídica del objeto de la propiedad privada	329
2.1. El sustrato jurídico del derecho de propiedad	331
2.2. La efectiva patrimonialización del derecho	333
2.3. Las exigencias modales para configuración de un derecho de propiedad constitucionalmente protegido	335
II. TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL	337
1. Las exigencias metodológicas de un concepto constitucional de propiedad <i>lato sensu</i>	337
1.1. El recurso a un repertorio metodológico mixto.....	339
1.2. La preocupación por la guarda de la efectividad de las garantías constitucionales atribuidas al derecho	343
2. Los tipos de propiedad constitucional.....	346
2.1. La propiedad ordinaria o común	347
2.2. La propiedad especial.....	348
2.3. La propiedad subsistencia	351
BIBLIOGRAFÍA.....	353

INTRODUCCIÓN

Pocos asuntos tan incombustibles como la propiedad privada. Sea que se vea como la «institución primaria y fundamental sobre la que ha descansado el orden económico de la sociedad»¹, «la base más firme de la libertad humana»² o su «más importante garantía»³, o que se aprecie en ella «la expresión material y sensible de la vida humana enajenada»⁴, es sin duda, una de las figuras más icónicas, pero también más controversiales del mundo jurídico moderno y contemporáneo. La polémica la rodea por todos sus flancos. Aun cuando ha capturado la atención de los más notables pensadores de todos los tiempos y generado pasiones y enfrentamientos (no solo teóricos) a lo largo de la historia⁵, el debate persiste. Paulatinamente se introducen nuevos elementos en una discusión que parece inagotable (en torno a sus titulares, su fundamento, su alcance, su objeto, sus límites, etc.). No en vano se ha afirmado que «nada aguza tanto la imaginación y compromete los afectos de la humanidad como el derecho de

¹ J. S. MILL, *Principios de economía política con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 192.

² D. MENDOZA PÉREZ, *Evolución de la propiedad en Colombia (Discurso en la sesión solemne del 30 de noviembre de 1897 en la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia)*, reimposición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 5.

³ F. HAYEK, *Camino de servidumbre* (trad. José Vergara), 3.^a ed., Madrid, Alianza, 2017, p. 173.

⁴ K. MARX, *Manuscritos: economía y filosofía* (trad. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 144.

⁵ Voces tan diversas y autorizadas como las de PLATÓN, ARISTÓTELES, AGUSTIN DE HIPONA, TOMÁS DE AQUINO, DOMINGO DE SOTO, HOBBS, LOCKE, BLACSTONE, KANT, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, MILL, MADISON, HEGEL, SAVIGNY, MARX, ENGELS, PROUDHON, GIERKE, IHERING, DUGUIT, HAYEK, BOBBIO u OSTROM, entre otros muchos, han tomado parte en este debate, defendiendo posturas diversas en torno a su naturaleza, necesidad, función y conveniencia para la sociedad. Un interesante análisis de la evolución de la idea de propiedad desde la Antigüedad clásica hasta el siglo XX, enfocado a partir de la óptica de la historia política, en R. PIPES. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 25 y ss.

propiedad»⁶. La aguda frase de LEISNER describe de manera gráfica su situación: «la propiedad es un derecho particular: la mayoría lo tiene, todos aspiran a ella, y sin embargo en todas partes desata controversia»⁷.

La propiedad privada es, aún hoy, como lo sentenciara hace siglos Alexis de TOCQUEVILLE, «el gran campo de batalla»⁸. No ya, quizás, en relación a si se debe o no reconocer o garantizar este derecho a los ciudadanos (debate que, con contadas excepciones, pareciera superado a nivel global tras la caída del muro de Berlín); lo es en torno a qué puede ser objeto de propiedad privada, bajo qué condiciones, con qué implicaciones. La generalización de la cláusula de reconocimiento y garantía de la propiedad privada como un contenido estándar de las modernas constituciones económicas (al que la mayor parte de las veces es inherente, además, una función social o la subsecuente potestad legislativa para delimitar el derecho, de modo que se asegure su compatibilidad con el interés general)⁹ así permite afirmarlo.

La controversia en torno a este derecho es hoy tan actual como siempre. Pivota, entre otras, sobre la determinación de qué intereses particulares se pueden

⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro 2, Philadelphia, J. B. Lippincott Company, 1893, p. 304 (traducción libre). Consultado en la página web http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf.

⁷ W. LEISNER, «Eigentum», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. Josef ISENSEE und Paul KIRCHHOF), t. VI (Freiheitsrechte), 2.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2001, p. 1024 (traducción libre).

⁸ Con esta expresión alude el autor a la lucha política que en su criterio resultará inevitable entre aquellos que poseen y los que no. Y remata señalando que «*les principales questions de la politique rouleront sur des modifications plus ou moins profondes à apporter au droit des propriétaires*». Vid. Alexis de TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, Calmann Lévy, 1893, S.P. (N.M. 14). Texto consultado en: [https://fr.wikisource.org/wiki/Souvenirs_\(Tocqueville\)/Texte_entier](https://fr.wikisource.org/wiki/Souvenirs_(Tocqueville)/Texte_entier).

