

LA LEY DE FAJAS DE RETIRO VIAL COMO UNA AFECTACION INDEBIDA
Y ARBITRARIA DEL PATRIMONIO PRIVADO

JAVIER RICARDO CASTRO DUQUE

MANUEL GUILLERMO GANTIVA TORRES

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

PREGRADO DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BOGOTA D. C.

JULIO DE 2015

LA LEY DE FAJAS DE RETIRO VIAL COMO UNA AFECTACION INDEBIDA
Y ARBITRARIA DEL PATRIMONIO PRIVADO

JAVIER RICARDO CASTRO DUQUE

MANUEL GUILLERMO GANTIVA TORRES

Monografía presentada para optar al título de Abogado

Asesor

Doctor GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS POLITICAS

DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BOGOTA, D. C. 2015

NOTA DE ACEPTACION

Firma del Presidente del jurado

Firma del Jurado

Bogotá D. C., Julio de 2015

Dedicatoria

A Dios.

Por bendecirme en cada reto personal y profesional que emprendo y fortalecer mi corazón e iluminar mi mente; por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte, compañía sincera y leal durante todo el periodo de estudio; en especial mis hijos Juan Felipe y María Paula, mi adorada esposa Solanyi y nuestra nana Rosita.

Javier Ricardo Castro Duque

Dedicatorias y Agradecimientos

A DIOS.

Por haberme dado la vida y la salud, por su infinita bondad y amor, por darme fuerza y sabiduría para continuar y no desfallecer en este intento de terminar mis estudios profesionales como abogado.

A mis padres

ROSA DELIA.

Que con la sabiduría que le ha dado mi Dios, me enseñó a ser quien soy, me guio por el camino de la vida con honestidad y respeto, gracias por el amor y los consejos que me has dado, por llevarme en tus oraciones porque estoy seguro siempre lo haces.

GUILLERMO

Siento que está siempre conmigo, nos faltaron muchas cosas por compartir juntos, este hubiera sido el momento tan especial para ti como lo es para mí, Dios lo tenga en su gloria.

A mi familia.

Mis hijos Oscar Ernesto y Yeimy Liliana quienes fueron el motor para cumplir esta meta, que sea un ejemplo para sus vidas, nunca es tarde para lograr lo que uno se propone.

Mis adorados Sebastián, Sergio y Valeria, a quienes les dedico este trabajo, Dios siempre los ilumine y los cuide y que mi logro alcanzado contribuya a su formación.

También dedico este triunfo a mis hermanos, ustedes me animaron y me fortalecieron para alcanzar la meta.

A Myriam Carranza Roa, pilar más importante en este logro, por demostrarme siempre su amor, cariño y apoyo incondicional, gracias por dedicarme la mayor parte de su tiempo; a Paola y Johanna a quienes quiero mucho.

Mis docentes.

Al excelente grupo de docentes que me transmitieron sus conocimientos y experiencias académicas, Dios siempre les de sabiduría y continúen en esa dura tarea de formar hombres para el día de mañana, al doctor Giovanny Niño, por su tiempo compartido, su apoyo y motivación para culminar este trabajo; a las directivas y demás personal de la universidad, por sus servicios y paciencia.

Mis compañeros

Quienes estuvieron a lo largo de esta carrera, de cada uno de ustedes también aprendí y me enseñaron a crecer profesionalmente, Dios los guie en sus trabajos y en la vida diaria. A mi gran amigo y compañero Javier Ricardo con quien compartí tiempo en la elaboración de este trabajo.

Manuel Guillermo Gantiva Torres.

CARTA DE SECCION DE DERECHOS

Por medio de la presente nos permitimos ceder los derechos morales de los autores del trabajo titulado “LA LEY DE FAJAS DE RETIRO VIAL COMO UNA AFECTACION INDEBIDA Y ARBITRARIA DEL PATRIMONIO PRIVADO” para la consulta parcial o total del trabajo de grado y la consulta o reproducción parcial o total o de la publicación electrónica del texto completo del trabajo, así como del registro respectivo en el catálogo correspondiente de la Biblioteca de la Universidad Colegios de Colombia UNICOC. En constancia de lo anterior:

JAVIER RICARDO CASTRO DUQUE

MANUEL GUILLERMO GANTIVA TORRES

Tabla de contenido

RESUMEN.....	9
ABSTRACT:	9
PALABRAS CLAVE:	10
INTRODUCCIÓN:	10
CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL “INTERÉS GENERAL” DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FILOSÓFICA	15
Sobre la propiedad privada.....	16
Sobre el “interés general”.....	20
“Interés general” vs propiedad privada.....	21
“Interés general” vs propiedad privada en el contexto colombiano	23
CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO.....	27
División clásica entre “dominio público del estado” y “domino privado del estado”	28
Doctrina del servicio público y la adecuación especial.	31
Afectación a un servicio público con adecuación especial en choque con los intereses privados.....	34
La afectación de un bien al “fomento de la riqueza nacional” en la doctrina española.....	37
CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN COLOMBIA .	39
Incoherencia de conceptos desde la jurisprudencia Colombiana antes y después de la Constitución de 1991, evolución de la regulación del patrimonio público y camino de afectación e intervención del Estado sobre las propiedades de titularidad privada.....	40

Regulación con la Constitución de 1991.....	43
Los “bienes de interés público”	47
CAPÍTULO IV: CRÍTICA A LA LEY DE FAJAS DE RETIRO VIAL, 1228 DE 2008 ... 48	
Vaciamiento del contenido del derecho de propiedad privada a consecuencia de la aplicación de la Ley de Fajas de Retiro Vial: expropiación parcial de la propiedad sin indemnización previa. Violación de la igualdad de las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos.....	50
Dificultad para legitimar la delimitación de los “bienes de interés público” afectados e intervenidos bajo tal categoría por el Estado, mediante la concreción del bien colectivo “desarrollo económico” o “fomento de la riqueza”.....	59
Dificultad para legitimar la delimitación de los “bienes de interés público” afectados e intervenidos bajo tal categoría por el Estado, mediante la amplificación del concepto de “espacio público”.	63
Peligro de arbitrariedad. Inexistencia de criterios limitadores de la intervención que el Estado puede hacer en la propiedad privada, el patrimonio de los particulares, en su búsqueda del “interés general”, por medio de la afectación de bienes privados bajo la figura del “bien de interés público”. Impertinencia y poca efectividad de la garantía limitadora “reserva de ley”. Riesgo para la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.....	66
CONCLUSIÓN:.....	70
Bibliografía	72

RESUMEN:

La Ley de Fajas de Retiro Vial ha impuesto un régimen exorbitante de derecho público a algunos bienes de titularidad privada, obligándolos a una serie de cargas, limitaciones y deberes que son, a nuestro modo de ver, un exceso en la “función social y ecológica” y al “interés general” a que está sometida la propiedad privada, por cuanto esta función no puede ir en detrimento de los fundamentos y la finalidad misma de esta institución: la producción de riqueza. La importancia de la propiedad privada para una sociedad liberal y el choque con el “interés general” transversaliza el tema de la regulación del patrimonio público, y en este orden de ideas, de los bienes privados afectados bajo un régimen jurídico exorbitante. La tesis defendida por este trabajo es que la Ley de Fajas de Retiro Vial produce una afectación indebida, inadecuada e incontrolada sobre los bienes privados determinados en ella, quitándoles su sentido dentro del tráfico jurídico, produciendo una expropiación parcial, pero sin ningún tipo de compensación pecuniaria; y en este sentido, produciéndose un vaciamiento del contenido del derecho de propiedad privada y una violación al principio de la igualdad de las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos.

ABSTRACT:

The law on retirement road girdles has imposed an exorbitant regime of public right over some privately owned property, forcing them to a series of loads, limitations and duties which are, in our view, excessive in the “social and ecological function” and the “public interest” in which private property is subjected, since this function cannot be opposed to the foundations and goal of this institution: the production of wealth. The importance of private property for a liberal society and the clash with the “public interest” crosses the issue of regulation of public assets and, in this sense, of private property affected under an exorbitant legal regime. The argument of this paper is that the law on retirement road girdles produces and improper, inappropriate and uncontrolled affectation over the private property determined in it,

taking away their sense within the legal traffic, causing a partial expropriation without any pecuniary compensation; and in this sense, causing an emptying in the contents of the private property right.

PALABRAS CLAVE:

Propiedad privada, propiedad pública, bienes de uso público, bienes fiscales, afectación, servicio público, dominio público del Estado, dominio privado del Estado, dominio público de la administración, dominio privado de la administración, función social y ecológica de la propiedad privada, demanialidad.

INTRODUCCIÓN:

La propiedad privada es una institución de vital importancia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Constituye uno de los rasgos fundamentales que definen la sociedad occidental misma. Institución difundida y consolidada por las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, la propiedad privada está ligada íntimamente con diversos valores de marcada importancia en nuestra sociedad, como lo es la libertad. En efecto, sin la propiedad privada es una característica fundamental de la “sociedad de masas individualizadas” (Marquart B. , 2009), donde los individuos desde alejadas distancias entablen densas y complejas relaciones de interdependencia, mediante las cuales satisfacen mutuamente sus necesidades, mediante la concreción y perfeccionamiento de negocios jurídicos dispositivos y extintivos de obligaciones (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011).

Cabe resaltar que esta concepción y conceptualización acerca del derecho de propiedad está claramente enmarcada dentro de una filosofía liberal-clásica. En efecto los revolucionarios liberales, movidos por el espíritu racionalista y progresista de la ilustración luchaban por la legitimación y consolidación de la propiedad privada como una manera de eliminar las ataduras del antiguo régimen, caracterizado por el predominio de la iglesia católica y la moral religiosa. Esta es la concepción desde la que se abordará el presente trabajo. Esto implica que nuestra

conceptualización no es única ni absoluta, sino que simplemente constituye un aporte y una lectura del problema jurídico que se aborda, en efecto, desde una mirada política e ideológica específica.

La propiedad privada también es una institución y elemento fundamental dentro de una economía de mercado, donde los individuos de forma “racional” eligen a su gusto, dentro de las posibilidades que les muestra el mercado, el bien o servicio que más se acomode a sus intereses, gustos o pretensiones. Así mismo, por cuanto en una economía de mercado (Cuevas, 1993) los individuos buscan aumentar su capacidad de consumo y sus “ganancias”. Por medio de la inversión de capital los productores pretenden aumentar su riqueza personal para volver, posteriormente, a invertir ese capital que han ganado en exceso, de forma que el ciclo se repita. Los poseedores de capital, al actuar de esta forma, dan pie a que se genere -y de esta forma generan- fuentes de empleo al contratar mano de obra asalariada.

Para que los procesos descritos anteriormente se puedan seguir dando, y para que los valores e ideas jurídico-políticas, de los que se habló en los párrafos anteriores de la presente introducción, propios de la ideología liberal, sigan teniendo plena vigencia, se hace imprescindible que existan condiciones de “seguridad jurídica”, en tanto las normas y el ordenamiento jurídico estén totalmente claros para los sujetos regulados por el Estado. El Derecho debe ser predecible, claro y certero, de forma que los ciudadanos puedan asegurarse de cuál es el ámbito para el ejercicio permitido de sus libertades públicas. Y por otro lado la “seguridad jurídica” adquiere un valor fundamental para el proceso de acumulación y reproducción del capital (Cuevas, 1993), en tanto que los dueños del capital tiene que tener absolutamente claras las normas y la estructura regulativa sobre las que deben regirse, y de esta forma poder invertir de manera adecuada y eficaz este capital. En este orden de ideas, reducir al mínimo los márgenes de indeterminación del ordenamiento jurídico es una tarea imprescindible para una sociedad de raigambre liberal. En lo que tiene que ver con la importancia de la propiedad para la sociedad actual, la tendencia de acumulación propia de la modernidad y su importancia para

nuestra sociedad actual, se ahondará a lo largo de este trabajo, en especial en el Capítulo I, y un poco menos en el Capítulo IV.

