
APUNTES SOBRE EL REGIMEN DE LA PROPIEDAD Y LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONSTITUCION DE 1991

Jesús Vallejo Mejía

Abogado de la Universidad de Antioquia.
Ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia.
Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad Pontificia Bolivariana

1. INTRODUCCION

El tema de la **propiedad** comprende no solo las modalidades de apropiación de los bienes sino el uso, el aprovechamiento, la circulación y la organización de los mismos, así como las restricciones y las cargas que los gravan, y en general los derechos patrimoniales.

La Constitución consagra la garantía de estos derechos en el artículo 58, que ubica dentro del Capítulo 2- (“De los derechos sociales, económicos y culturales”) del Título II (“De los derechos, las garantías y los deberes”).

Como el capítulo 1- versa sobre los **derechos fundamentales**, habrá que entender que la propiedad y los derechos patrimoniales no ostentan dicho rango, y por consiguiente las leyes que los regulan no son estatutarias (artículo 152) ni las disposiciones constitucionales que los amparan son de aplicación inmediata (artículo 85 C.N.). Tampoco confiere derecho de tutela (artículo 86 C.N.).

Son por así decirlo, derechos de segunda categoría.

2. REGIMEN JURIDICO GENERAL DE LA PROPIEDAD

Aunque la Constitución no lo señala expresamente, el régimen jurídico de la propiedad se descompone en tres grandes categorías, a saber: **propiedad privada, propiedad solidaria y propiedad pública.**

2.1 Propiedad Privada

El artículo 58 C.N. garantiza la propiedad privada junto con los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

No define en qué consiste la propiedad privada ni cuales son sus atributos, pero ello no significa que la ley, al regularla, pueda arbitrariamente señalarlos.

Esta categoría jurídica debe examinarse a la luz de los principios generales del derecho implícitos en nuestro ordenamiento, o mejor, en nuestra cultura jurídica, a cuyo tenor la propiedad privada se caracteriza por ser un complejo de derechos permanentes de uso, goce y disposición, que se ejercen directa y exclusivamente sobre las cosas, frente a todo el mundo, y que incluye el derecho de persecución contra quien las detente irregularmente.

A pesar de definirla como derecho en el inciso 1-, el artículo 58 C.N. proclama en el inciso 2- que "la propiedad es una función social que implica obligaciones", y agrega que "como tal, le es inherente una función ecológica".

Es contradictorio, a la luz de la filosofía jurídica, afirmar que la propiedad es a la vez un derecho y una función social.

El derecho subjetivo es un atributo de la personalidad. Los que versan sobre bienes integran precisamente el patrimonio, que es uno de los dichos atributos. Estos derechos, conforme a una concepción que no ha podido ser superada dentro de la doctrina jurídica, corresponden a intereses, reales o potenciales, jurídicamente protegidos, los cuales se inscriben dentro del ámbito del libre desarrollo de la personalidad en las relaciones de contenido económico.

La función social es una categoría jurídica diferente. La ideó la Escuela Solidaria de León Duquit en el siglo pasado, con el propósito de eliminar la noción de derechos subjetivos naturales, independientes del derecho objetivo promulgado por el Estado. El positivismo sociologista que sirvió de fundamento ideológico de esta concepción fue tan sólo una moda, ya superada desde hace varias décadas en la Teoría General del

Derecho, pero supérstite todavía en cabeza de ingenieros, economistas, sociólogos y hasta abogados refractarios a actualizar sus conceptos jurídicos.

Hoy el concepto de **función social** tiene otro significado, que no se vincula con la ideología del famoso decano bordelés: se trata de poderes jurídicos que deben ser ejercidos por sus titulares no en su propio beneficio sino en el de las instituciones a las cuales estén adscritos. Por ejemplo, un funcionario público, al ejercer su competencia, lo hace en virtud de la función social que le ha sido asignada, no por un derecho subjetivo del que sea titular. Y lo mismo puede decirse del titular de un órgano de una persona jurídica, sea pública o privada: sus tareas constituyen el ejercicio de funciones institucionales, no de derechos subjetivos suyos.

De esta importante distinción entre derechos y funciones se siguen notables consecuencias jurídicas. El titular de un derecho subjetivo obra en su propio interés; los resultados de su obrar lo benefician patrimonialmente; su derecho puede ser transferido a otros, salvo que sea personalísimo; y tiene acciones propias, reales o personales, para hacerlo valer. No sucede lo mismo con el titular de una función, cuyos resultados no le aprovechan ni pueden realizar actos de disposición sobre ella, pues no le pertenece, como tampoco puede intentar acciones propias para protegerla o impedir que otros la perturben.