⁹ Un vistazo a algunas de las constituciones expedidas en el último cuarto del siglo xx y en lo que va corrido del xxi permiten arribar a esta conclusión. Es el caso de la Constitución Española, promulgada en 1978, cuyo art. 33 hace referencia a que la función social del derecho delimita su contenido «de acuerdo con las leyes». El art. 32 de la Constitución de Estonia (1992) hace referencia a que solo la ley puede limitar el derecho y establece que la propiedad «no puede ser utilizada de un modo que contravenga al interés público». La Constitución de Eslovaquia (1992), en su art. 20.3, prescribe que el ejercicio del derecho de propiedad «no debe perjudicar la salud, la fauna, el patrimonio cultural ni el medio ambiente, más allá de los estándares que señale la ley». Además de aludir al compromiso estatal con la promoción del acceso a la propiedad de la tierra por parte de los ciudadanos en condiciones de igualdad (numeral 5.º), en su numeral 8.º, el art. 25 de la Constitución de Suráfrica (1996) hace referencia a las facultades del legislador para conseguir una reforma en asuntos agrarios, de aguas y otros relacionados, «en orden a corregir los efectos de la discriminación racial del pasado». El art. XIII de la Constitución de Hungría (2011) reconoce el derecho de propiedad, pero señala que este «implica una responsabilidad social». La concepción de la propiedad como derecho supeditado a una función social está también muy presente en Latinoamérica. Así se evidencia en el art. 32 de la Constitución de Uruguay (1967), lo mismo que en el art. 19 (numerales 23 y 24) de la Constitución de Chile (1980), el art. 5 (numerales 22, 23 y 24) de la Constitución de Brasil (1988), el art. 58 de la Constitución de Colombia (1991), el art. 115 de la Constitución de Venezuela (1999), el art. 321 de la Constitución del Ecuador (2008), el art. 56 de la Constitución de Bolivia (2009) y el art. 51 de la Constitución de la República Dominicana (2015), entre otras.

calificar como propiedad constitucional o, lo que es lo mismo, en relación con qué bienes se pueden engendrar derechos amparados por la Constitución en términos de propiedad. También se debate qué implica el reconocimiento de estos derechos, tanto en el plano de las facultades y obligaciones para quienes los ostentan, como para el Estado. En últimas, este, como responsable directo de la realización de múltiples intereses públicos y colectivos, así como de la materialización de un sinnúmero de fines sociales, económicos, ecológicos y políticos encomendados por la Constitución, ha sido revestido de notables poderes de intervención en este campo, que han terminado por teñir de público una esfera tradicionalmente privada (piénsese, p. ej., en las fuertes inmisiones públicas enderezadas a la protección del medio ambiente, el desarrollo ordenado y seguro de las ciudades o la promoción de la competencia en mercados liberalizados como las TICs, la energía o el gas). Con todo, el estrechamiento de los lazos de cooperación entre el sector privado y el público, y la subsecuente arremetida de aquél en dominios antes exclusivos de este, ha originado un notorio desplazamiento de la frontera de los intereses privados (y, por ende, ¿de la propiedad privada?) a terrenos tradicionalmente controlados por la Administración. No es, pues, sencillo, acotar las fronteras de esta institución en nuestro tiempo. De ahí que aún hoy persista el interés por debatir qué significa la propiedad privada para la Constitución. Ello es así también en el caso de la Constitución Colombiana (en adelante CC), que en su art. 58 se ocupa de fijar las bases fundamentales de la regulación de este derecho (garantía del derecho, sujeción de este al criterio de la prevalencia del interés general en caso que se presenten conflictos con el interés particular, cláusula de función social y ecológica de la propiedad, obligación estatal de protección de las formas de propiedad asociativa y cooperativa y garantía expropiatoria).

Los grandes cambios del mundo liberal en el cual la propiedad privada se forjó y consolidó como categoría estelar e imprescindible del sistema jurídico, político, económico y social de Occidente, han llevado a que pese a su actualidad, se cuestione su utilidad en tiempos en los que ha cambiado notablemente la relación entre el ciudadano y el Estado¹⁰. Aun cuando la Constitución no ofrece una visión sistemática nítida de su régimen, que haga posible la construcción de una doctrina unánime o cerrada de lo que para ella significa la propiedad privada constitucional, proporciona numerosos y valiosos elementos que deben ser interpretados a la luz de su sistema normativo y de la realidad presente, para posibilitar el cumplimiento de los fines y funciones que el Constituyente les reservó. Con todo, al menos en el Derecho colombiano, la alargada sombra de la concepción civilista de este derecho y su excesiva influencia en el mundo

¹⁰ En este sentido, *vid.* S. RODOTÀ. *El terrible derecho*, Madrid, Civitas, 1986, p. 47. Como respuesta a esta circunstancia, p. ej., el profesor norteamericano Charles REICH postuló su visión de una «nueva propiedad», con la cual, a partir del reconocimiento de la importancia de las numerosas concesiones y derechos económicos que otorga hoy el Estado a los particulares, defiende una idea distinta del derecho de propiedad. Cfr. C. REICH, «The New Property», en *The Yale Law Journal*, núm. 5, vol. 73, 1964, pp. 733 y ss.

jurídico, han impedido que la literatura especializada y la jurisprudencia hayan avanzado en la identificación y construcción de los perfiles propios de esta figura en la Constitución.

Puesto que el concepto constitucional de propiedad privada resulta determinante del ámbito de aplicación de la garantía consagrada por el art. 58 párr. 1 frase 1 de la CC¹¹, lo mismo que del radio de cobertura de las diferentes técnicas constitucionalmente previstas de intervención estatal en dicho ámbito (*i. e.* la delimitación del contenido del derecho con arreglo al criterio de la función social y ecológica, la expropiación y la extinción del dominio) como vías para tutelar el interés general que confluye de manera regular sobre la propiedad privada, el esclarecimiento de esta noción resulta imperativo. También desentrañar las particularidades de su régimen jurídico constitucional. El complejo juego de cautelas a favor de la salvaguardia del interés particular y la promoción simultánea del interés común (sustanciada en el reconocimiento de las referidas potestades públicas que habilitan una permanente y notoria injerencia del Estado en el momento subjetivo derecho), originan una regulación compleja, que, en suma, formaliza la caracterización de la propiedad privada no solo como un ámbito privilegiado de intervención estatal, sino además como un derecho peculiar, que incluso puede ser legítimamente tomado o abatido por los poderes públicos, si obran con apego a las previsiones constitucionales que disciplinan la materia.