Con el advenimiento de un Estado cada vez más interventor (Marquart B. , 2009), preocupado por las funciones y deberes positivos que mediante su intervención en la sociedad civil, debe garantizar, la visión de propiedad privada sacralizada y absoluta fue cediendo ante la necesidad de proyectar interrelaciones más coordinadas para la consecución de metas comunes, es decir, el llamado “interés general” (Hernández Betancur, 2011). Ahora, cada vez más, la propiedad privada empezó a ser cargada por una serie de funciones, deberes y obligaciones mediante las cuales se buscaba que los intereses de la colectividad no se vieran truncados por la necesidad de mediar con los propietarios de diversos bienes, además de la necesidad de tutelar y buscar soluciones o caminos para llegar a diferentes valores, metas, estrategias, etc.

La propiedad privada, conforme los criterios político-jurídicos liberales clásicos, era un derecho que debía ser tutelado, protegido y salvaguardado por el Estado liberal a toda costa, salvo en los casos en los cuales fuera imprescindible la intervención estatal para asegurar el cumplimiento o logro de las finalidades públicas más importantes (Hernández Betancur, 2011, págs. 100-101), pero que podía ser limitado o restringido por el Estado, aunque solamente cuando la necesidad de ello fuera absolutamente indispensable para el cumplimiento y el logro de finalidades públicas y de interés general. Esta intervención sólo podría privar de la propiedad al ciudadano mediante una indemnización equivalente, justa y previa.

Con el proceso de privatización que se empezó a dar para finales del siglo XX (Marquart B. , 2009), la prestación de servicios públicos, que en un primer momento estuvo en cabeza del Estado, empezó a ser asumida por entidades privadas. En este momento se presentó una dificultad en que empezó a resquebrajar la clásica división de bienes públicos que se había establecido entre el llamado “dominio público del Estado” –bienes de uso público- y “dominio privado del Estado” –bienes fiscales-. Lo anterior por cuanto una nueva categoría de bienes empezó a aparecer y a cobrar cada vez más importancia, las “propiedades privadas afectadas a la prestación de un

servicio público”. En Efecto, ahora no solamente había propiedades públicas siendo afectadas a la prestación de un servicio público, sino también propiedades que habían pasado al patrimonio privado, pero que seguían afectada al cumplimiento de una función pública. (Ramón Parada, 2010). Lo relevante para efectos de este escrito es que dicha afectación genera un régimen exorbitante en el derecho privado, dado que se le insertan características de derecho público.

La Ley de Fajas de Retiro Vial, 1228 de 2008, afecta con un régimen de derecho público a una serie de bienes que tienen la característica de estar adyacentes a las vías públicas, y los declara “bienes de interés público”. Determina y establece las “fajas obligatorias de retiro vial” e impone una serie de prohibiciones como la de edificar cualquier tipo de construcción que requiera de la expedición de una “licencia de construcción”, la prohibición que se le hace a cualquier empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de instalar cualquier tipo de estos servicios en edificaciones de cualquier clase que se levanten sobre estas fajas de retiro obligatorio; impone una serie de deberes a los titulares de los derechos reales de los predios declarados “fajas obligatorias de retiro vial” como la de separar con árboles los terrenos obligatorios de retiro vial. Así mismo esta ley establece que el Estado, cuando requiera expropiar administrativamente dichas propiedades, no tendrá en cuenta ningún tipo de mejora para hacer el pago del costo de los bienes.

Este tipo de imposición de un severo régimen de derecho administrativo sobre propiedades particulares implica casi un vaciamiento de los atributos clásicos de que goza la propiedad privada desde la teoría subjetiva (Regifo Gardeazábal, 2011) y que tiende a ser un derecho pleno, un señorío regido sólo por la voluntad de su titular, presupuestos estos conforme a la tradición clásica del Estado Liberal gendarme. Constituye esto casi una expropiación parcial sobre la propiedad privada afectada a este régimen, en tanto genera una expansión sobredimensionada de la función social de la propiedad privada, del “espacio público” y, en ese orden de ideas un rompimiento en la igualdad de las cargas públicas que deben asumir los ciudadanos (artículo 90, Constitución Nacional). Las afirmaciones de este párrafo

serán expuestas, profundizadas y argumentadas con mayor detalle en el Capítulo IV del presente escrito, por lo cual las hasta ahora expuestas sólo constituyen una breve introducción de lo que se expondrá “en extenso” en este trabajo.

El presente trabajo tiene la finalidad de hacer una crítica al régimen impuesto por la Ley de Fajas de Retiro Vial a los bienes inmuebles adyacentes a las vías, de acuerdo a las estipulaciones, características y especificidades en ella dispuestas. Hacemos énfasis en que la postura político-filosófica del presente escrito se hace desde una óptica liberal-clásica la cual, repetimos, no es única ni absoluta, sino que es una de muchas miradas con las que se puede abordar y pensar el problema, sin perjuicio de otras ideologías o posturas filosófico-políticas.

El trabajo contiene una buena parte de contextualización histórica, filosófica e institucional del problema jurídico que se aborda, por cuanto solo entendiendo los diferentes y complejos contextos sobre los cuales se desenvuelve el problema será posible dilucidar y exponer críticas de manera coherente y sistemática a la normatividad y la legislación que se pretende analizar. Por otro lado, dado que este no es un tema que se aborde con un gran volumen de trabajos dentro de la doctrina nacional, y que el tema de la regulación del patrimonio público no ha sido ampliamente abordado en Colombia, es necesario aclarar y poner de presente la importancia del derecho-institución “propiedad privada” y su relación con el “interés general” (Capítulo I), la regulación y las conceptualizaciones e instituciones jurídicas que la doctrina internacional –Francia y España, principalmente- ha construido sobre la regulación del patrimonio público (Capítulo II), lo cual tiene una clara e importantísima influencia en nuestras instituciones y nuestro derecho positivo; la regulación que específicamente se ha dado del patrimonio público en Colombia (Capítulo III), para, con todos estos elementos teóricos, filosóficos y jurídicos en claro, abordar la crítica a la Ley de Fajas de Retiro Vial (Capítulo IV), habiendo previamente abordado los elementos y herramientas que permiten una comprensión amplia, sistemática y coherente de la misma y lo que ella implica. Por último se decantarán unas conclusiones.

El objetivo final del presente trabajo es examinar, desde una postura crítica, la Ley 1228 de 2008, de Fajas de Retiro vial, discutir sobre su fundamentación teórica y denunciar la dificultad para legitimar-validar la intervención –a nuestro modo de ver expropiatoria parcial, o vaciadora del derecho de propiedad privada-, entre otras.

CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL “INTERÉS GENERAL” DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FILOSÓFICA

Tanto propiedad privada como “interés general” son conceptos y nociones que han adquirido una gran relevancia en el mundo político contemporáneo; especialmente dentro de los países occidentales. Hoy en día en los diferentes debates políticos y económicos; leyes, planes de desarrollo y campañas electorales se manejan estos dos conceptos para la consecución de determinados objetivos, aun cuando ninguno de estos dos conceptos goza de una definición única y universalmente aceptada. De hecho, tanto “propiedad privada” como “interés general” se muestran más como conceptos ambiguos -es importante aclarar que el concepto de “interés general” es aún mucho más vago que el de “propiedad privada”. Adicionalmente, puede decirse que este es aún más usado en ámbitos políticos y económicos para justificar determinados tipos de decisiones y fácilmente manipulables.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente sección tiene como objetivo plantear un breve marco histórico y filosófico de los conceptos de “propiedad privada” y del “interés general”. En la primera parte se abordará el concepto de “propiedad privada”. Después de realizar un breve recuento histórico de su definición, se argumentará que éste concepto es fundamental e indispensable dentro de la concepción de la teoría liberal-clásica de la sociedad, en la cual el individuo y su libre desarrollo tienen una importancia considerable. Posteriormente, en la segunda parte, se abordará el concepto de “interés general”. Inicialmente, se expondrán algunas de las definiciones que se le han dado. En segunda instancia se hará un breve recuento histórico y finalmente se planteará una crítica a este concepto en la

medida en que puede, en algunos casos, poner en riesgo los derechos del individuo y las libertades propias de este.

Sobre la propiedad privada

De acuerdo con la sentencia C-189/06 de la Corte Constitucional de Colombia, la propiedad privada se define como “el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189/06, 2006). En este sentido, la propiedad privada puede entenderse como un derecho individual o de una empresa para disponer, comprar, vender o emplear diferentes formas de capital como tierra, medios de producción o bienes de consumo.

Por ende, el derecho de propiedad privada toma lugar dentro de una concepción de Estado liberal, en la cual el individuo goza de derechos que le son propios y que puede ejercer autónomamente; los cuales el Estado debe garantizar sin interferir en sus decisiones, siempre y cuando estas no entren en conflicto con las libertades de los otros individuos. En el caso colombiano, la Corte Constitucional le atribuye las características de ser un derecho pleno, exclusivo, perpetuo, autónomo e irrevocable. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189/06, 2006).

No obstante a lo anterior, este derecho no siempre tuvo la misma importancia que tiene hoy en día dentro de las sociedades principalmente occidentales. Si bien este derecho fue contemplado desde la antigua Grecia, fue hasta el siglo XIX que este derecho adquirió una relevancia significativa nunca antes vista. En otras palabras, las “teorías sobre la justificación social de la propiedad privada [han tenido lugar] desde Platón y con mucha más fuerza durante el siglo XIX especialmente en Europa y Estados Unidos”. (Schlatter, 1951).

En este mismo sentido, el reconocido pensador liberal Frederick A. Von Hayek se refería a la relación entre propiedad privada y libertad individual en los siguientes términos: “Si aquella constituye la base de toda civilización desarrollada, correspondió en su día, al parecer, a la Grecia clásica el mérito de haber por vez primera advertido que es también intrínsecamente inseparable de la libertad individual” (Hayek, *Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia*, 2007). Sin embargo, es evidente que el concepto de propiedad privada, más o menos similar al que se tiene hoy en día, no se consolidó como paradigma y derecho trascendental dentro de las sociedades occidentales sino hasta el siglo XIX. Siguiendo este argumento, puede decirse entonces que, “propiedad privada”, “libertad de los individuos” y “civilización” hacen parte de un mismo proceso.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, cabe preguntarse por qué este concepto se transforma en un derecho con una importancia valiosa en este momento específico de la historia y por qué en estos países occidentales, particularmente y de manera más prematura en los países protestantes como Inglaterra, Holanda y Alemania. (Sobre la relación entre el protestantismo y desarrollo del capitalismo, ver el clásico libro de Max Weber: “*La Ética protestante y el espíritu del Capitalismo*”).

Pues bien, sobre esto Schlatter plantea que la idea de ‘propiedad’ expresa una relación permanente entre las personas y las cosas propiedad que a su vez como concepto resulta imposible de desligar del sistema económico prevaleciente (Schlatter, 1951). En este orden de ideas, la idea de propiedad privada aparece con mucha más fuerza e importancia que antes en el siglo XIX en sintonía con la profundización del desarrollo capitalista que se da durante esta época, de manera más visible en los países mencionados anteriormente.