Pues bien, no deja de ser una candidez el afirmar que el propietario no actúa jurídicamente en provecho propio sino en el de la sociedad, de la que sería tan sólo un funcionario.

Los hechos tozudos y la dura realidad enseñan que no se puede prescindir en la construcción jurídica de la figura de los derechos subjetivos, ni de la de los patrimoniales, y entre éstos, de la del dominio, que es el derecho patrimonial por excelencia.

Técnicamente hablando, en nuestro sistema jurídico la propiedad no es ni puede ser una función social, pues de lo contrario no estaríamos en un régimen de actividad económica e iniciativa privada libres (artículo 333 C.N.) sino en un totalitario, en el que todos los sujetos del proceso económico serían funcionarios estatales.

Cosa distinta es afirmar que es un derecho que debe ejercerse con sentido social, como cualquiera otro, pero en este caso con razones especialmente poderosas. En rigor, no hay derecho absolutamente individual: esta es otra aberración conceptual, pues todo derecho enlaza por lo menos a dos sujetos, y su ejercicio siempre estará limitado por la esfera jurídica de terceros determinados o de la colectividad en general.

El individualismo que campeó en siglos pasados es insostenible hoy, no sólo desde el punto de vista filosófico sino del práctico.

Ningún derecho es inviolable, ni siquiera el de vida que así proclama el artículo 11 C.N., por la sencilla razón de que siempre hay límites, unos ciertos y otros difusos, dentro de los cuales se debe ejercerlo. Piénsese, por ejemplo, que la legítima defensa, tanto la individual como la colectiva, suponen necesariamente la eventualidad del sacrificio del derecho a la vida de individuos humanos.

Tampoco la propiedad puede ser intocable, ni lo ha sido jamás, aun dentro de los regímenes de mayor catadura individualista.

Una augusta tradición jurídica, cuyos pasos pueden rastrearse hasta los orígenes de la civilización, ha sostenido que la propiedad, como los demás derechos, es susceptible de regulación y de control, en la medida que lo demande el bien común, tal y como atendiendo a la justicia lo interprete el legislador.

Es así como éste puede regular su adquisición y su transferencia; el uso y el aprovechamiento de los bienes; las acciones de sus titulares; los deberes jurídicos y los gravámenes sobre ellos, etc., por supuesto que sin hacer nugatorios los poderes básicos de los titulares del dominio, pues en tal caso ya no se estaría regulando la propiedad que garantiza la Constitución sino otras figuras jurídicas.

El concepto de función social de la propiedad que consagra la Constitución debe entenderse, pues, en este sentido, agregando que, desde luego, no puede haber ejercicio antisocial de este derecho ni de otro derecho, y que dicha función puede implicar tanto deberes de abstención como de acción a cargo de sus titulares, siempre impuestos por la ley o con fundamento en ésta, dado que el artículo 6 C.N. prescribe

que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”.

La función ecológica de que habla el artículo 58 C.N. como inherente a la función social de la propiedad, es por así decirlo un arabesco.

Es claro que dentro de la regulación de la propiedad en aras del interés colectivo cabe el aspecto ecológico, entre otros. Pero no es esta la función social más importante de la propiedad. También lo son en igual grado otras que las teorías económicas y sociales han identificado en los tiempos que corren: asegurar la producción eficiente de bienes que la comunidad demanda y a precios asequibles; promover el empleo adecuadamente remunerado y en condiciones dignas para el trabajador, etc.

Por una inveterada asociación de ideas, la figura de la propiedad suele vincularse a la de la tierra; pero también la hay sobre muebles, valores comerciales, derechos de crédito y objetos ideales, como los que son materia de la propiedad intelectual y la mal llamada industrial.

Sobre la intelectual, el artículo 61 C.N. dice que el Estado la protegerá “por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”; o sea que sigue un régimen especial cuya principal característica es la temporalidad.

Respecto de la segunda, el artículo 150-24 C.N. atribuye al Congreso la potestad de expedir leyes para regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas, pero sin señalar las bases constitucionales del régimen. No obstante, como habla al final de la regulación de otras formas de propiedad intelectual, parece dar a entender que la industrial es una modalidad de aquélla, sometida por consiguiente también al principio de la temporalidad.