Ahora bien, al margen de las múltiples transformaciones que implican y de las particularidades que imprimen a su régimen, es obvio que las numerosas e incisivas formas de incursión estatal en relación con la propiedad privada, sin parangón en la regulación de los demás derechos en la Constitución, no pueden trastocar la lógica ni la naturaleza jurídico-subjetiva de la misma. Que la propiedad privada no pueda reclamar para sí a día de hoy los atributos de derecho absoluto, inviolable y sagrado que le acompañaron durante el paréntesis que constituye el ideario liberal individualista dentro del pensamiento de Occidente¹², y que la Constitución haya previsto un amplio repertorio de prerrogativas públicas enderezadas a asegurar la realización del Estado social de Derecho, no pueden conducir a la negación de su condición de derecho fundamental ni a la disolución de su garantía sancionada por la Constitución. El respaldo unánime y cerrado que a este derecho ofrecen numerosos y muy importantes instrumentos internacionales¹³, lo mismo que su inveterado reconocimiento en las constitu-

¹¹ De acuerdo con esta disposición: «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».

¹² J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», en *RAP*, núm. 177, 2008, p. 167.

¹³ Dentro del amplio elenco de instrumentos internacionales de alcance universal que consagran el derecho a la propiedad privada se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (art. 13), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5), la Convención Inter-

ciones de la República de Colombia¹⁴, sostienen esta conclusión. Por ende, sin perjuicio de la peculiar configuración de su régimen y de los muchos condicionamientos a los que se encuentra sometida, la propiedad privada no puede dejar de ser vista como un ámbito positivo de actuación conferida al particular para actuar y determinar libremente su existencia en el ámbito jurídico-patrimonial¹⁵.

A diferencia de lo que ocurre con la codificación civil, la Constitución no adopta una concepción unitaria de este derecho: con un contenido fijo (*i. e.* las tradicionales facultades de uso, goce y disposición), un sentido concreto (a saber: la definición de una relación de apropiación o pertenencia directa entre un sujeto y un objeto) y una dimensión esencialmente económica. Consciente de que asumir una concepción jurídico-civil de la propiedad equivaldría a dejar por fuera de su cobertura a un número importante de posiciones jurídico-patrimoniales en relación con las cuales no resulta predicable la configuración de derechos de dominio clásicos (bien por su objeto, su contenido o su sentido, entre otras), no obstante lo cual envuelven intereses merecedores de protección y dignos de ser sometidos a las diferentes formas de injerencia pública ideadas para la propiedad privada, la Constitución ha tomado la figura engendrada por el Derecho civil y la ha transformado. En consonancia con las necesidades actuales del orden económico y social, el Constituyente ha articulado un derecho que si bien no excluye la definición que de él aporta la codificación civil (art. 669 del Código Civil colombiano —en adelante CCC—), no se reduce ni debe reconducirse únicamente a él. El derecho real de dominio es apenas una de las manifestaciones concretas de la propiedad privada constitucional. Ella abarca un espectro mucho más dilatado y heterogéneo de posiciones jurídico-patrimoniales que su homóloga de la codificación. La plasticidad y amplitud de su contenido le llevan a amparar todo tipo de situaciones jurídico-subjetivas

nacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 15 y 16), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 15). En los contextos regionales sobresalen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 13, 14 y 21) y el Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1).

¹⁴ Ya sea en la forma de garantía expropiatoria (arts. 177 de la Constitución de 1821, 146 de la Constitución de 1830, 193 de la Constitución de 1832, 162 de la Constitución de 1843) o directamente proclamado como garantía expresa del derecho (arts. 5.3 de la Constitución de 1853, 56.3 de la Constitución de 1858, 15.5 de la Constitución de 1863 o 31 de la Constitución de 1886), el reconocimiento del derecho de propiedad ha estado presente en las diversas cartas constitucionales vigentes desde el comienzo de la tradición institucional de Colombia.

¹⁵ Sobre esta noción de derecho fundamental, que subraya tanto su contenido de libertad, como su carácter reaccional o defensivo, *vid.* A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 52, notas 20 y 75 y 27. Se plantea y defiende el carácter jurídico subjetivo de la propiedad privada, pese a su vínculo con el interés general y a los notables poderes de injerencia pública en él, en H. SANTAELLA QUINTERO, «Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución Colombiana», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, 2011, p. 235.

de contenido patrimonial que envuelven un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente. De aquí que sea necesario reivindicar una concepción autónoma de la propiedad constitucional, que haga posible entender su singularidad y funcionalidad respecto del sistema constitucional vigente y las necesidades de la sociedad actual.