De este modo, se tiene que la consolidación de la propiedad privada como derecho viene de la mano con las revoluciones industrial y francesa, que determinaron durante el siglo XIX un modelo económico impulsado por el ascenso de la

burguesía, la iniciativa privada, la profundización de la división del trabajo y la promoción del comercio y el mercado dentro de los principales países occidentales.

Indiscutiblemente, esta nueva concepción de sociedad basada en la democracia, las libertades individuales, el libre desarrollo de las personas a pensar, expresarse, asociarse etc. En la cual la propiedad privada es considerada como la fuente más importante para la producción de bienes y servicios, no solamente trajo cambios en el modelo económico productivo de las sociedades, sino también en sus modelos morales de pensamiento. Así, nuevos valores como el mérito, el trabajo constante, la dedicación, la constancia entre otros, comenzaron a adoptarse dentro de las sociedades occidentales.

Sobre lo anterior vale la pena resaltar los trabajos hechos por algunos moralistas escoceses de la segunda mitad del siglo XVII como Adam Smith y David Hume, quienes además señalaron que el punto de partida de las civilizaciones occidentales ha coincidido con la introducción de la propiedad “plural” o privada.

Sin embargo, durante el siglo XX, esta visión clásica sobre la propiedad privada fue siendo cuestionada y modificada. Así, conceptos como la función social y ecológica de la propiedad privada fueron introducidos, condicionando el ejercicio de este derecho. Teorías marxistas de izquierda y también teorías de derecha simpatizantes con el fascismo defendieron la intervención o incluso anulación de este derecho de propiedad privada. Para ambas teorías, en apariencia radicalmente opuestas, pero en realidad muy similares, los derechos y libertades individuales deben ser sacrificados en pro de un objetivo final. En ambos pensamientos, el fin es más importante que los medios y cualquier obstáculo que se presente para lograr el fin último debe ser removido.

Uno de estos obstáculos, tanto para los marxistas radicales como para los fascistas es sin lugar a dudas la libertad individual, y dentro de esta, el derecho a la propiedad privada. Para el autor alemán Karl Marx, “el concepto de propiedad privada no es más que el dispositivo por el cual los capitalistas expropian la labor del proletariado,

lo mantiene en estado de esclavitud y excluidos de los medios de producción.” (DK London, 2012). De modo similar, para los fascistas, el interés y beneficio personal era algo que iba en contravía del interés del Estado o del líder supremo. Así, el único interés válido es el del Estado y las diferentes personas deben trabajar única y exclusivamente en pro de este y no del suyo propio. No resulta extraño entonces que en ambos tipos de sociedad, tanto comunista como fascista, el mercado se ve tajantemente reducido o anulado.

Cuando al individuo pertenece su propiedad, tiene todos los incentivos para cuidar de ella e invertir en su manutención. De esta manera, el individuo sabe que el trabajo duro y el esfuerzo por mantener y expandir su propiedad van a redundar en beneficios para él. Pero, como ya vimos antes, el beneficio personal de los individuos es también el beneficio de la sociedad en general. Adicionalmente a esto, como lo diría Adam Smith, el mercado en una sociedad, además de promover la especialización, promueve valores como la cooperación, la confianza, la honestidad y el trabajo arduo. En síntesis, promueve que los individuos actúen de manera benevolente.

No obstante a la gran importancia del concepto discutido anteriormente, no ha habido hasta ahora una definición universalmente aceptada sobre este. Menos aún, un absoluto consenso sobre su importancia y su defensa. Como vimos arriba, tendencias “colectivistas” tanto de izquierda como de derecha han intentado suprimir la relevancia de este concepto; remplazar la iniciativa privada como el eje fundamental de la producción de bienes y servicios y sacrificar los intereses individuales y personales por los “colectivos” o “generales”. Conceptos más vagos, difusos ambiguos y menos consolidados que el mismo de propiedad privada. A continuación analizamos entonces breve recuento del concepto de “interés general” y su relación muchas veces conflictiva con el de “propiedad privada”.

Sobre el “interés general”

Una de las características principales de este concepto es lo amplio, difuso confuso e inexacto que es. De hecho, es difícil encontrar diferencias entre “interés general”, “interés común”, “interés público”, “bienestar general”, etc. Estos conceptos son usados indistintamente en el ámbito político y económico sin que se tenga en realidad una certeza clara de lo que específicamente significan.

Teóricos que han intentado hacer aproximaciones a algún tipo de definición se han encontrado con el problema descrito antes. Sobre esto Hayek apunta: “El ‘objetivo social’, o ‘propósito común, por el cual la sociedad ha de ser organizada, es casi siempre vagamente descrito como ‘bien común’, o el ‘bienestar general’, o el ‘interés general’. No se necesita mucha reflexión para ver que estos términos no tienen un significado suficientemente definitivo para determinar una vía particular de acción...” (Hayek, *The Road to Serfdom*, 1944 (2010))

De este modo, Hayek plantea que es evidentemente imposible, por no decir menos, unificar la gran variedad y diversidad de intereses que tienen los individuos dentro de una sociedad en una sola cosa homogénea llamada “interés general”. Esto supondría la anulación de los intereses e inclinaciones que tienen cada una de las personas en una sociedad y sacrificarlos por algo difusamente definido.

Resulta conveniente citar lo dicho por uno de los *policymakers* de la BBC de Londres, en un trabajo realizado por el profesor David Morrison para la British Broadcasting Corporation, refiriéndose al concepto de la siguiente manera:

“Es difícil definir el interés público con alguna gran claridad, porque en el momento en el que se empiezan a definir cosas, del mismo modo, se excluyen otras...” (Morrison, 2002)

Así las cosas, podemos decir que, sin ser un concepto que goce de una definición unívoca, el concepto hace referencia a los intereses nacionales o del Estado; los

cuales conciernen (o deberían concernir) a cada uno de sus ciudadanos, independientemente de la profesión o posición que ocupen en este.

Trayendo a consideración todo lo dicho anteriormente, conviene en este punto realizar un conciso análisis de cómo los dos conceptos discutidos arriba se relacionan, cómo eventualmente pueden entrar en conflicto y cómo podría evidenciarse concretamente dentro del caso colombiano.

“Interés general” vs propiedad privada

Aunque estos dos términos pueden ser llegar a parecer opuestos y entrar en disputa en ciertas ocasiones, no necesariamente tiene que ser así. Los dos términos que discutimos no son excluyentes; esto es, la propiedad privada no es una figura que vaya en contravía del “interés general” y, de hecho, en la mayoría de las ocasiones hace parte de este. Para ejemplificar mejor este punto, pensemos en las enormes y conocidas ventajas que tienen el mercado y el comercio dentro de una sociedad.

Además de poder acceder a una mayor variedad de bienes a precios más bajos, el mercado permite que los agentes puedan especializarse en la producción de un determinado producto, haciéndolo cada vez mejor y cada vez más barato. Adam Smith es uno de los teóricos que ha resaltado con más énfasis y desde muy temprano lo indispensable que es la especialización y la división del trabajo para el avance científico y del conocimiento. No obstante, como anota Smith, para que haya especialización, se requiere necesariamente del mercado (Smith, 1776 (2010)); pues de otra manera los individuos tendrían que producir por si mismos todos los bienes que quisieran consumir; limitando en gran manera su capacidad adquisitiva y la técnica usada en estas.

Ahora bien, uno de las piezas fundamentales en la consolidación de un mercado es la propiedad privada. “Sin la idea de propiedad privada, no hay potencial para el beneficio personal, no hay razón incluso para entrar en el mercado. No hay, de hecho, mercado.” (DK London, 2012). Es la propiedad privada y el incentivo de

ganancia y beneficio personal lo que motiva a los agentes a involucrarse en el mercado y sin esto, no es posible su existencia. (Smith, 1776 (2010)).

Así, es el deseo legítimo de progresar y conseguir riqueza el cual motiva a los agentes a hacer parte del mercado, pero para que estos puedan tanto producir sus bienes como comprarlos, deben tener una seguridad jurídica mínima que les permita confiar en que su trabajo va a ser recompensado y no le va a ser arrebatado. Esta seguridad jurídica es precisamente la figura de propiedad privada.

Así las cosas, es claro que la sociedad en su conjunto se ve beneficiada por la figura de propiedad privada; uno de los ejemplos más claros, como vimos, se encuentra en el mercado. Si los diferentes individuos de la sociedad obtienen beneficios personales al entrar al mercado están, a su vez, ayudando a la sociedad en general. Dicho en pocas palabras, en una visión liberal clásica, en la cual el Estado se limita a garantizar derechos de propiedad de los individuos, la propiedad privada y el interés general son perfectamente compatibles.

No obstante a todo lo anterior, en algunas ocasiones, ambos conceptos pueden entrar en contradicción. Cuando esto sucede, el Estado debe intervenir y mediar. De este modo, “los gobiernos de cada uno de los países del mundo se reservan el derecho de anular la propiedad privada cuando es considerada necesaria, por varias razones, desde necesidades de infraestructura hasta asuntos de seguridad nacional.”(DK London, 2012). Esta especie de mediación se ha hecho más común con la adopción por parte de muchos países (entre estos Colombia), bien sea de un Estado de bienestar o de un Estado social de derecho; el cual acoge una visión interventora, no solo en aspectos civiles, sino también en los aspectos económicos de la sociedad.

Uno de los aspectos claves en los cuales dicha intervención estatal se hace efectiva es mediante la expropiación. Como se citó antes, las razones pueden ser de diversa índole y con justificativas válidas. El punto crucial es que se requiere necesariamente de una compensación o indemnización justa y previa. Si lo anterior

no se cumple y las personas no tienen una garantía sobre sus propiedades, la producción y el intercambio de bienes y servicios en la sociedad no se puede llevar a cabo. Dicho en otras palabras, cuando los individuos piensan que en cualquier momento el Estado puede arbitrariamente arrebatarles los bienes y propiedades, no hay incentivo alguno para producir y adquirir bienes y servicios, lo cual es un elemento fundamental dentro de una sociedad moderna y contemporánea. Como lo escribió (Hayek, Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia, 2007), ha sido la protección de la propiedad privada por parte de los gobiernos y no la determinación de qué hacer con ella lo que ha traído avances en las civilizaciones occidentales.

“Interés general” vs propiedad privada en el contexto colombiano

Teniendo como base lo anteriormente dicho, es oportuno en este punto revisar brevemente cómo ha sido la relación entre estos dos conceptos en el caso colombiano y cómo se encuentra actualmente. Es decir, qué ha dicho la Constitución colombiana y las leyes sobre la relación entre el interés general y la propiedad privada.

Con el objetivo de contextualizar un poco, vale la pena mencionar que Colombia duró más de un siglo con la constitución promulgada en 1886 y sólo sustituida hasta 1991. Esta primera constitución adoptaba una visión más liberal clásica basada en el pensamiento liberal francés del siglo XIX en cuanto al derecho de la propiedad. Así, no se tiene aún la concepción de un Estado interventor en los vínculos sociales y económicos de los individuos sino que se limita a una concepción en la cual el papel fundamental del Estado debe estar en procurar la seguridad y el orden.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX esta concepción clásica de un Estado reducido y limitado fue siendo progresivamente revisada y cuestionada. Especialmente, después de la crisis económica mundial de 1929 surgida en Estados Unidos, se empezaron a plantear modelos de Estado mucho más intervencionistas, particularmente en los asuntos económicos. El primer diagnóstico dado a dicha

crisis fue la falta de regulación del sistema económico y financiero, la cual inevitablemente conducía al caos y al colapso. De este modo, nuevas teorías económicas como la Keynesiana resaltaron la importancia y agencia de los gobiernos en materia monetaria y fiscal con el fin de evitar los ciclos económicos. Así las cosas, Estados de bienestar y Estados sociales de derecho tuvieron un gran auge durante los años posteriores a dicha crisis.