2.2. Propiedad Solidaria

Algunos constituyentes pretendieron que se la consagrara expresamente como una modalidad diferente de la propiedad privada. No lo lograron, pero de todas maneras los textos que la mencionan y otros que deben ser materia de interpretación, conducen a lo mismo.

El artículo 58 C.N. dice en su inciso 3- que “el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”; el artículo 60 id establece en el inciso 2- que “cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria” y que “la ley reglamentará la materia”; el artículo 64 id dispone que “es deber del Estado promover el acceso progresivo de la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”; y según el artículo 57 id “la ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas”.

Corolario de estas disposiciones es el artículo 63, a cuyo tenor “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, al patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

¿Cuáles serán esos demás bienes? Precisamente, los vínculos a las formas asociativas y solidarias de propiedad, si así lo dispone el legislador.

En términos generales, puede considerarse que las referencias que la Constitución hace respecto de las formas asociativas y solidarias de propiedad implican que éstas pueden no participar de los atributos tradicionalmente vinculados a la noción de propiedad privada, v.gr., la titularidad del dominio, que podría no radicar en cabeza de sujetos jurídicos convencionales (individuos, sociedades, cooperativas, asociaciones o fundaciones) sino en comunidades territoriales, acciones comunales, etc.; el régimen jurídico podría excluir o limitar el uso y el beneficio individuales de los bienes, así como el derecho de disposición, y así sucesivamente.

El artículo 63 C.N. sustituyó al artículo 37 de la Constitución de 1986, que prohibía que hubiese bienes raíces que no fueran de libre enajenación, así como obligaciones irredimibles. Estas sanas prohibiciones desaparecieron en nuestro ordenamiento constitucional.

Ello significa que, al amparo de la nueva Constitución podrían retomar las manos muertas, precisamente por la vía de las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Puede considerarse que las tierras comunales de grupos étnicos y las de resguardo pertenecen a esta categoría.

2.3 La Propiedad Pública

El Estado puede ser, desde luego, titular de dominio privado sobre los llamados bienes fiscales, en términos análogos pero no estrictamente iguales a los de los particulares. No es indispensable que la Constitución así lo diga, pues su personalidad jurídica le permite adquirir derechos y contraer obligaciones como cualquier otro sujeto.

Pero al lado de esta propiedad **fiscal** siempre se ha reconocido otra **pública**, con atributos especiales que la diferencian de la privada.

A ello aluden el artículo 102 C.N., cuando dice que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”, y el artículo 332 id, según el cual “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

El primero de estos artículos mantiene una confusión conceptual de que adolecía el artículo 21 de la Constitución de 1986, en virtud de la cual se identifica el derecho de soberanía que el Estado ejerce sobre su territorio, traducido en un mal llamado “dominio eminente”, y el que versa sobre los bienes públicos, que es susceptible de distintos regímenes.

No es exceso, además, que esos bienes públicos pertenezcan exclusivamente a la Nación, entendida como el Estado central, pues las entidades territoriales, e incluso las descentralizadas funcionalmente o por servicios, también pueden ser titulares de derechos sobre bienes públicos, en ejercicio de competencias que las leyes les asignen respecto de obras públicas y vías de comunicación (artículo 300-2, 311 y 313-2 C.N.).

La Constitución permite diferenciar varias categorías de bienes públicos, a saber:

- a) Bienes de uso público (artículo 63);
- b) Parques naturales (id);
- c) El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional (artículo 72);
- d) El subsuelo (artículo 332);
- e) Los recursos naturales no renovables (id);
- f) El espectro electromagnético (artículo 75).

Como la sutileza y la precisión conceptual no abundan en el derecho moderno, es explicable que se mencione el **espectro electromagnético** como un objeto de apropiación exclusiva por el Estado, de modo inalienable e imprescriptible. Pero como se trata de un objeto ideal, en rigor lo que debe predicarse en tomo suyo es el poder de Estado para reglamentar y controlar toda clase de emisiones luminosas, eléctricas, magnéticas, etc., dentro de su función reguladora de la conducta humana.

No es tampoco acertado que se diga que los recursos naturales no renovables son de propiedad estatal, a menos de tomar la expresión en sentido estricto: **recursos en estado natural**. En efecto, una vez extraídos y procesados, lógicamente pueden entrar al patrimonio privado. De lo contrario: ¿a quién pertenecería el material de piedra amontonado para una construcción? ¿o un depósito de hidrocarburos puesto al servicio de una factoría o una empresa de transportes?