Naturalmente es este un empeño que más que con apego a la historia o a la tradición jurídica, debe llevarse a cabo a partir de la indagación y comprensión estricta de los materiales que proporciona el propio texto de la Constitución. Es ese el criterio que guía el análisis que aquí se desarrolla. Su objetivo es desentrañar las claves fundamentales de la noción constitucional de la propiedad privada. Solo a partir de la reconstrucción de sus principales elementos resulta posible conocer el significado, contenido y alcance jurídico constitucional de este «terrible derecho»¹⁶. El carácter material y normativo de la Constitución Colombiana de 1991 justifica y auspicia este enfoque. No en balde su texto ha sido el catalizador de una notable constitucionalización del Derecho en Colombia, que curiosamente no ha terminado de impactar plenamente en el ámbito de la propiedad privada¹⁷. Aunque se ha traducido en la proliferación de regímenes legales enderezados a la promoción de toda clase de intereses públicos y colectivos sobre la propiedad raíz, su desarrollo es aún incipiente en relación con posiciones jurídico-patrimoniales que no encajan dentro de la concepción clásica de la propiedad privada (*v. gr.* el régimen jurídico de los derechos para el aprovechamiento privado de minas o de bienes de uso público, en los cuales la desconexión con la regulación constitucional de la propiedad privada es evidente). Tampoco ha logrado impactar en el régimen jurídico de la expropiación, aún aferrado a una concepción predial de este instituto.

Más que atender únicamente a la finalidad de aportar claridad analítico-conceptual a esta materia —cuestión que ALEXY califica con acierto como «condición elemental de racionalidad de toda ciencia»¹⁸ y a la que se espera efectuar alguna contribución en consideración a las muchas preguntas que suscita el régimen constitucional de este derecho—, el estudio que aquí se emprende procura atender asimismo una necesidad que por teórica no deja de producir innegables implicaciones prácticas: solo en la medida en que se tenga claridad dogmática sobre el significado jurídico constitucional de la propiedad privada puede aspirarse a que las reglas y el modelo ideado por la Constitución en este punto sean llevados al terreno sin excesos ni carencias. De lo contrario, numerosos factores impedirán su cabal desarrollo y trasposición a la *praxis*. La ostensible indeterminación constitucional que predomina entre las cláusulas que integran esta constelación, la permanente tensión que resulta del continuo entrecruza-

¹⁶ *Vid.* el expresivo título de la conocida obra del autor italiano S. RODOTÀ, «*El terrible derecho*», previamente citado.

¹⁷ Se alude a este déficit de constitucionalización en H. SANTAELLA QUINTERO, «Notas sobre el...», *Passim*, pp. 243-244.

¹⁸ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Carlos Bernal Pulido), 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 22.

miento de intervención estatal y fórmulas de protección del derecho y el inercial y acrítico apego a numerosas concepciones y doctrinas pre-constitucionales son algunos de esos elementos perturbadores, que truncan la evolución del Derecho en la dirección que la Constitución impone y la realidad demanda.

La vigencia actual de numerosas posturas preconstitucionales en el orden jurídico colombiano impide que este análisis se pueda llevar a cabo desde una perspectiva meramente positiva o descriptiva de la realidad jurídica tal cual es y obliga a que en ocasiones resulte forzoso asumir posturas normativas o realizar intentos de reconstrucción del sistema tal cual debería ser. Con todo, esto no obsta para que el trabajo tenga una preocupación permanente por la realidad de las transacciones económicas del mundo presente y un anclaje firme en ella. Sin perder de vista las ventajas que ofrece la propiedad raíz (como la estabilidad que brinda a sus titulares y la a veces modesta pero segura valorización que experimenta por el solo paso del tiempo, con independencia de los esfuerzos del dueño)¹⁹, las circunstancias actuales del sistema económico han cambiado de manera drástica y aquella no es ya la principal forma de capital. La doctrina jurídica (quizás particularmente la jurídica-pública) no puede hacer abstracción de ese dato. Si, como señala REICH, «la propiedad representa una relación entre una riqueza y su dueño»²⁰, es preciso definir qué se entiende por «riqueza». Es ineludible contar con ello para lograr una aproximación fidedigna a la realidad de las transacciones económicas y poner al sistema constitucional a operar en todo su potencial (y no a media máquina). Aun cuando el acelerado dinamismo de nuestro tiempo condena a la teoría jurídica constitucional y administrativa a ir siempre detrás de la realidad, es forzoso seguirle el paso y procurar recortar distancias siempre que ello sea posible.

Una compleja economía social de mercado como principal mecanismo de coordinación de la actuación de los individuos en el campo económico, tratados internacionales de protección de la inversión extranjera que apuntan a la estandarización de los niveles de tutela jurídica de los intereses de ciertos actores económicos globales, desmaterialización de las principales fuentes de riqueza, un sistema económico caracterizado por un muy alto grado de especialización y una compleja estructura de división del trabajo, novedosas fórmulas jurídicas para involucrar el capital privado en actividades o en causas públicas, mercados deseosos de articular nuevos productos (nuevas formas de propiedad) y una creciente dependencia del individuo frente a fuentes externas que aseguran su subsistencia, son parte del escenario en el que se aplica actualmente la cláusula constitucional de la propiedad privada. Sin duda un panorama asaz diferente del que alumbró la concepción clásica del derecho de dominio. No es vano, entonces, preocuparse por visitar un lugar común del mundo jurídico, el derecho de propiedad, y procurar acuñar un concepto o una teoría ajustada tanto a las exigencias de los nuevos tiempos, como de la Constitución en vigor. Como es

¹⁹ D. MENDOZA PÉREZ, *Evolución de la...*, *op. cit.*, p. 35.

²⁰ N. REICH, «The new...», *op. cit.*, p. 739 (traducción libre).

lógico, más que definir o imponer «el concepto» o «la teoría» de la propiedad privada constitucional, se trata de formular «una teoría» o «un concepto» (¡un@ más!), signado por las peculiaridades dogmáticas y metodológicas comentadas. La ya anotada similitud que a nivel global presentan hoy las normas constitucionales que disciplinan este derecho y las reiteradas referencias al Derecho alemán y español permiten confiar en que este análisis es igualmente útil para otros ordenamientos, pese a su énfasis en el Derecho colombiano.