Colombia no fue ajena a estos cambios dentro del contexto internacional. En 1936, durante la primera presidencia de Alfonso López Pumarejo, se llevó a cabo una importante reforma constitucional en la cual se planteaba la necesidad un modelo de Estado mucho más interventor y preocupado, no solamente por un bienestar jurídico, sino también por el bienestar material y económico de los ciudadanos. Como lo dice Botero, “tradicionalmente, la reforma constitucional de 1936 en Colombia ha sido encuadrada en el marco de referencia del surgimiento del Estado interventor en el país, e incluso en América Latina” (Botero, 2006).

De este modo, Colombia sigue las corrientes adoptadas por Europa y otros países occidentales de un Estado más grande y abarcante, rompiendo así, la tradición en la cual se enmarcaba la Constitución promulgada en 1886. En palabras de Botero, “en la discusión sobre intervencionismo estatal durante la gestación de la reforma de 1936 se evidencia una ruptura con el régimen individualista consagrado en la carta de 1886.” (Botero, 2006). En el mismo sentido, Pabón argumenta, “en la reforma constitucional de 1936 se consagró expresamente la intervención estatal en la economía.” (Pabón, 1993). No en vano, dichas reformas dedican parte importante a la regulación y autoridad del estado respecto a la expropiación de tierras en pro del “interés general”.

Ahora bien, 55 años después de realizadas dichas reformas, Colombia pone en marcha una nueva Constitución, la cual define al Estado colombiano como un Estado Social de derecho. La Constitución en si misma establece un Estado altamente interventor en diferentes aspectos, sociales culturales y por supuesto económicos. Como lo dice la abogada Sonia Cortés, ante esta definición

“indudablemente nos encontramos frente a una cualidad del Estado mismo. Esta cualidad se refiere exclusivamente a la potestad del Estado de intervenir en el orden social.” (Cortés, 2008).

Esta intervención se da, como se ha dicho, en procura de ir más allá de una igualdad puramente jurídica-formal entre los ciudadanos, buscando así también una igualdad de tipo material y económica; al menos en aspectos básicos. Bajo esta cualidad de Estado, no solamente la seguridad y la ley hacen parte de los derechos del individuo y de las responsabilidades del cuerpo estatal, sino que también los recursos mínimos necesarios para garantizar un bienestar básico hacen parte de los derechos adquiridos por parte de los ciudadanos.

No obstante a lo anterior, esto no es posible de lograr sin que entren conflictos de intereses entre las distintas partes de la sociedad. Por un lado, el Estado debe proveer bienes y recursos públicos, al tiempo que debe hacer un intento de redistribuir de manera más equitativa la riqueza del país. Por otro lado, de manera simultánea, el Estado debe, de todas formas, garantizar las libertades individuales, proteger la propiedad privada y el mercado. Se tiene entonces, con la adopción de este tipo de Estado, la profundización de “un conflicto de intereses, plasmados constitucionalmente, que son a su vez generadores de crisis al interior de la sociedad. Este conflicto de intereses se refiere a la presentación del Estado como Estado Social, y el modelo de Estado Capitalista o Neoliberal implementado igualmente en 1991.” (Cortés, 2008). Este conflicto es en gran medida, el conflicto “interés general” vs propiedad privada que hemos planteado en este trabajo.

Para ponerlo de una manera más explícita, “nos encontramos frente a un Estado que se debate entre las exigencias del interés particular: La apertura económica, el neoliberalismo, el capitalismo, y el interés general, como función constitucional del Estado” (Cortés, 2008). No obstante, es claro que bajo ninguna circunstancia este conflicto puede resolverse de una manera tal que se atropellen o supriman las libertades y derechos individuales. Como lo ha dicho Hayek, “ni las buenas intenciones ni la eficiencia de una organización pueden preservar la decencia en un

sistema en el cual la libertad personal y la responsabilidad individual son destruidas.” (Hayek, *The Road to Serfdom*, 1944 (2010)). En pocas palabras, ni la voluntad de las mayorías ni la evocación de un “interés general”, pueden pasar por encima de los derechos individuales fundamentales.

Es entonces en este contexto, de aceptación de una concepción de Estado grande, abarcante y ampliamente interventor en el cual se sitúa el problema de la expropiación de la propiedad privada en pro de un “interés público” que se analizará más adelante.

Como se ha mencionado anteriormente, la Constitución colombiana adopta aquí una concepción de Estado interventor; el cual debe ir más allá de defender las fronteras nacionales y defender a sus ciudadanos. Bajo esta concepción de Estado, (Estado social de derecho), el Estado debe además intervenir en la economía del país mediante diferentes tipos de instituciones, proveer servicios públicos y buscar no solamente un bienestar jurídico sino también material. Ahora bien, ¿hasta qué punto esto puede ir en contravía de los derechos fundamentales e individuales de las personas? ¿Cómo pueden reconciliarse?

Es importante en este punto traer a colación uno de los apuntes que ha hecho la Corte Constitucional colombiana en este sentido. En la sentencia T-381 del 2009, sobre el derecho al consumo mínimo de agua potable aclara de manera tajante: “Prevalencia del interés general sobre el particular no es absoluta” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-381/09, 2009). Poniendo, de este modo, límites a lo dicho en el artículo 58 de la Constitución. Dice la citada sentencia:

“Si bien es cierto que conforme lo enuncia el artículo 58 de la Constitución, “el interés privado deberá ceder al interés público o social”, éste último no puede lograrse a costa del desconocimiento de derechos fundamentales. Ciertamente, en el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no

puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-381/09, 2009)

En este orden de ideas, se establece que por más de que haya un “interés general”, este en ningún caso puede atropellar derechos fundamentales de los individuos. Ahora bien, la propiedad privada no es un derecho fundamental, pero sí puede llegar a tener conexidad con algunos de ellos, como por ejemplo el derecho a la integridad personal, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En cuanto a la expropiación de bienes o tierras de particulares por parte del Estado, es claro que, como se insistió antes, en caso de esta ser inminente por alguno de los motivos mencionados, se requiere indispensablemente de una compensación justa y previa. De hecho, tanto el mandato constitucional como sentencias como la C-306 del 2013 (Corte Constitucional de Colombia , Sentencia C-306/13, 2013) lo ratifican. Es importante insistir en que una compensación justa implica que el precio a pagar por la compensación de la expropiación sea el precio de mercado. Además, no puede limitarse al precio del terreno mismo, sino por supuesto, de toda el área que esté construida en este. De otro modo, como se ha mencionado antes, se estaría incurriendo en un atropello a los derechos de los individuos.

CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO.

La regulación del patrimonio público responde a principios y necesidades distintas a la regulación del patrimonio de los particulares. Lo anterior por cuanto, mientras que los privados se rigen conforme el principio de “autonomía privada de la voluntad” y libertad contractual (Parejo Alfonso, 2013) (concordante esto, con una visión liberal e individualista de la sociedad, de agentes racionales que toman sus decisiones conforme a la mayor eficiencia productiva marginal (Hague & Stonier, 1965)), las entidades y funcionarios públicos se deben regir conforme al “interés general”. Esto implica y determina que el régimen jurídico aplicado a la regulación de los bienes públicos deba ser distinto al aplicado a los de los particulares, en lo

que se denomina un régimen exorbitante de derecho público. Sin embargo, esta regulación exorbitante para los bienes o el patrimonio público puede generar tensiones como, por ejemplo, la propiedad privada.

A continuación se hará un breve recuento de la evolución que ha sufrido la regulación de los bienes y el patrimonio público, con especial énfasis en el correspondiente proceso desarrollado en España y, especialmente Francia, su doctrina y jurisprudencia.

División clásica entre “dominio público del estado” y “dominio privado del estado”

Los Romanos en las institutas y en los textos justinianos (Penagos , 1998) diferenciaron entre las “cosas públicas”, que no podían ser comerciadas (independientemente de lo que hoy conocemos como bienes de uso público bienes fiscales), y que pertenecían a todos los hombres por igual; de las que pertenecían a los hombres, individualmente considerados, es decir, las de cosas privadas.

Se debe decir que dentro de los bienes no comerciables, es decir, aquellos que pertenecían a la generalidad de los hombres y a los cuales todos debían poder acceder en igualdad de condiciones eran de distintos tipos (Parejo Alfonso, 2013).

Conforme las organizaciones Estatales fueron concentrando su poder, para inicios de la edad moderna (Dulmen, 1984), los reyes fueron concentrando cada vez más poder, de forma que cada territorio empezó a ser regulado cada vez más por una sola autoridad centralizada, y empezaron a formarse ordenamientos normativos unificados y homogéneos (Marquart B. , 2009).

Se hizo necesario distinguir, entre los bienes públicos, aquellos que pertenecían a toda la comunidad, a todos los hombres, y para el cumplimiento de las funciones Estatales-institucionales; y en este sentido, no debían poder ser objeto de actos jurídicos de disposición o gravamen por parte del rey, como autoridad central. De esta forma se pretendía que aquellos bienes necesarios para la vida en comunidad, y

aquellos bienes vitales para todos los hombres, no pudieran ser objeto de apropiación y disposición por parte del rey.

En específico, en Francia, surge de esta forma la clásica distinción entre “patrimonio público de la administración” y “patrimonio privado de la administración”. Conforme a este entendimiento, sobre el “patrimonio público de la administración” el rey no tenía la posibilidad de disponer o gravar dichos bienes, por cuanto eran necesarios para la vida de los hombres, la comunidad y la continuidad y debida ejecución de funciones de la organización política (Estado); como los ríos, los caminos, las calles, el aire, etc. En este orden de ideas el Estado, en cabeza del rey, solamente tenía un poder de vigilancia, regulación y guarda sobre este tipo de bienes, más no un poder de disposición, como en los derechos reales de los particulares. En cambio, al “patrimonio privado de la administración” correspondían aquellos bienes que eran propios del patrimonio del monarca. Sobre este tipo de bienes el rey si tenía poder de gravamen y disposición. Respecto de este último tipo de bienes, se podía decir que el rey actuaba de forma similar a como lo harían los particulares (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 43-44).