Por definición legal la tierra no es recurso natural no renovable, pues el artículo 3- D. 2811/74 la clasifica entre los renovables, lo mismo que el suelo y el subsuelo. Pero sí lo son los yacimientos de hidrocarburos, minerales y elementos pétreos.

De todas estas categorías se predicen la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad. No se las menciona expresamente

respecto del subsuelo y los recursos naturales no renovables, pero si éstos pertenecen sólo al Estado, resulta lógico afirmar que quedan por fuera del comercio jurídico.

Debe aclararse, por supuesto, que el subsuelo y los recursos naturales no renovables de dominio privado adquirido y perfeccionado conforme a leyes preexistentes, al igual que los bienes culturales que estén en manos de particulares (artículo 72), no tienen estas características.

3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Al lado de la propiedad privada, la Constitución garantiza los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles (artículo 58).

Se ha discutido acerca de si la noción de derecho adquirido comprende o no la de meras expectativas. Suele considerarse que la respuesta debe ser negativa, y entonces se plantea la cuestión de cómo diferenciar unos y otros, para lo cual se afirma que el derecho sometido a condición suspensiva, como el del heredero virtual, corresponde a la segunda categoría; pero en materia laboral no se sigue el mismo criterio (v.gr.: derecho a la jubilación).

No dilucidó la nueva Constitución el problema de saber cuáles son las leyes civiles que amparan derechos adquiridos. Una interpretación amplia, más acorde con el significado histórico de la expresión, considera que son de ese jaez todas las leyes distintas de las militares y las canónicas; pero a menudo se la restringe a las que “establecen los derechos generales de que los hombres gozan en sus relaciones privadas, las obligaciones que les incumben y la trascendencia de los actos y contratos” (Cabanellas, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, p. 425), lo que excluiría entonces los derechos emanados de las leyes administrativas.

4. DONACIONES

Según el artículo 62 C.N., “el destino de las donaciones intervivos o testamentarias, hechas conforme a la ley para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador, a menos que el objeto

de la donación desaparezca. En este caso, la ley asignará el patrimonio respectivo a un fin similar.

“El gobierno fiscalizará el manejo y la inversión de tales donaciones”.

El artículo 189-26 extiende la fiscalización a las instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven, sean debidamente aplicadas y se cumplan en lo esencial con la voluntad de los fundadores.

Estas fiscalizaciones deben hacerse de acuerdo con la ley (artículo 150-8).

5. CONTENIDO DE LA GARANTIA DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

5.1. Ultraactividad e Irretroactividad de las Leyes

Dice el artículo 58 C.N. que estos derechos “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

A primera vista, entonces, las leyes bajo cuya vigencia hayan sido adquiridos conservarán su fuerza aún después de su derogatoria, o serán **ultraactivas**; y las que regulen las materias sobre los que versen esos derechos no podrán ser retroactivos.

La irretroactividad de la ley obedece a un principio general que, si bien no aparece formulado explícitamente en la Constitución, se desprende no sólo de este texto sino de los artículos 6, 29 y 338 C.N. Se la exceptúa en el caso de ley penal favorable (artículo 29 id).

No es tan consistente, en cambio, el principio de ultraactividad de las leyes generadoras de derechos adquiridos, pues el mismo artículo 58 dice que “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

De ahí se ha deducido el principio del efecto general inmediato de las leyes de orden público, incluso el económico, que se aplican entonces a los contratos en curso, v.gr., en materia de interés de precios o de cánones.

En la práctica no se ha exigido que la ley expresamente manifieste que su expedición obedece a consideraciones de utilidad pública o interés social. Basta que de su contexto surja que es de orden público.

Por ejemplo, si las leyes relativas a la propiedad no fuesen de efecto general inmediato, podría haber propiedades de distinto régimen, según las leyes vigentes al momento de su adquisición. Ello acarrearía entonces confusiones inconvenientes desde todo punto de vista.

5.2. La Expropiación

Esta figura puede versar sobre bienes de toda índole, incluyendo derechos. La doctrina jurídica la analiza como una **enajenación forzada** de derechos en favor del Estado, lo cual permite distinguirla de otras, en las que el derecho se extingue o pierde, mas no se transfiere, propiamente hablando, al ente público; v.gr.: la extinción del dominio y el decomiso. Tampoco es asimilable la expropiación al impuesto y demás modalidades tributarias, ni a la multa, que es una pena en dinero o en especie.