Articular una teoría constitucional del derecho de propiedad cobra especial relevancia cuando se advierte que ello permite, además, tender un puente con otras disciplinas, como la economía, cuya visión de la propiedad es conocida por su amplitud²¹. En últimas, la ciencia económica parte de la idea de escasez de recursos y de bienes económicos²², siendo privados aquellos que, por oposición a los bienes públicos y a los recursos comunes, «son tanto excluibles como rivales en el consumo»²³. Y resalta que el papel de la propiedad en la sociedad es «estimular la producción, desalentar el robo y reducir los costos de proteger los bienes»²⁴. Por ende, en su visión, a la par que crea, ampara y refuerza la estructura transaccional de los intercambios voluntarios²⁵, la propiedad incentiva el desarrollo económico y genera condiciones de bienestar²⁶; objetivos enteramente compatibles con los fines que la Constitución impone al Estado y al Derecho en su conjunto y que, en consecuencia, no pueden ser indiferentes para la ciencia jurídica pública. En especial a la vista de la importancia de entablar diálogos

²¹ Destaca la importancia de los denominados conceptos puente, que conectan el Derecho con otras disciplinas, y juegan a la par como conceptos clave, que apuntan nuevas perspectivas de observación S. Díez SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterio de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 133 y ss. Debe destacarse, sin embargo, que en criterio de la autora, «los conceptos puente se caracterizan por su origen». Se trata, dice, «de conceptos elaborados en el marco de disciplinas distintas a la jurídica». Las nociones de gobernanza o de red serían ejemplos de lo que Díez SASTRE califica como un concepto puente típico. *Vid. Idem*, p. 137. Ello no obsta, en mi criterio, para que esa importante categoría metodológica se pueda predicar también de la idea amplia de propiedad que se defiende en esta investigación.

²² Así, p. ej., P. SAMUELSON y W. NORDHAUS. *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica* (trad. de Adolfo Deras), traducido de la 19.^a ed., Bogotá, Mc Graw Hill, 2010, p. 4.

²³ N. G. MANKIW y M. TAYLOR. *Economía* (trad. de Esther Rabasco), traducción de la 3.^a ed., Madrid, Paraninfo, 2017, p. 272. Según exponen estos autores, un bien es excluible «cuando es posible impedir que lo utilice una persona que no paga por él», y es rival en su consumo «cuando su uso por parte de una persona reduce su uso por parte de otra». Los bienes públicos no son ni excluibles ni rivales (como la seguridad nacional); y los recursos comunes son bienes que «son rivales en su consumo, pero no excluibles» (como el aire). *Vid. Idem*.

²⁴ R. COOTER y T. ÜLEN, *Derecho y economía* (sin traductor), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 112.

²⁵ *Ibid.*, p. 152.

²⁶ D. ACEMOGLU y J. ROBINSON, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza* (trad. de Martha García), Bogotá, Planeta, 2012, pp. 236 y ss. En definitiva, como apuntan SAMUELSON y NORDHAUS, «[l]os derechos de propiedad definen la capacidad de los individuos o de las empresas para poseer, comprar, vender y utilizar los bienes de capital y otras propiedades». Cfr. P. SAMUELSON y W. NORDHAUS, *Economía...., op. cit.*, p. 34.

con otras disciplinas en medio de la complejidad del mundo actual; así como por la trascendencia (no predominio) de la mirada económica en la formulación de las políticas públicas que hoy gobiernan la acción de la Administración²⁷.

Con el fin de llevar a cabo este análisis, el escrito ha sido dividido en tres grandes capítulos: el primero, relativo a las implicaciones de la constitucionalización de esta materia, explora las razones por las cuales es preciso abordar este estudio desde una perspectiva estrictamente constitucional y sienta las bases para una comprensión jurídico-constitucional sustantiva de este derecho. El Capítulo Segundo se ocupa de esclarecer los efectos de que la Constitución haya consagrado a la propiedad privada como derecho, aun a pesar de haberle configurado como un ámbito privilegiado de intervención estatal. Por último, el Capítulo Tercero está dedicado al análisis del objeto de la propiedad privada constitucional y a sus tipos.

Al hacer patentes las razones que justifican y demandan el distanciamiento de la concepción jurídico-civil del dominio, el escrito apunta a la reivindicación y el afianzamiento de la autonomía conceptual de este derecho en la Constitución. La preocupación por imprimir consistencia teórica a esta labor y no menoscabar la dimensión subjetiva de la propiedad ha hecho imperativo emplear herramientas metodológicas tradicionales pero poco utilizadas en las investigaciones sobre esta materia. Es clave, entonces, el uso de instrumentos metodológicos como el concepto y los tipos de propiedad constitucional. Ellos facilitan la delimitación y la ordenación sistemática de una materia vasta y heterogénea como esta. Desde un ángulo dogmático, la autonomía conceptual de la propiedad privada constitucional y el reconocimiento de la garantía del derecho y de la función social y ecológica del mismo como focos desde los cuales debe efectuarse cualquier aproximación a este material normativo se erigen en faros, que además de señalar el rumbo a seguir, cohesionan internamente este trabajo. Desde la óptica metodológica, el propósito no es otro que ensayar una forma distinta de apreciar y entender la propiedad privada constitucional, con toda su riqueza, amplitud, flexibilidad y complejidad. Con ello se espera hacer una contribución tanto metodológica como dogmática al estudio de este asunto capital de la regulación constitucional del sistema económico como es el derecho de propiedad.