Con la llegada de las revoluciones liberales, en específico, la revolución francesa, se pretendía eliminar todas las ataduras y restricciones que en el antiguo régimen impedían a los hombres el libre desarrollo de sus características individuales, sus capacidades racionales y que el “valor del trabajo” se erigiera en el más importante dentro de la sociedad, para lo cual se debían acabar las restricciones impuestas por las barreras feudal-estamentales (Dulmen, 1984). Y como objetivo y requisito fundamental para el logro de estos objetivos se tenía que liberar a la propiedad de sus antiguas barreras y ataduras, que no le permitían libertad de movilidad. De esta forma la revolución francesa acabó con el régimen exorbitante impuesto a la “propiedad pública” (Ramón Parada, 2010, pág. 41)

No obstante estas importantes modificaciones normativas incorporadas por los liberales, pronto se vio la necesidad de volver a introducir normas exorbitantes de derecho público, que permitieran una protección más adecuada para determinadas

categorías de bienes. Sin embargo, dado que no se podía renunciar a los objetivos liberales de acabar con el antiguo régimen, lleno de ataduras religiosas, estamentales y señoriales, que no eran acordes con los valores de “igualdad formal”, libertades, “trabajo” e individualismo”; no se podían revivir los derechos inmateriales (derechos señoriales, regalías, fiscales, etc.), ni se podía volver a otorgar poder a la iglesia, protegiendo y defendiendo la expropiación que sobre los “bienes de manos muertas” se había hecho. En este orden de ideas, las nuevas categorías jurídicas debían responder a estas necesidades, de modo que se diferenciaron entre los “bienes de dominio público”, como aquellos que no podían ser objeto de propiedad privada y eran necesarios para la vida y el desarrollo de la vida en comunidad (y aún, de los valores defendidos por la ideología liberal, como el individualismo), consagrados al uso y servicio general para todos los ciudadanos; y los “bienes nacionales”, que si eran susceptibles de apropiación privada, y eran utilizados por la Administración de una forma similar a como utilizan sus bienes los privados, además de que no estaban consagrados al uso o servicio público común, sino al cumplimiento de las funciones de las instituciones estatales. (Ramón Parada, 2010, pág. 41)

Si bien es cierto que la legislación civil y las Constituciones traen, por lo general, un catálogo de “bienes de uso público”, estos son meramente enunciativos, lo que implica que el legislador, en ejercicio de su “libertad de configuración” (concretando el principio democrático) pueda definir otros tipos de bienes que, así mismo, harían parte del patrimonio afectado con un régimen exorbitante de derecho público. Lo anterior por cuanto es el legislador el que tiene la capacidad y la potestad constitucional para que, en ejercicio de sus potestades, deberes y funciones, regule de la forma más idónea la normatividad sobre el patrimonio público, de modo que éste se pueda ir adaptando a las nuevas “necesidades” de una sociedad en constante cambio. El criterio de la “afectación” (Rodríguez, 2004) se desarrolla por la necesidad que tiene el legislador de determinar cierto tipo de bienes que, aunque no son “naturalmente” bienes de uso público, se hace necesario su declaratoria como tales, por cuanto son recursos vitales para la garantía del desarrollo de los

particulares y de la sociedad. De esta forma se configura la clásica dicotomía entre “bienes públicos naturales” y “bienes públicos artificiales” (Ramón Parada, 2010).

De esta manera se va delineando la conceptualización básica que en nuestro derecho Colombiano se asienta en sus disposiciones normativas, y que generan la diferenciación entre “dominio privado” y “dominio público”, este último constituido por los “bienes de uso público” (categoría cercana al concepto de “patrimonio público de la Administración”) y “bienes fiscales” (categoría cercana al concepto de “patrimonio privado de la Administración)

Doctrina del servicio público y la adecuación especial.

Con el advenimiento de un Estado cada vez más interventor, preocupado por sus “deberes positivos” para con la sociedad civil, se dio inicio a un proceso durante el cual éste asumió, cada vez más, la prestación de “servicios públicos” en beneficio de los ciudadanos. (Marquart B. , 2009). En efecto, ya no se trataba solamente de una estructura política encargada de garantizar los “derechos negativos” o “no prestacionales” (derechos civiles y políticos) sino que entre sus funciones empezaron a ser cada vez más relevantes la prestación de servicios que garantizaran condiciones favorables de vida a los ciudadanos, calidad de vida por medio de la organización de instituciones estatales encargadas de fomentar diversas actividades económicas y la prestación de servicios que permitieran empezar a tutelar derechos “prestacionales”, como la salud, la educación y la “seguridad social” (Arenas Monsalve, 2011), los cuales se correspondían con la necesidad de garantizar un poco más una “igualdad material” y no meramente “formal” (propia, esta última, del Estado-gendarme, correspondiente al liberalismo clásico), conocidos estos como los “derechos de segunda generación” o prestacionales. (Pérez Luño, 1991). De esta forma el concepto del “servicio público” fue colonizando cada vez más el Derecho Administrativo y su racionalidad (Rodríguez, 2004), la cual debía ser eficientista y efectivista.

Se hizo necesario modificar la regulación del patrimonio público, de modo que se adaptara a estas nuevas necesidades y los sacara de las típicas relaciones de coordinación entre agentes, propias del derecho privado. En efecto, pasamos de un patrimonio público que más bien era restrictivo de los regímenes exorbitantes impuestos a la propiedad aún más, pretendía reducirlos al mínimo (como se había hecho con el Código Civil Napoleónico) por cuanto lo que se buscaba era consolidar el paradigma de la libertad individual, la igualdad formal y la propiedad privada (Ramón Parada, 2010) a un paradigma donde lo más importante era que el Estado fuera una palanca o herramienta dentro de la cual se lograra alcanzar la igualdad material, por medio de la prestación de servicios que debían ser públicos, en la medida en que eran necesarios para garantizar unas condiciones mínimas de vida digna. De esta forma, el Estado asumió la tarea de la organización y prestación de estos servicios. Cabe resaltar que una importante característica de los “servicios públicos” es que su prestación debía ser continuada y constante, de modo que su buen y eficaz funcionamiento debía ser asegurado, protegido y promovido a como diera lugar. Es el caso, por ejemplo, del servicio público de salud, o el de educación. (Rodríguez, 2004)

Dado lo anterior, se constituye un nuevo título de afectación o potestad de intervención de la administración sobre la sociedad civil, consistente en la determinación de bienes “afectados a la prestación de un servicio público”, dotándole de un régimen jurídico exorbitante, con respecto a los bienes de dominio privado, con el fin de garantizar la “continuidad en la prestación del servicio público” desde la óptica que sitúa a estos como servicios cuya continuidad no puede ser interrumpida.

Para la eficiente prestación de servicios públicos se requería proteger a los bienes mediante los cuales se prestaban estos servicios, por medio de su “afectación al interés general”, lo que tenía como consecuencia que su régimen jurídico iba a mutar, de forma que ya no se les iba a aplicar el régimen jurídico propio del “patrimonio privado de la administración” (similar al régimen de los privados), ni

menos aún el régimen civil general-regular; estos bienes, que no cumplían las características de ser “bienes de uso público” o “patrimonio público de la administración”, ni de forma natural ni artificial, por cuanto no implicaban la posibilidad de que todos los ciudadanos pudieran acceder a su disfrute de forma igualitaria, gratuita y sin restricción (por cuanto estos bienes estaban destinados, propiamente, a la consecución de una finalidad específica y determinada, no a uso común, general y gratuito de parte de los ciudadanos).

Para resolver dicho problema se decidió idear una nueva categoría o título de intervención de parte de la Administración para con su patrimonio, la “afectación a un servicio público” de un bien de la administración, que implicaba la imposición de un régimen exorbitante de derecho público, que le brindaba protecciones acentuadas, respecto del patrimonio de los particulares. Los bienes de “uso público” –“patrimonio público de la administración”- junto con los bienes “afectados a un servicio público. Estos conjuntos de bienes, a los cuales se había protegido por medio de un régimen exorbitante de derecho privado (inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad, entre otros), iba a configurar lo que la doctrina francesa entiende por el concepto de “demanio público” (Pimiento Echeverri J. A., 2010) (Ramón Parada, 2010, pág. 42)

Sin embargo, la regulación jurídica de bienes tan dispares y que estaban afectos a objetivos tan disímiles, como los “bienes de uso público” y los “bienes afectados a la prestación de un servicio público no podían estar regulados de la misma forma. En efecto, el régimen exorbitante de derecho público no podía ser aplicado de una manera homogénea, desconociendo las particularidades de cada bien y los objetivos que cada uno estaba llamado a cumplir. En este orden de ideas, se desarrolló la idea de que la afectación de los bienes destinados a la prestación de un servicio público no debía ser uniforme y homogénea, sino que se debía evaluar el tipo y las características del bien, y la finalidad o servicio público hacia el cual quedaría afectado, con el objetivo esto de regular de una manera más idónea y pertinente la diversidad a la cual se estaba normando. La división rígida entre “dominio público

de la administración” y “dominio privado de la administración” no era viable de mantener. De esta forma la doctrina desarrolla el concepto de la “escala de la dominialidad”, como lo explica Ramón Parada (Ramón Parada, 2010, pág. 42)

Como criterio para diferenciar y determinar qué bienes entrarían en la categoría de “demanio público” la jurisprudencia decantó el criterio de la “adecuación especial al servicio público”. De esta manera se buscaba que no todos los bienes de la administración quedaran afectados y regulados por una normatividad exorbitante, sino que hubiese estrategias y mecanismos de limitación para dicha declaratoria (Ramón Parada, 2010, pág. 42)

Afectación a un servicio público con adecuación especial en choque con los intereses privados

Como lo reseñamos atrás, se hizo necesaria la prestación de servicios públicos por parte del Estado, lo cual generó una modificación en el régimen de la demanialidad. Pero aún faltaba un importante fenómeno por introducirse en las dinámicas de la regulación del patrimonio público.

Con la crisis del Estado de bienestar, corrientes privatizadoras se yerguen en favor de la salida de las administraciones públicas del manejo e intervención que las entidades públicas venían ejerciendo en diversos campos de la economía. De esta forma se abrió la discusión hacia la posibilidad de ir sustituyendo la prestación de servicios que venía haciendo el Estado, por una prestación de servicios a cargo de personas privadas. (Rodríguez, 2004).

Ante lo anterior, no se podía olvidar que los “servicios públicos” eran servicios esenciales para el mantenimiento de la vida social, y la garantía de condiciones de vida mínimas para la ciudadanía, por lo cual, si bien esas actividades se iba a “privatizar”, tenían que quedar atadas a unos estrictos controles del Estado, de modo que, aunque la prestación de los servicios públicos iba a estar, ahora, a cargo de entidades privadas, estas tendrían que estar intervenidas, reguladas y súper-vigiladas

por parte del Estado para, de esta forma, garantizar que las finalidades del servicio público, como la prestación de calidad, eficiente, equitativa y para toda la ciudadanía, se siguieran manteniendo. (Rodríguez, 2004).

Si los privados van a estar a cargo de la prestación de los servicios públicos, el Estado va a ir cediéndoles los bienes que había dispuesto con el objetivo de la prestación de los mismos. Pero dado que estos bienes ya no serán de titularidad pública, surge el problema de qué régimen jurídico aplicarles. La respuesta a dicho problema fue que se les debía aplicar un régimen exorbitante (modificadorio del derecho privado-general) por medio del cual se asegurara que la prestación adecuada de los servicios públicos se siguiera prestando de la misma forma (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 58-59).

Sin embargo la racionalidad económica de los privados, orientada hacia la obtención de utilidades, podía chocar con una regulación exorbitante de estos bienes dispuestos para la prestación de un servicio público, dado que esta regulación exorbitante en muchas ocasiones se convertía en un obstáculo o barrera para que la racionalidad económica de los privados, orientada bajo el principio de la “autonomía privada de la voluntad”, pudiera desarrollarse y llegar a sus objetivos de forma adecuada.