Por regla general, la expropiación supone lo siguiente, de acuerdo con los textos constitucionales:

5.2.1 Que el legislador haya definido mediante ley los motivos de utilidad pública o interés social que la justifique. Estos motivos, tal como los señale la ley, no son controvertibles judicialmente.

El estímulo de la propiedad solidaria; dotar de tierras a los trabajadores agrícolas; otorgar a los trabajadores participación en la gestión de las empresas, etc., pueden ser causales de interés social que justifique la expropiación.

Este requisito no se exige en caso de guerra y para atender a sus requerimientos, hipótesis en la cual la necesidad de la expropiación puede ser decretada por el Gobierno Nacional; pero tratándose de inmuebles,

no habrá expropiación sino ocupación temporal para atender a las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos.

5.2.2 Que la expropiación sea decretada por un juez, mediante sentencia.

En otras épocas, a la luz de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia consideró que debía tratarse de un juez ordinario; pero a la luz de los nuevos textos, para las que se tuvo en cuenta la dicotomía que puede haber entre un proceso civil de expropiación y otro contencioso administrativo contra la actuación que al respecto verifique la autoridad ejecutiva, podría sostenerse que la expropiación puede ser decretada por sentencia contencioso-administrativa si así lo estipula la ley.

Excepcionalmente se autoriza la expropiación por vía administrativa, sin mediación judicial; pero la decisión será susceptible de revisión contencioso administrativa, tanto desde el punto de vista de la legalidad como de la estimación del precio.

Tampoco hay actuación judicial en la expropiación por causa de guerra.

5.2.3 Que haya indemnización previa.

Bajo la Constitución de 1886 la Corte considera que la indemnización no sólo debía cubrir el valor del bien sino los perjuicios que se causasen al propietario, para que así fuese plena.

La nueva Constitución atenúa el principio, pues dice que la indemnización se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado (artículo 58). Esto suscita la cuestión de saber cuál es el criterio para establecer hasta donde llegan unos y otros intereses, y quien lo define: Si el Congreso, al expedir la ley; si el juez, al decidir sobre la indemnización; o si la administración, al decretar la expropiación, cuando ésta se realice por vía administrativa.

Respecto del carácter previo de la indemnización, era ya jurisprudencia arraigada a la luz de la Constitución anterior, que no resultaba

necesario que se la pagase previamente sino que se estableciese con certeza el derecho del afectado a cobrarla, así la ley estableciese pago diferido.

La indemnización debe ser, por supuesto, en dinero, pero la Corte ha aceptado que se la pague en títulos representativos del mismo, como bonos o pagarés.

Excepcionalmente, por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, la ley puede disponer que por motivos de equidad no susceptibles de controversia judicial no hay lugar al pago de indemnización.

Tradicionalmente se ha dicho que esta solución se explica para aquellos casos en que la obra a realizar beneficie al propietario por encima del perjuicio que le ocasione la expropiación. Pero con el texto final del artículo 58 C.N., que veda la controversia judicial al respecto, al Congreso decide a su arbitrio sobre lo que considere equitativo en estas materias.

6. PENAS PRIVATIVAS DE LA PROPIEDAD

La propiedad se puede perder a título de pena.

Es lógico que si puede haber penas privativas de la libertad, también puede haberlas de la propiedad que es al fin y al cabo un derecho de rango inferior.

Estas penas pueden consistir en decomiso, multa o extinción del dominio.

El único límite que la Constitución fija al respecto consiste en que se llegue al extremo de la confiscación, concepto que no es muy claro a la luz del derecho actual ni de la jurisprudencia de la Corte.

6.1 El Decomiso

La Constitución no regula esta figura, respecto de la cual la jurisprudencia ha considerado que adopta dos modalidades: a) la de una medida preventiva, tendiente a asegurar la conservación de medios de prueba (el

vulgarmente llamado "cuerpo del delito") o a impedir que se cometan infracciones; b) la de una sanción asociada a la violación de la ley.

Es en esta segunda hipótesis como se pierde la propiedad a título de pena. Por ejemplo, la legislación penal establece como sanción accesoria la pérdida de los elementos utilizados para la comisión de delitos.

Conviene precisar que esta sanción puede ser penal o policiva.

6.2 La Multa

Es una sanción pecuniaria, pero no estrictamente privativa de la propiedad pues no versa sobre bienes específicos sino respecto de dinero.

La Constitución no la regula.

Como la anterior, en una sanción que puede ser penal o policiva.