Por último, no quiero cerrar esta introducción sin expresar mi gratitud a quienes jugaron un papel decisivo en el desarrollo de esta investigación. Por desgracia varios de ellos no están ya hoy para ver impreso este esfuerzo. Mi más grande deuda es, sin duda, con mi maestro: Alfredo GALLEGO ANABITARTE (Q.E.P.D.), quien dirigió este trabajo en mi formación doctoral hace ya algunos años. Quizás el calado de sus enseñanzas no se refleja en este escrito, pero me marcó profundamente. A lo largo de este tiempo no solo he podido volver muchas veces sobre lo hecho y revivir lo vivido (sus lecciones, su ejemplo,

²⁷ J.-F. JOLLY. «Economía y políticas públicas», en *Ensayos sobre políticas públicas* (AAVV), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 131 y ss.

sus obsesiones: «el método», «los conceptos», «el lenguaje... ¡hay que dominar el lenguaje!»), he visto crecer día a día mi admiración por sus inextinguibles rigor y vocación de estudio. También Fernando HINESTROSA (Q.E.P.D.), rector y profesor de la Universidad Externado de Colombia por muchos años, y Luis VILLAR BORDA (Q.E.P.D.), profesor de esta misma Universidad, quienes con su ejemplo, aliento y confianza permanentes, fueron impulsos cruciales para adelantar esta labor. Sin el apoyo de la Universidad Externado de Colombia, de la que he sido docente-investigador desde culminar mis estudios de licenciatura en 2001, y de la Fundación Carolina, de la que fui becario doctoral, la mayor parte de esta investigación no habría sido posible. Una beca de investigación del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y la cálida acogida del profesor Martin IBLER en su cátedra de Derecho del Estado me brindaron la oportunidad de adelantar una decisiva y fructífera estancia de un semestre en la Universidad de Constanza en Alemania. En el Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid encontré un ambiente ideal para la investigación y el debate de nuevas ideas. Robé mucho tiempo y conocimiento, que aún no he pagado, a mis amigos Chema RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Eduardo MELERO ALONSO y Jorge AGUDO GONZÁLEZ. En Colombia Julián PIMIENTO ha sido un tándem de lujo, y Alberto MONTAÑA, Magdalena CORREA, Nestor OSUNA y Juan Carlos EXPÓSITO han sido desde hace muchos años referencias fundamentales para mí dentro y fuera de la Universidad. El listado es sin duda incompleto. Además de mis padres (¡mis valedores permanentes!), faltan todas las personas que entonces y ahora han estado a mi lado, animando la vida y permitiéndome aprender de ellos (los Gabrieles, Camilo, Andrea, Tatiana, Gloria, Rocío, Marcela, Enrique, José, José Guillermo, Ricardo, Jairo...) y los que durante este tiempo me han reclamado cariñosamente por no haber publicado antes estas páginas; la primera y primordial: Camille. Mi afectuoso reconocimiento y mi infinita gratitud.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

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

J. J. ROUSSEAU*

Afirmar que el derecho de propiedad hoy en día no significa lo mismo que en otras épocas es un tópico. Son muchos los factores que han incidido en la transformación de esta idea, desde que en el Derecho medio BARTOLO definiera por primera vez el dominio como *ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat*, esto es, como el derecho de disponer perfectamente sobre las cosas corporales sin que la ley lo prohíba¹. De todos ellos uno resulta de especial interés para este estudio: la irrupción de las cartas constitucionales dentro del juego del ordenamiento jurídico y el progresivo abandono y superación de la noción de propiedad privada acuñada por el liberalismo burgués, formalizada en los textos de las codificaciones. La pérdida de la superioridad antes reconocida a los preceptos de la codificación y su consecuente subordinación a los mandatos y contenidos de las disposiciones constitucionales tuvo como consecuencia, entre otras, que esta, de ser una cuestión invariablemente vinculada a la regulación del Código Civil, emblemática y representativa del espíritu que informó sus páginas, pasó a contar con otro referente. A pesar de no representar una ruptura ta-

* J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 19-20.

¹ A. GALLEGO ANABITARTE, «Sobre la propiedad: Observaciones histórico-dogmáticas y actuales», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 225, 2006, p. 125.

jante frente a la tradición precedente, el texto constitucional y sus disposiciones sobre la propiedad privada han incorporado nuevos elementos que, apalancados en la supremacía normativa de la Constitución, han acabado por convertirse en el nuevo foco y la nueva base de una figura cuya regulación y sentido parecían ya suficientemente decantados.

Además del notable vuelco en el enfoque metodológico que presupone este cambio de perspectiva, sus implicaciones sustanciales resultan igualmente significativas. Supone no solamente abandonar una concepción cerrada y concreta de este derecho, caracterizada por sus notas de unitario, elástico, ilimitado, exclusivo, unívoco y perpetuo, que representa el más amplio dominio que se pueda tener sobre las cosas², para abrazar una idea más amplia y acorde con la textura abierta de las disposiciones constitucionales. Una nueva visión de la propiedad que al tiempo que reconoce el derecho como pieza central del sistema económico y del modelo de sociedad imperante, lo enmarca en el contexto del Estado social y del complejo sistema constitucional del que forma parte, le conecta con los intereses de la colectividad y lo abre a una habitual e intensa intervención pública; siempre bajo la salvaguarda de una garantía que asegura a los individuos que su derecho (sea lo que sea que se entienda por tal) no podrá ser despojado, ultrajado ni desnaturalizado. No se trata, pues, únicamente, de que el moderno constitucionalismo haya incorporado el componente de la función social como un elemento estructural de su régimen con la subsecuente desacralización del derecho «inviolable y sagrado» del liberalismo clásico. Igual de importante resulta el reconocimiento de su carácter de derecho subjetivo esencial dentro del engranaje social y económico y de una pluralidad de formas de intervención estatal en su ámbito protegido, cuya armonización con la garantía de la propiedad constitucionalmente sancionada resulta imperativo. Solo a partir de la consideración de esta constelación resulta identificable y reconstruible la singularidad de la idea constitucional de la propiedad privada y su régimen.