Esto determina un rompimiento en la dinámica e instituciones regulativas del “servicio público”, por cuanto la continuada prestación de los mismos ya no se iba a llevar a cabo, necesariamente, mediante bienes de titularidad pública, sino que también podrían serlo (por el fenómeno de la privatización) mediante bienes de titularidad privada. Esto último genera la necesidad de que las propiedades privadas también puedan ser objeto de regulaciones y regímenes jurídicos exorbitantes, propios del derecho administrativo. Pero, en efecto, este régimen no puede ir en detrimento y en contravía de los principios y presupuestos privados clásicos, en tanto régimen que no está afectado a la finalidad de búsqueda del “interés público” sino que está constituido como un ámbito de libertad, autodeterminación y

desarrollo de los ciudadanos particular y privado, en sus intereses individuales, lo cual le garantiza sus derechos de libertad.

Partiendo de lo anterior los bienes privados destinados o “afectados” a la prestación de un servicio público no pueden ser sometidos a un régimen jurídico ius-administrativo en estricto sentido, por cuanto esto los desnaturalizaría en una medida inaceptable (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 46). Como ámbito de protección de la propiedad privada, la jurisprudencia francesa decantó el criterio de la “adecuación especial” como requisito para poder declarar un bien privado como afectado al cumplimiento de una finalidad pública. De esta forma, para que el régimen de iusadministrativo -por supuesto limitativo de las libertades y facultades de que gozan los bienes privados- pueda ser aplicado a una propiedad de un privado, debe haber una “adecuación especial” de dicho bien para la prestación del servicio público (cuya continuidad se debe garantizar) a que está afectado (Ramón Parada, 2010, pág. 42)

Esta dinámica, donde el derecho público empieza a jugar un papel dentro de las regulaciones jurídico-privadas, dándose de esta forma el choque entre unas regulaciones, normatividades e instituciones basadas en el principio de la “autonomía privada de la voluntad”, propias de la “economía de mercado” entran en choque con el “interés general” que el principio filosófico que determina la actuación de las autoridades públicas, y con la dinámica eficientista que tiene, así mismo la administración. Sin embargo, esto generó una grave crisis en la regulación del demanio público por cuanto era evidente que este régimen inflexible exorbitante, de derecho privado, impedía el desarrollo adecuado de las actividades económicas.

En este orden de ideas se pone en evidencia las diferenciaciones rígidas y estáticas entre “bienes demaniales” (en Francia: “dominio público de la administración” –lo que nosotros entendemos por “bienes de uso público”-, y “bienes afectados a la prestación de un servicio público” –categoría esta que no está claramente conceptualizada en el derecho colombiano) “dominio privado de la administración”

y bienes de dominio privado (bienes y régimen privado-particular, general y normal), no son tan claras y rígidas. Podemos decir, siguiendo a la doctrina expuesta, sería mejor entender la regulación patrimonial de estos bienes inmuebles conforme una “escala de intensidad normativa” (escala de la demanialidad) (Ramón Parada, 2010) en cuanto a la intervención Estatal, mediante la imposición de regímenes o característica exorbitantes de derecho público. Es decir, habría que instaurar una especie de “escala de demanialidad” para entender estas diferenciaciones normativas y de régimen, en vez de considerarlos como regímenes estancos y diferenciados de forma tajante.

La anterior discusión puede demarcarnos, o ayudarnos a entender un poco el debate que, en Colombia, se podría dar entorno a las Franjas de Retiro Vial, dado que estas generan una imposición de régimen exorbitante administrativo a los bienes en esta ley determinados, lo cual genera un claro choque entre la “autonomía privada de la voluntad” y el “interés general”, conforme al choque entre las racionalidades de las instituciones jurídico-privadas y jurídico-administrativas. Este choque presentado en la Ley en comento se produce por la intervención que sobre el patrimonio privado realiza la organización Estatal, por medio de este título de intervención, dirigida a la garantía de la eficiente prestación de los servicios públicos por parte de los privados. En este orden de ideas, aunque similar, la afectación que se hace del patrimonio privado en la Ley 1228 de 2008 es distinta, por cuanto esta última no pretende la garantía de un servicio público a manos o a cargo de un privado, sino simplemente la tutela de una “bien colectivo”, o una versión ampliada del “espacio público”, como lo veremos en su momento (ver capítulo IV)

La afectación de un bien al “fomento de la riqueza nacional” en la doctrina española

Como criterios de afectación que determinaban la inclusión de una categoría de bienes al “demanio público”, régimen exorbitante de derecho público en donde no predominan las características y regulaciones del derecho privado, como acabamos

de ver, la doctrina francesa había propuesto los “bienes públicos” y los “bienes afectados a la prestación de un servicio, con adecuación especial”. La innovación que hace la doctrina española al respecto es la inclusión, como criterio de determinación de la demanialidad de un bien, el de la “afectación al fomento de la riqueza nacional”. En este sentido, la doctrina española incorpora un nuevo título de intervención favorable a la administración, mediante el cual puede imponer un régimen de derecho exorbitante a otro tipo de bienes, además de los ya conceptualizados por la doctrina francesa (Ramón Parada, 2010, pág. 42)

Autores como Ramón Parada (Ramón Parada, 2010, pág. 45) y Pimiento Echeverri (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 71) consideran que este criterio de intervención es en gran medida algo “extraordinario” o extraño, criterio que nosotros compartimos. En efecto la categoría “fomento de la riqueza nacional” o “desarrollo económico es claramente ambigua, imprecisa, vaga e indudablemente indeterminada. ¿Qué se debe entender por “fomento de la riqueza”? Es una pregunta difícil de responder, pero más aún ¿Cuáles son los límites que el Estado tiene, bajo este título de intervención, para afectar, limitar, delimitar y cercenar derechos de los particulares?, es una pregunta de mayor interés, si lo que se quiere es encontrar criterios de limitación de la capacidad de intervención del Estado sobre la Sociedad Civil y el patrimonio de los ciudadanos-administrados. Si estos criterios de limitación no son claros se corre el peligro de arbitrariedad en el uso del poder del Estado.

Sin embargo, en la doctrina española se ha entendido que este título de afectación sólo se ha constituido para brindar a las minas del país una protección adecuada y extraordinaria, dado que estas no representan “bienes de uso público” ni tampoco “servicios públicos” por lo cual no podrían ser protegidas mediante la imposición de un régimen exorbitante de derecho público, que si se les aplicaría a este tipo de bienes.

CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN COLOMBIA

La regulación del patrimonio público en Colombia está regida por un pequeño marco normativo y está mediada en su interpretación por un reducido aparatage doctrinario dado que poco se ha escrito sobre el tema en Colombia (Pimiento Echeverri J. A., 2010). Este panorama ha generado que el entendimiento de estas instituciones y la evolución de las mismas se hayan dado de forma poco sistemática, incoherente y contradictoria. En efecto, según Pimiento, han sido las altas Cortes las que han tenido que asumir la doble función de 1) resolver los casos concretos que se les aboca a su conocimiento y, 2) generar una conceptualización doctrinaria-jurisprudencial mediante la cual abordar el problema jurídico de forma que se puedan resolver los casos concretos de una manera más o menos coherente, ordenada y adecuada a las necesidades de la administración de justicia.

A continuación estudiaremos el desarrollo y evolución que ha tenido en Colombia la regulación del patrimonio público, empezando por las clásicas categorías establecidas en nuestro Código Civil de “bienes de uso público” y “bienes fiscales”, a lo largo de las interpretaciones que ha sentado la jurisprudencia de las altas Cortes y la evolución que ha tenido la regulación del patrimonio público en Colombia, y en este sentido, cómo se han venido afrontando las necesidades que poco a poco han venido surgiendo y poniendo de presente el anacronismo y el carácter anti-técnico de nuestra regulación, la cada vez mayor intervención y afectación sobre las propiedades de titularidad privada; hasta llegar a la categoría doctrinaria de “bien de interés público” que defiende Hernández (Hernández Betancur, 2011), y utilizada por él para defender la legitimidad de la Ley de Fajas de Retiro Vial (capítulo IV).

Incoherencia de conceptos desde la jurisprudencia Colombiana antes y después de la Constitución de 1991, evolución de la regulación del patrimonio público y camino de afectación e intervención del Estado sobre las propiedades de titularidad privada.

Los artículos 674, 678 del Código Civil colombiano son la base normativa de la regulación del patrimonio público en Colombia, donde se delimita, a grandes rasgos, lo que la doctrina francesa denominaría “dominio público de la administración” y “dominio privado la administración”, y que recoge en buena medida los desarrollos doctrinarios del periodo Romano, que diferencia entre un tipo de bienes “incomerciables” y cuyo uso pertenece a todas las personas, de otro grupo de bienes, que sí pueden ser apropiados individualmente por cada persona en concreto.

Pues bien, el patrimonio del Estado, es decir, los “bienes de la Unión” –patrimonio público”, según esta normatividad se divide en “bienes de uso público”, es decir aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, y “bienes fiscales”, aquellos cuyo uso no pertenece a todos los habitantes de la Nación, sino que está afectados al cumplimiento de las funciones estatales por parte de las entidades públicas (Rodríguez, 2004). En efecto el criterio de la “afectación” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 21) es pues el elemento determinante de la diferenciación entre las dos categorías. Dicha afectación está en cabeza del legislador, que puede intervenir y destinar a un uso determinado los bienes de su titularidad y los de los privados, pero para estos últimos debe cumplir una serie de garantías y tiene una serie de limitaciones que, en forma evidente, tienden a proteger al derecho de propiedad privada consagrado en el artículo 58 de la Constitución, y coherente con la libertad económica, iniciativa privada y de empresa que también se consagra en el artículo 333. No puede haber expropiación administrativa sin indemnización previa se tiene que respetar el principio de proporcionalidad, la afectación no puede hacer nugatoria la productividad económica, entre otros. (Guío Camargo, 2009)

Sin embargo en Colombia el régimen dual consagrado por el Código Civil no tiene vigencia y la teorización que implica, cercana a la francesa, no puede ser aplicada en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en la doctrina francesa el régimen de “demanialidad” está constituido por los “bienes de uso público” (dominio público del Estado) y por los “bienes afectados a la prestación de un servicio público”). A estos bienes se les aplica el régimen jurídico exorbitante que los dota de sus características de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Este régimen no puede ser aplicado a los “bienes fiscales” o “dominio privado de la administración” por cuanto con respecto a estos bienes el Estado “se comporta de forma similar a como lo hacen los particulares respecto de sus bienes”. Ni en la doctrina francesa ni española, entonces, el “dominio privado de la administración” – bienes de uso fiscal- está sometido a este régimen exorbitante y protector. En contraposición, en nuestro ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, todos los bienes del Estado, “de uso público” o “fiscales” tienen el carácter de “imprescriptibles” (Pimiento Echeverri J. , 2011). Esto responde a una lógica de protección del patrimonio público y no simplemente de los “bienes de uso público”

En efecto, como lo resalta Pimiento (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 71-72), las interpretaciones que de la normatividad ha hecho la jurisprudencia han sido contradictorias, cambiantes y poco sistemáticas. En un primer momento, antes de la Constitución de 1991, se conceptualizó la “propiedad pública” como una distinta a la “propiedad privada”, por cuanto se tenía la visión de una propiedad privada absoluta y completa, donde los atributos de uso, goce y disposición fueran absolutos para su titular, de modo que este tenía el máximo señorío en el dominio de sus bienes, pudiendo usar y abusar de ellos sin casi limitación alguna –visión liberal decimonónica del derecho de propiedad (Hernández Betancur, 2011)-. En este orden de ideas no se podía decir que el dominio público fuera sinónimo de dominio privado (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 72-73)

Como consecuencia de lo anterior el dominio público se conceptualizó, en un primer momento como “dominio sui-géneris”, dado que su utilización debía estar encaminada al interés general, no pudiendo las entidades estatales en cuya cabeza se encontraba su titularidad, abusar de dicho dominio, de la manera en la que lo harían los privados.