6.3 Extinción del Dominio

La Constitución se refiere a esta figura en el artículo 34, inciso 2., según el cual "por sentencia judicial se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social".

La disposición de entender que, no obstante la prohibición constitucional de la confiscación, se podrá adoptar esta medida, así sea entonces confiscatoria.

La redacción del texto es, sin embargo, defectuosa. En efecto, la coma entre "bienes adquiridos" y "en perjuicio" significa que la extinción del dominio se haría "en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social", cuando lo que se quiere decir es cosa diferente: que estas son las causales de extinción.

Ahora bien, parece lógico que estas causales tengan que ser desarrolladas por la ley, puesto que se trata de una pena vinculada a tipos penales, y ninguno hay que diga que está prohibido adquirir bienes en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Los hay, por

supuesto, que prohíben cometer delitos contra la propiedad, contra la administración pública, contra la fe pública, etc., es menester que la ley señale a cuáles de ellos se vincularía esta pena accesoria.

Por otra parte, los conceptos de perjuicio del tesoro público o deterioro de la moral social son excesivamente amplios, por lo cual no sirven por sí solos como sustento para la aplicación de esa pena.

Esta modalidad de extinción del dominio exige sentencia judicial y, por consiguiente, garantía del debido proceso y del principio "nulla poena lege". Es, pues, sanción penal, nunca policiva.

La consagración constitucional de la extinción del dominio para esos eventos suscita la pregunta de si dicha figura conserva su vigencia en los casos que las leyes prevén (minería, inmuebles rurales, terrenos urbanos) y si las leyes podrían en el futuro establecer nuevas causales para llevarla a efecto.

Conviene recordar que la extinción del dominio es de origen legal, aunque la jurisprudencia la ha vinculado con el principio de función social de la propiedad, argumentando que dicho principio implica la presencia de una condición resolutoria consistente en que, si los bienes no cumplen su función social, el dominio se extingue.

Este razonamiento ha servido para eludir la existencia constitucional de indemnización y sentencia judicial previa en las expropiaciones, pues se ha dicho que en el caso de extinción del dominio no hay transferencia de la propiedad privada hacia el ente público, sino reversión de la propiedad originada del Estado por incumplimiento de la condición de utilizarla de acuerdo con la función social y que ella puede ser objeto de declaración administrativa.

Por si la extinción del dominio ha sido prevista de modo expreso por la Constitución tan sólo para los casos anotados atrás y previa sentencia judicial, mal podría sostenerse que esté autorizada para otros eventos que las leyes señalen, y mucho menos que se le lleve a efecto por decisión administrativa.

Se dirá que la extinción del dominio en los demás casos no es propiamente una pena sino el efecto de una condición legal; pero si por pena se entiende toda consecuencia que en principio sea desagradable para un sujeto, asociada por la ley a comportamientos del mismo, no habrá más remedio que admitir que la extinción del dominio en una pena vinculada al uso de los bienes sin ajustarse a la función social asignada por la ley.

7. LA NACIONALIZACION

Esta extraña modalidad, que fue aceptada por la Corte al decidir sobre mecanismos de solución de la crisis financiera de 1982 y mediante la cual se permitió la toma de la administración de entidades financieras, por el Estado y la capitalización de las mismas por este último, y se impidió que los titulares de acciones pudiesen ejercer sus derechos de preferencia para la suscripción de las nuevas que se emitiesen, todo ello por resolución ejecutiva, difícilmente puede encontrar cabida en la nueva Constitución.

En efecto, según su artículo 210 las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta. Por consiguiente, una sociedad privada sólo en tal virtud puede ser convertida en sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado.

8. LIBERTADES DE ACTIVIDAD ECONOMICA Y DE INICIATIVA PRIVADA

- 8.1 El artículo 333 C.N. las consagra "dentro de los límites del bien común". Proclama también, la libre competencia económica, como un derecho de todos que supone responsabilidades.

Estos derechos son corolario de los de uso, aprovechamiento y disposición que configuran el de propiedad. Esta carecería de sentido, en efecto, si la actividad económica y la iniciativa privada no fuesen libres.

Estas libertades se traducen en que toda actividad de extracción, cultivo, procesamiento, transformación, circulación, utilización o consu-

mo de bienes, y de prestación de servicios, por cualquier medio jurídico que se estipule, puede ser realizado por proyectos privados y al tenor de sus iniciativas.