El análisis de las diferentes potestades, figuras y reglas que confluyen en el régimen constitucional de la propiedad privada pone en evidencia las dificultades que comporta el uso y trasposición de las categorías tradicionales (derecho real, facultades de uso, goce y disposición, propiedad como dominio pleno, etc.) al plano del derecho reconocido y garantizado por la Constitución. Debido a su raíz marcadamente liberal y al descollante éxito de la concepción clásica de este derecho en Occidente, que reluce prácticamente en todas las codificaciones civiles del hemisferio, su tránsito a las Constituciones sociales de la segunda posguerra no ha resultado sencillo. De un lado, ha sido relativizado en las facultades que usualmente integran su contenido y constreñido por diversas formas de intervención pública en el ámbito protegido (*a. e.* delimitación, expropiación y extinción del dominio) como ningún otro derecho; de otro, su campo de cobertura ha sufrido una expansión sin par, pues avivado por las fuerzas del mercado

² V. MONTÉS, *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 67 y ss.

el Derecho ha terminado por reconocer derechos patrimoniales en los más variados confines de nuestra realidad real y virtual³. De este modo la posición del derecho de propiedad privada en la actualidad resulta un tanto paradójica: cercado en todos sus frentes por el Estado y el interés general, este derecho no es ya lo que era antes; sin embargo, está en todas partes y nadie (ni las autoridades ni los particulares) parece dispuesto a renunciar a él⁴. Producto de esta evolución es evidente que el derecho experimenta serias transformaciones en relación con su estructura, fundamento, finalidad, objeto, contenido, sentido y concepto. De cualquier manera, pese a las múltiples preguntas que surgen de estos cambios, debe decirse que no obstante las múltiples restricciones y formas de injerencia pública sobre él y a su indiscutible subordinación al interés general resultado de la cláusula de función social, debido a su proclamación constitucional como un derecho subjetivo, la propiedad sigue representando un ámbito en el cual se garantiza al menos mínimamente la libre y responsable autoconfiguración de la existencia individual⁵. En definitiva, su calidad de derecho subjetivo cons-

³ Lo que sucede con el *bitcoin*, moneda transable en internet sin que se encuentre respaldada por la autoridad de un Estado o de un conjunto de ellos, es solo un ejemplo de esta situación. Cfr. <https://www.bitcoin.com/>. La rica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ilustra la amplitud de supuestos que han sido cubiertos por la garantía de la propiedad del art. 1 del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Vid. D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de derechos humanos*, Pamplona, Civitas, 2011, pp. 35 y ss.

⁴ No solo sociedades, Estados o grupos tradicionalmente capitalistas la promueven o se ponen en guardia para ejercer su defensa; las transformaciones económicas recientes del modelo cubano o la adhesión en Colombia de una guerrilla marxista como las FARC a un acuerdo de paz que tiene entre sus principales objetivos una reforma rural integral basada, entre otras, en principios como la regularización de la propiedad (es decir, «la lucha contra la ilegalidad en la posesión y propiedad de la tierra y garantía de los derechos de los hombres y las mujeres que son los legítimos poseedores y dueños, de manera que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra») y la democratización y uso adecuado de la tierra (esto es, la promoción de «mecanismos y garantías que permitan que el mayor número posible de hombres y mujeres habitantes del campo sin tierra o con tierra insuficiente puedan acceder a ella y que incentiven el uso adecuado de la tierra con criterios de sostenibilidad ambiental, de vocación del suelo, de ordenamiento territorial y de participación de las comunidades»), son la mejor prueba de ello. Cfr. C. MESA-LAGO, «Los cambios en la propiedad en las reformas económicas estructurales de Cuba», en *Espacio Laical. Arquidiócesis de La Habana. Suplemento Digital*, núm. 223, 2013. Consultado el 26 de enero de 2017, en http://www.espaciolaical.org/contens/esp/sd_223.pdf. El proyecto de Constitución que actualmente se debate en la isla recoge igualmente distintas formas de propiedad, entre ellas, la privada, y habilita a la ley para su regulación (art. 21). Sobre la falta de fundamento de las denuncias de amenaza para la propiedad privada que representa el Acuerdo suscrito por el Gobierno colombiano con las FARC, vid. H. SANTAELLA QUINTERO, «Acuerdo de Desarrollo Rural Integral y derecho agrario del posconflicto: mitos, verdades y desafíos de su materialización», en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2017, pp. 315 y ss.

⁵ La estrecha relación existente entre la categoría jurídica derecho subjetivo y la idea de libertad y su centralidad dentro del modelo de sociedad liberal instaurado después de la revolución francesa es ampliamente expuesto en L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 35 y ss.

titucionalmente garantizado envuelve al menos su capacidad para rechazar las incursiones anticonstitucionales que se efectúen en él.