Posteriormente se utiliza el dominio público para contraponer los “bienes de uso público” a los “bienes fiscales”, que no harían parte del dominio público (Pimiento Echeverri J. A., 2010). Lo anterior bajo la concepción de que los primeros están destinados al uso de todos los ciudadanos, mientras que los segundos no, lo que implicaría la necesidad de aplicar regímenes jurídicos distintos dado que con los bienes fiscales el Estado se comporta de forma similar a como lo hace con los bienes públicos”

En otras decisiones, bajo el concepto de “dominio público” se integran o engloban todos los bienes del Estado, tanto los de “uso público” como los “fiscales”. Esto con el objetivo de brindar una visión proteccionista del patrimonio público y dotar todos sus bienes de garantías como la imprescriptibilidad: “... Así el dominio público pasa de ser el régimen jurídico aplicable a los bienes de uso público a ser una categoría que engloba todas las propiedades públicas, un conjunto de bienes. Dominio público –propiedad pública- se contraponen entonces al dominio privado – propiedad privada-” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 73-74)

En otras decisiones el concepto de “dominio público” es utilizado solamente para explicar la naturaleza y la relación jurídica del Estado con los “bienes fiscales”, no así con los “bienes de uso público” por cuanto la naturaleza jurídica y la vinculación con el Estado se explicaría mediante la categoría de “dominio eminente”, entendido este último como un “poder de soberanía” que tenía el Estado sobre los “bienes de uso público”. En efecto, esta conceptualización pretendía resaltar el carácter y la “relación no-patrimonial” que debía tener el Estado respecto de los “bienes de uso público”, por cuanto, dado que su uso pertenecía a todos los habitantes, no podía usufructuarlos a la manera en que lo hacían los privados con sus propios bienes, y

menos asignarles un contenido patrimonial. En cambio a los bienes fiscales si se les podía asignar un contenido patrimonial, y podía actuar sobre ellos de una manera similar a como los privados lo hacían sobre su patrimonio (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 74)

En este sentido podemos decir que la confusión acerca del concepto de “dominio público” o “demanialidad” en las altas Cortes, generó la conceptualización del problema, el entendimiento y la interpretación de los textos normativos de una manera distinta, contradictoria y poco sistemática; y muy distinta a como se entiende en las doctrinas francesa y española. Pero lo cierto es que se dieron varios cambios de parecer, posturas jurídicas y entendimientos del concepto: “Tenemos entonces, varios saltos entre diferentes conceptos jurídicos: Dominio sui-géneris, dominio público, dominio eminente, que serán utilizados de manera radicalmente distinta para explicar los mismos fenómenos. Esta situación marcará la pauta después de la Constitución de 1991, en la que la confusión con respecto a las instituciones será el elemento más característico de la construcción de un régimen, que a falta de doctrina, debió hacerse en las decisiones jurisprudenciales.” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 74-75)

Regulación con la Constitución de 1991

La constitución de 1991 va a generar un debate en la regulación de la propiedad pública, por cuanto los conceptos de “función social y ecológica de la propiedad”, “interés general” y “espacio público” van a devenir en una importancia antes inusitada. La normatividad se debía leer a la luz de los nuevos principios constitucionales que buscaban irrigar el ordenamiento jurídico.

La ley 9 de 1989 en su artículo 5 estipulaba que el “espacio público” debía ser entendido como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectiva que trascienden, por

tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes...” (República de Colombia, 1989)

De esta forma el Estado adquiere un título de intervención sobre las propiedades privadas para la “garantía del interés general”, preservación del “espacio público” o cumplimiento de la “función social y ecológica de la propiedad”. Pero, si bien es cierto que la propiedad privada empieza a poder ser afectada, no es viable violar el núcleo fundamental del derecho ni exceder los deberes que implica –para la propiedad privada- la función social de la propiedad (Guío Camargo, 2009). Por otro lado la Corte Constitucional conceptualiza que la propiedad privada afectada pasa a ser parte del dominio público. Sin embargo esta posición es criticable por cuanto la propiedad es un derecho real en nuestro ordenamiento jurídico, y a lo que se refiere la Corte es a la posibilidad de afectar los bienes privados, es decir, a un título de intervención del Estado para con los bienes de titularidad particular (aunque se podría examinar la tesis, también defendida por la Corte, de “dominio público” como “derecho real institucional”).

Pie de página 80: “... Este argumento también demuestra la inconsistencia teórica de la sentencia T-566/1992 –y de las que retoman dicho razonamiento- cuando indica que la propiedad pública puede recaer sobre bienes privados, en efecto, en nuestro derecho la propiedad es un derecho real, mientras que el uso de dicha palabra en la jurisprudencia indica una mera afectación al interés general. Situación que sólo se salvaría si se considerara que la afectación es un derecho real de la Administración sobre los bienes privados, pero, aún en ese caso, a ese derecho no podría llamársele propiedad” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 77)

Se debe decir que, como nota común en las definiciones de dominio público, está la caracterización del mismo como opuesto a la propiedad privada o “dominio privado” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 76), si bien no se tiene claridad sobre la naturaleza de la relación que subyace entre la regulación del patrimonio público y la afectación de propiedades de titularidad privada.

Con la aparición y aumento de importancia de la noción de “servicio público” se empezó a concebir a los bienes afectados a la prestación de un servicio público como pertenecientes al dominio público, con las consecuencias que ello trae para la aplicación de un régimen exorbitante de derecho público a propiedades de titularidad privada. El Concejo de Estado entiende que “Son bienes de dominio público el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o que están afectados al uso común”. Sin embargo esta conceptualización es problemática, en tanto ambigua e imprecisa, lo que impide que sea pertinente para el manejo y regulación del problema (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 79).

Podemos ver, entonces, la gran variedad de formas en las cuales se ha entendido el concepto de “dominio público”: como “conjunto de bienes que están fuera del comercio, en tanto son inalienables”, como un “régimen jurídico exorbitante aplicado a diferentes tipos de bienes” o como un “título de intervención que habilita al Estado, por ejemplo, a intervenir las propiedades de titularidad privada”, concretando su “función social y ecológica”, el “interés general” o la garantía del “espacio público” (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 82).

La noción de “servicio público” no es conceptualizada bajo los artículos del código civil que regulan la materia de manera clásica y tradicional. Esta noción, más ligada al criterio de la “afectación” –no de la titularidad o del uso-, implica no el uso efectivo de parte de los ciudadanos –criterio definitorio de los “bienes de uso público”- sino la prestación efectiva de un servicio público mediante un bien, lo que no implica su uso por parte de todos los ciudadanos, ni su titularidad pública. En este orden de ideas la conceptualización que sobre “demanialidad” hace la doctrina extranjera no tendría aplicación ni concreción legal en Colombia. Más bien este concepto se habría convertido en Colombia, en un concepto problemático, cambiante y modificable según las necesidades del caso concreto; lo que habría generado mayores problemas para conceptualizar adecuadamente el problema de la

regulación del patrimonio público en Colombia y su relación con la afectación de propiedades de titularidad privada.

Resumiendo las posturas de la Corte Constitucional al respecto (Pimiento Echeverri J. A., 2010), se ha entendido el “dominio público”: 1) Dominio público como sinónimo de bienes de uso público, y en contraposición con el dominio privado y con los bienes fiscales (dominio privado del Estado), lo que implica una concepción no-patrimonialista de los bienes de uso público (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 82); 2) Dominio público como régimen jurídico especial de propiedad pública, no ya simplemente como conjunto de bienes, con una visión patrimonialista de “derecho real administrativo”, acerca de los bienes de uso público, que están en cabeza de la Nación. (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 83) Esto para los bienes de uso público, no así para los fiscales (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 84). 3) Dominio público como bienes públicos o privados, siempre y cuando estén afectado al cumplimiento o satisfacción de un servicio público o por motivos de interés general:

De esta forma la Corte Constitucional entiende que el “dominio público” puede estar constituido, también, por bienes de titularidad privada, mediante su afectación, pero sólo por “motivos de interés general relacionados con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público. También determina que para que esto ocurra es necesario su establecimiento por el legislador –reserva de ley- y que “concurra el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública...” a alguna de las variedades de la afectación: uso público, servicio público, fomento de la riqueza de la nación y protección del espacio público (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 86).

Esto nos pone de presente que, cada vez más, las propiedades particulares están siendo objeto de regulación mediante régimen exorbitante a su régimen normativo normal, es decir, al derecho privado. Esto puede traer graves consecuencias, por ejemplo, las criticadas a la Ley de Fajas de Retiro Vial, que se comentará en el capítulo IV de este trabajo. En efecto, las nociones de “servicio público”, unido al

proceso de privatización y desestatalización de la economía; una visión más amplia e intervencionista del concepto de “espacio público”; la primacía del interés general y la aplicación de las funciones sociales y ecológicas de la propiedad privada entran a ser títulos de intervención y legitimación con los cuales el Estado puede intervenir la propiedad privada (Pimiento Echeverri J. A., 2010, pág. 35).

Como conclusión a este acápite podemos decir que los conceptos de nuestra legislación –Código Civil- son anacrónicos, en tanto desajustados a las necesidades sociales regulativas del momento, y a falta de doctrina (existe muy poca en el país) la jurisprudencia ha servido como forma de precedente y de cuerpo doctrinal al mismo tiempo pero, como era de esperarse, de forma poco holística, formal, sistemática y completa. Este panorama ha generado que la regulación se haya construido de manera contradictoria, poco clara y certera. Todo este panorama genera una gran confusión entre los conceptos utilizados para tal fin: “dominio público”, “bienes de uso público”, “afectación”, “dominio eminente”, “derecho real institucional”, “destinación”, “bienes fiscales”, “dominio privado de la administración”, “dominio público de la administración”, “escala de demanialidad”, “propiedad privada afectada en razón de la función social y ecológica, el espacio público o el fomento de la riqueza cultural”, etc...) (Pimiento Echeverri J. A., 2010, págs. 80-81).

Los “bienes de interés público”

Teniendo en cuenta la explicación de la evolución de la regulación del patrimonio público en Colombia, que se esbozó en los apartados anteriores de este capítulo, podemos entender la categoría de “bien de interés público” que defiende Hernández en su libro “Régimen Jurídico de las Fajas de Retiro Vial”, y que le sirve para conceptualizar y fundamenta teóricamente la afectación que de los inmuebles adyacentes a las vías nacionales se hace mediante la Ley 1228 de 2008 (Hernández Betancur, 2011).

Para Hernández un “bien de interés público” es un bien de titularidad privada que, mediante un acto jurídico estatal -que tiene que cumplir los requisitos de “reserva de ley” y respeto por el “núcleo esencial del derecho de propiedad”- es afectado al cumplimiento de una finalidad pública que busca alcanzar el “interés general”, la concreción de Derechos Colectivos, la garantía, protección y tutela del “espacio público” o la concreción de las funciones “social y ecológica” de la propiedad privada (Hernández Betancur, 2011). Esos son los criterios de legitimación que, para Hernández, tiene el Estado (títulos de intervención legítima) para afectar el patrimonio privado.