8.2 La autonomía privada encuentra, sin embargo, límites:

8.2.1 En primer lugar, los generales que se inspiren en el bien común, conforme lo interprete el legislador. El artículo 333 C.N. puntualiza al respecto que sólo éste puede exigir o autorizar que se exijan permisos previos o requisitos para el ejercicio de la libre actividad económica. Y el artículo 84 dispone que “cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

8.2.2 En segundo término, como concreción de lo anterior, la Constitución prevé limitaciones a la autonomía privada, también por obra de la ley, “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (artículo 333 in fine), y por mandato del legislador, para impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, así como para evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (artículo 333 inc. 3-).

8.2.3 Respecto de la libre competencia económica puede haber, además, acciones populares reguladas por la ley para la protección de derechos e intereses colectivos (artículo 88).

8.2.4 La acción de tutela prevista en el artículo 86 C.N. puede intentarse, de acuerdo con la ley, contra particulares cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.

8.2.5 Por disposición constitucional, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y, en general, las de captación pública de recursos provenientes del ahorro privado, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley marco (artículos 150-19, 335 C.N.).

8.2.6 Las leyes pueden establecer monopolios como arbitrios rentísticos y con finalidades de interés público o social; pero sólo podrán

llevarse a efecto previa indemnización de quienes en virtud de ellos queden privados del ejercicio de industrias lícitas (artículo 336).

8.2.7 El Estado puede, además, reservarse exclusivamente actividades estratégicas o de prestación de servicios públicos, por razones de soberanía o de interés social, en virtud de ley aprobada por la mayoría de miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del gobierno y con indemnización previa y plena de los afectados (artículo 365 C.N.). La propia Constitución ha reservado los servicios inherentes a la fuerza pública (artículo 216), a la justicia (artículo 228), a la banca central (artículo 371), a la contraloría (artículo 207), a notarías y oficinas de registro (artículo 131), así como la importación y fabricación de armas, municiones de guerra y explosivos, respecto de los cuales se deduce que es posible poseerlos y portarlos con permiso (artículo 223).

8.2.8 Los servicios públicos prestados por particulares están sujetos a control y vigilancia estatales, en virtud de ley y a través del Presidente y la Superintendencia de Servicios Públicos (artículo 370).

8.2.9 Hay, por último, límites derivados de la intervención estatal.

La Constitución no regula la materia en forma sistemática. Igual que la anterior, prevé la intervención en forma genérica en el artículo 334, que reemplaza al artículo 32 de la finada y modalidades específicas en otros textos, v.gr., artículo 26 (profesiones y oficios); artículo 76 (espectro electromagnético); artículo 335 (actividad financiera, etc.); artículo 336 (monopolios rentísticos); artículo 365 (servicios públicos); artículo 370 (servicios públicos domiciliarios); artículo 372 (Banca central).

Puede considerarse que el artículo 334 contiene, por así decirlo, el derecho común de la intervención.

Al respecto hay que plantearse las cuestiones, a saber: el ámbito de la intervención, su sentido y las modalidades jurídicas de la misma.

8.2.9.1 Ambito de la intervención

El artículo 334 la extiende a la explotación de los recursos naturales; el uso del suelo; la producción, distribución, utilización y consumo de bienes; los servicios públicos y privados; en suma, toda la economía.

Hay que agregar los casos especiales que se acaban de reseñar.

No hay sector ni proceso económico que escapen a la intervención.

Contra un concepto que a veces se formulaba acerca de la Constitución anterior, según el cual el Estado no podía intervenir en sí mismo, aquí se ve con claridad que sí lo puede, siempre que se trate de actividades económicas, que bien pueden ser públicas o privadas.

8.2.9.2 Sentido de la intervención

La intervención general se verifica para:

a) Racionalizar la economía a fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano;

b) Dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos;

c) Promover la producción y la compatibilidad, el desarrollo armónico de las regiones.

Las intervenciones específicas se realizan para ejercer inspección y vigilancia sobre las actividades de que se trate, y particularmente:

a) Inspección y vigilancia de profesiones y oficios. Los segundos sólo en cuanto impliquen riesgo social.

b) Evitar las prácticas monopolistas en el uso del espectro electromagnético (artículo 75)

c) Impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante con el mercado nacional

d) Promover la producción y la compatibilidad, el desarrollo armónico de las regiones.