La anterior constatación pone de manifiesto un sentido de la garantía constitucional del derecho de propiedad⁶, pero deja sin resolver muchas de las incógnitas derivadas de la actual regulación constitucional de este derecho. De aquí que resulte imperativo indagar sobre las repercusiones de esta relación. En el presente capítulo se analizarán las implicaciones fundamentales de la constitucionalización de la propiedad privada. Debido a la falta de definición de lo que se entiende por tal, la adecuada reconstrucción del significado de este derecho para el texto constitucional exige determinar su sentido, finalidad, función y objeto. Solo entonces podrá efectuarse una reconstrucción fiel de su régimen (que integra en justo equilibrio la garantía de una propiedad individual a la que es inherente una función social, con formas de intervención como la delimitación de su contenido, la expropiación o la extinción del dominio) y apreciarse la notable fuerza transformadora de múltiples ámbitos del Derecho que palpita bajo sus disposiciones. Para ello, además de establecer y esclarecer las razones por las cuales es preciso abordar este estudio desde una perspectiva estrictamente constitucional, se impone examinar (y construir) la sustantividad de la regulación de este derecho en la Constitución. La historia del reciente constitucionalismo de occidente, la lógica normativa del texto constitucional y sus exigencias de reivindicación de una autonomía conceptual, reforzada por la particular sistemática articulada en torno suyo, brindan valiosos elementos de juicio para realizar este análisis. De aquí que su estudio resulte imperioso.

I. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: ¿UN NUEVO VIEJO TÓPICO?

1. La codificación como orden fundamental de la propiedad privada

Pese a su recurrente figuración en las cartas de derechos de las constituciones decimonónicas, no fue en estos textos donde el derecho de propiedad privada encontró las bases para la construcción de su régimen en el siglo XIX. La limitada eficacia jurídica que hasta entrado el siglo XX les caracterizó en el ámbito continental⁷, lo mismo que la parquedad y generalidad de las fórmu-

⁶ Se hace referencia a la visión formal de la garantía de la propiedad que ya he planteado en otra ocasión, esto es, a la idea según la cual dicha cláusula constitucional 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». Vid. H. SANTAELLA QUINTERO, «Notas sobre el...», *passim*, p. 250.

⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público General*, t. II, Madrid, Iustel, 2006, pp. 347 y ss. El contrapunto de esta postura es expuesto por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2006, pp. 61 y ss., quien defiende el pretendido carácter *más político que jurídico*

las que consagraban este derecho —y hacían indispensable la intermediación del legislador—, pueden ser vistos como los responsables del modesto papel otorgado a las disposiciones constitucionales dentro de la estructuración global del régimen jurídico de la propiedad dentro del denominado Estado liberal de Derecho. La ausencia explícita de una regulación constitucional sustantiva en punto a los aspectos centrales del sistema económico suponía, de un lado, en general, la tácita remisión al modelo de libre mercado preconizado en la época⁸; y de otro, en particular, la decisión de descargar en hombros del legislador la definición del régimen de la propiedad inherente al modelo económico (implícitamente) consagrado. La idea de separación estricta entre Estado y sociedad⁹, favorable a una delimitación tajante de los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado¹⁰, hacía de la codificación el escenario ideal para la realización de esta tarea¹¹.

Además de ser reflejo de la mentalidad política de la época (empeñada en asegurar la libertad de los individuos y la autonomía de la sociedad frente al Estado), la idea de remitir este asunto al legislador encajaba también dentro de la lógica jurídica entonces imperante y del papel meramente limitativo que a la sazón se otorgaba a las constituciones¹²: toda vez que se concibe al Estado

de las constituciones decimonónicas. En sentido análogo, afirma PÉREZ ROYO que en siglo XIX «la Constitución no era norma jurídica, documento jurídico, sino un documento político consistente de manera casi exclusiva en la institucionalización de los agentes básicos del proceso político». Vid. J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 32. Destaca el carácter normativo de las constituciones de la segunda posguerra como un rasgo generalizado de esta generación de textos constitucionales A. GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 71.

⁸ M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 4.

⁹ Cfr. A. GARRORENA MORALES, *Derecho constitucional...*, op. cit., pp. 49 y ss. En igual sentido G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil* (trad. de Marina Gascón), Valladolid, Trotta, 1995, p. 28.

¹⁰ Una revisión de las distintas teorías explicativas de la *summa divisio* Derecho público-Derecho privado formuladas desde el siglo XIX hasta nuestros días, en F. VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 30 y ss.

¹¹ La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil Español de 1836 ofrece una gráfica representación de esta situación: a diferencia de lo debatido en el proyecto de 1821, cuya Comisión propuso englobar bajo este estatuto asuntos tanto de Derecho público como de Derecho privado, la comisión de 1836 afirma la necesidad de dejar las materias de la Administración Pública para otro código que, dice, será preciso expedir con el título de «Código del Derecho público interior de España». La razón: la necesidad de distinguir la libertad individual y su esfera, el Derecho privado, de la libertad política y la suya, el Derecho público. El desarrollo de estas discusiones es expuesto en A. GALLEGO ANABITARTE, *Poder y Derecho. Del antiguo régimen al Estado constitucional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 319 y ss.

¹² Se asume aquí la clásica distinción entre los dos tipos ideales de Constitución efectuada a partir de la esencia y el contenido de su texto: de un lado, la Constitución formal del Estado liberal de Derecho —cuya función consiste, básicamente, en el señalamiento de límites— y la Constitución programática del Estado social de Derecho —cuya función consiste, en líneas generales, en fijar un programa y establecer directrices para su realización—. Sobre esta distinción, vid. G. F. SCHUPPERT y C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 25-