Las intervenciones específicas se realizan para ejercer inspección y vigilancia sobre las actividades de que se trate, y particularmente:

a) Inspección y vigilancia de profesiones y oficios. Los segundos sólo en cuanto impliquen riesgo social.

b) Evitar las prácticas monopolistas en el uso del espectro electromagnético (artículo 75).

c) Impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante con el mercado nacional;

d) Promover la democratización del crédito y señalar la forma de intervención del gobierno en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y de captación de recursos provenientes del ahorro privado (artículo 335);

e) Enajenación o liquidación de empresas monopolísticas del Estado, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley (artículo 336);

f) Regulación, control y vigilancia de los servicios públicos (artículo 365);

g) Señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer control, inspección y vigilancia de las entidades que los presten (artículo 370);

h) Inspección, vigilancia y control del Banco de la República (artículo 372);

Puede advertirse que la intervención general es más amplia que las específicas: unas de éstas se limitan a la inspección, el control y la vigilancia de determinadas actividades; otras pueden incluir regulaciones, pero siempre con finalidades que los textos indican.

8.2.9.3 Modalidades jurídicas de la intervención

¿Qué significa intervenir por mandato de la ley, en términos jurídicos?

Bajo la Constitución anterior había hecho carrera una interpretación excesiva y claramente perjudicial por las distorsiones que introducía en el equilibrio de los poderes públicos. La ley ordenaba la intervención por un mandato relativamente simple y abstracto, cuyo núcleo no quedaba bien definido, y además sin límite temporal, y el gobierno la llevaba a cabo mediante decretos especiales de los previstos en el artículo 76-11 C.N., los cuales podrían modificar y derogar toda legislación preexistente sobre las materias intervenidas.

Según este concepto, intervenir significaba actuar con amplísimas atribuciones legislativas en la limitación de la libertad económica: establecer obligaciones y prohibiciones, incluyendo la definición de tipos penales y las sanciones correspondientes, etc.

La nueva Constitución ha dado un viraje radical en esta materia. En efecto:

a) Las leyes de intervención económica deben precisar sus fines y alcances, así como los límites de la libertad económica (artículo 150-21); y las que regulen funciones de inspección y vigilancia deben expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno con miras a su ejercicio (artículo 150-6);

b) Desaparecieron los decretos especiales como modalidad de ejercicio de funciones legislativas por parte del gobierno, dado que el artículo 76-11 de la Constitución de 1886 fue sustituido por el artículo 150-9 de la actual, que habla de conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.

Ya no se dice, entonces, que se lo puede autorizar para realizar "otras funciones dentro de la órbita constitucional", ni que las ejerce mediante decretos con fuerza legislativa, como decía el artículo 118-8 de la anterior Constitución, que desapareció de la nueva.

Así las cosas, la intervención dependerá de lo que disponga cada ley, y evidentemente se la llevará a cabo mediante actos y operaciones administrativas, pues los decretos que la desarrollan no serán demandables ante la Corte Constitucional (artículo 241 C.N.).

Conviene, por último, observar que una cosa son las leyes de intervención y otra las leyes marco, que versan sobre los temas específicos señalados por el artículo 150-19, algunos de los cuales tienen que ver con la economía y, en el fondo, con intervenciones estatales.

9. CONCLUSIONES

¿Cómo evaluar los cambios introducidos al régimen de la propiedad y la iniciativa privada en la nueva Constitución?

Ante todo hay que observar que ésta adolece de sincretismo ideológico, que puede ser una expresión delicada para designar el populismo. Este quiere dar gusto a todo el mundo: a los que quieren mayor libertad económica pero también a los que exigen un ejercicio más responsable de la misma, garantizado por una mayor ingerencia estatal.

Según lo dicho atrás, en últimas es la ley, y por consiguiente serán las tendencias políticas que dominen en el Congreso, quienes definan la orientación del Estado en estas materias.

Ahora bien, desde el punto de vista de la seguridad jurídica se ha ganado muchísimo con la devolución de competencias legislativas al Congreso en materia de regulación económica y la correlativa restricción de las gubernamentales.

Es de esperar que este nuevo espíritu penetre las ideas sobre interpretación y aplicación de la Constitución, pese a la resistencia que hábitos muy arraigados puedan oponerle.

Aunque la libertad económica parece verse más favorecida con los nuevos textos, no sucede lo mismo con la propiedad privada, que es base de aquélla. En efecto, la exportación por vía administrativa, la relativización del concepto de indemnización y la figura de la propiedad solidaria que puede dar lugar a que haya expropiaciones para protegerla o fomentarla, pueden debilitarla sensiblemente. Pero también aquí el papel determinante lo juega la ley.