Es claro que dado que nuestra legislación sólo conoce los conceptos de “bien de interés público” y “bien fiscal” no tenemos cómo conceptualizar las nuevas realidades y necesidades a las que se debe responder, con fenómenos tan complejos como el “servicio público”, el “espacio público” las funciones “social y ecológica de la propiedad privada”, entre otros. El de “bien de interés público” sería un concepto intermedio, entre el “bien de uso público” (régimen de derecho administrativo puro) y “bien de titularidad privada” o de dominio privado (régimen de derecho privado puro). Sería pertinente, entonces, traer a colación un concepto de la doctrina francés: “escala de demanialidad”

Es claro que Hernández apoya la limitación y delimitación de la propiedad privada, y está en contra de la visión liberal clásica de la misma, motivado aún más por los nuevos principios Constitucionales que se han levantado desde 1991 (Hernández Betancur, 2011, págs. 28-29).

CAPÍTULO IV: CRÍTICA A LA LEY DE FAJAS DE RETIRO VIAL, 1228 DE 2008

En este capítulo examinaremos, desde una postura crítica, la Ley 1228 de 2008, de Fajas de Retiro Vial, discutiremos sobre su fundamentación teórica y denunciaremos la dificultad para legitimar-validar la intervención –a nuestro modo de ver expropiatoria parcial, o vaciadora del derecho de propiedad privada-, y el

peligro que se yergue sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos. Lo anterior por supuesto, como lo pusimos de presente en la introducción de este trabajo, desde una óptica liberal clásica de la propiedad, su función y relación con la sociedad. En este orden de ideas se debe enfatizar que las conclusiones que sacamos en este trabajo son posibles desde la mirada político-filosófica de los autores.

En un primer apartado estudiaremos qué son las fajas de retiro vial, que carácter jurídico tienen y que implica su régimen. A continuación criticaremos lo estipulado en esta normatividad, como una “expropiación parcial” y sin ninguna clase de resarcimiento económico del Estado en contra de sus ciudadanos. Seguidamente retomaremos las críticas a la ambigüedad, vaguedad e indeterminación del concepto de “interés general”. Criticaremos la Ley de Fajas de Retiro Vial como una violación al principio de la “igualdad en las cargas públicas” que deben soportar los ciudadanos.

En los siguientes dos apartados criticaremos la doctrina expuesta (Hernández Betancur, 2011), que trata de fundamentar y legitimar la intervención que la ley hace en el patrimonio privado. Con esta finalidad sentaremos postura sobre a) dificultad para legitimar el régimen de afectación por medio del argumento de la concreción de valores o derechos colectivos –desarrollo económico o fomento de la riqueza nacional- mediante los “bienes de interés público” –como las fajas de retiro vial-; y b) dificultad para legitimar el régimen de afectación por medio del argumento que dice que los “bienes de interés público” “Fajas de Retiro Vial” hacen parte del “espacio público”.

En el último apartado, después de haber mostrado la incapacidad de fundamentar la afectación que la Ley de Fajas de Retiro Vial establece a los bienes por ella determinados; denunciaremos el peligro que se yergue sobre el ordenamiento jurídico y los derechos liberales de los ciudadanos ante la inexistencia de categorías ciertas, claras y precisas que permitan limitar el poder que tiene el Estado para afectar el patrimonio de los particulares, y la incapacidad de hacerlo recurriendo a los conceptos de “interés general” y “reserva de ley” en la afectación de dicho

patrimonio privado; lo cual se constituye como un peligro a la “seguridad jurídica” de los ciudadanos y al Estado de Derecho.

Vaciamiento del contenido del derecho de propiedad privada a consecuencia de la aplicación de la Ley de Fajas de Retiro Vial: expropiación parcial de la propiedad sin indemnización previa. Violación de la igualdad de las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos.

Hay que decir que el derecho de propiedad ha sido conceptualizado desde la teoría subjetiva (Rengifo Gardeazábal, 2011) como el poder de señorío más importante que tiene un ciudadano. Esto se corresponde con la visión liberal clásica, que tenía en la propiedad privada una de sus reivindicaciones más importantes.

“De antaño, la doctrina jurídica occidental ha concebido la propiedad como un derecho natural prácticamente ilimitado e inviolable...” (Hernández Betancur, 2011, págs. 100-101)

Si bien es cierto que, dados los cambios que se han venido dando en la sociedad y en el Estado la propiedad asumió cada vez más funciones sociales y ecológicas (Guío Camargo, 2009), viendo de esta forma disminuidos o reducidos sus atributos clásicos, es decir, aquellos que le otorgaba la teoría subjetiva de la propiedad, sustentada y consolidada por Pothier (Rengifo Gardeazábal, 2011), como lo dice Hernández: “No obstante, en el actual modelo constitucional la plena libertad que otrora caracterizó a la propiedad privada se ha visto seriamente transformada, pues esta no es vista más como el derecho real para disponer, usar y gozar de una cosa arbitrariamente, sino que es concebida como una función que implica responsabilidades.” (Hernández Betancur, 2011, pág. 45)

No se puede desconocer que, dada la importancia de la institución “propiedad privada” tiene para los valores de nuestro ordenamiento jurídico y la sociedad actual (véase introducción y capítulo I de este trabajo), se ha entendido a la propiedad

privada, clásicamente, como constituida por tres atributos: Uso, goce y disposición (Velasquez Jaramillo, 2006).

El primero de ellos se refiere a la capacidad que tiene el titular del derecho de dominio de utilizar la cosa (refiriéndose esto a un poder físico-material) una relación con la cosa en el sentido de satisfacción de necesidades sociales de la persona titular del bien, es decir, como uno de los llamados “elementos internos” del derecho subjetivo (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011). El segundo de estos elementos se refiere a la posibilidad de explotación económica que sobre el bien le cabe al titular del derecho real. Este elemento es de singular importancia dado que económicamente nos encontramos dentro de un sistema de “economía de mercado” y “productividad marginal” (Hague & Stonier, 1965) y reproducción del capital. En este orden de ideas este podría ser considerado el atributo esencial de la propiedad dentro de la sociedad capitalista, en tanto es el que permite conseguir los “réditos económicos” que generan el incentivo del agente para invertir su capital y movilizar el ciclo económico, tal como lo conocemos, aceptando así la oferta y la demanda de bienes y servicios. Por último se encuentra el atributo de la “disposición”, el cual consiste en la facultad que se le otorga al titular del derecho real de dominio, para que, mediante el ejercicio de actos o negocios jurídicos, disponga libremente de su propiedad (no siendo contra la ley o contra derecho ajeno, decía el Código Civil; y hoy habría que agregarle que dicha disposición deben ajustarse a las cargas y obligaciones que imponen las funciones sociales y ecológicas de la propiedad (Guío Camargo, 2009)), mediante negocios jurídicos de administración, dispositivos o extintivos de obligaciones (Ospina Fernández, 2009).

Habiendo sentado lo anterior, pasemos a examinar la ley 1228 de 2008, de Fajas de Retiro Vial. Esta normatividad tiene como finalidad incentivar, hacer más eficiente, menos dispendioso y más eficaz la construcción y expansión de la malla vial a nivel Nacional (Hernández Betancur, 2011). Con este objetivo en mente la norma trae una serie de disposiciones, dentro de las cuales lo más relevante a resaltar es que fija su atención en los bienes inmuebles adyacentes a las vías públicas a nivel Nacional. De

acuerdo a la categorización de las vías, los predios que se encuentren adyacentes a las mismas, a cierta distancia (de nuevo, dependiendo de la categoría de la vía ante la cual nos encontremos) quedan afectados a un régimen jurídico especial, exorbitante frente al clásico régimen jurídico de la propiedad privada. De esta forma se establecen una serie de “delimitaciones” (Rengifo Gardeazábal, 2011) a las propiedades adyacente a las vías públicas.

“En términos generales, las “Fajas de Retiro Vial”, “áreas adyacentes a las carreteras, zonas de exclusión o de reserva” o “retiros viales” son aquellas franjas de terreno que corren paralelas a las vías terrestres de la Red Vial Nacional, sea cual fuere su orden, y que, atendida su estratégica ubicación, son concebidas por el ordenamiento jurídico como “instrumento espacial” indispensable para facilitar, entre otros propósitos, la “expansión”, en sentido amplio, de la infraestructura de comunicación terrestre.” (Hernández Betancur, 2011, pág. 31)

En este sentido, la Ley establece prohibiciones importantes a los atributos clásicos de la propiedad privada, delineados por la teoría subjetiva, que se explicaron atrás, en tanto limita de manera clara los atributos de “uso” y “disposición”. Esto por cuanto prohíbe que en dichas franjas de los bienes inmuebles adyacentes a las vías públicas se realice cualquier tipo de construcción que requiera de licencia de construcción (artículo 6), prohibiéndose a las autoridades respectivas expedirlas, generando un régimen de sanciones para la autoridad que las expida –en violación a lo dispuesto en la norma- (artículo 6) y ordenando que tales disposiciones sean incluidas de manera tajante e inmediata en los planes de desarrollo de todas las entidades territoriales (artículo 11). De la misma forma prohíbe el establecimiento de vallas publicitarias dentro de las “franjas de retiro vial” (artículo 8) y prohíbe que cualquier empresa prestadora de algún servicio público domiciliario haga una instalación de alguno de esos servicios en alguna edificación o construcción que se encuentre situada en una “faja de retiro vial”, en violación de la normatividad, sancionando también a la empresa de servicio público domiciliario que incumpla la disposición (artículo 7). En el mismo orden de ideas, la normatividad dispone que

no se reconocerá al titular del dominio o poseedor de la franja de retiro vial ningún tipo de mejora, en caso de que se decida adelantar la expropiación administrativa del bien (artículo 4). Así mismo la ley impone un régimen de deberes a los titulares de los derechos reales por ella determinados, como el deber de demarcación de dichas zonas con arbustos.

Estas disposiciones entran a delimitar de manera tajante y fundamental el derecho de propiedad clásicamente entendido. Y es que, como ya se resaltaba, los atributos del “uso y goce” son fundamentales dentro de una sociedad capitalista o “economía de mercado” por cuanto gracias a ellos es que el poseedor o dueño del capital puede invertirlo y esperar que, mediante el ejercicio del derecho real de goce, fluctúe la cosa y esta le genere “frutos naturales” y “frutos civiles” (Velasquez Jaramillo, 2006) lo que le permitirá aumentar su patrimonio. El ejercicio de los derechos de uso y goce son, entonces, los que justifican la inversión del capital y generan el incentivo para la misma. Sin la existencia o posibilidad de utilizar dicho derecho, la inversión de capital se hace infructífera, lo que genera el debilitamiento absoluto del incentivo económico de la inversión por parte del agente, Así mismo el ejercicio del derecho de uso, como relación material-física con la cosa, que permite la satisfacción misma de las necesidades sociales a que ésta está llamada a cumplir (acudiendo a la parte interna del derecho subjetivo (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011)); es lo que permite que la cosa cumpla los objetivos para la cual fue regulada, reconocida por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, vemos que estos dos atributos, el de uso y el de goce, se ven claramente restringidos por lo dispuesto en la ley 1228 de 2008. En tanto prohíbe la construcción de edificios que requieran licencia de construcción, la dotación con servicios públicos domiciliarios (presumimos, de las edificaciones que no requieran licencia de construcción), prohíbe el establecimiento de vallas de publicidad en las franjas de retiro vial, y dispone que no se reconocerá ningún tipo de mejora por parte del Estado, para con los titulares de los derechos reales de dominio, en caso de que se decida adelantar el proceso de expropiación administrativa; se genera una

clara, tajante y casi absoluta (por no decir que “absoluta”, y dejar, de esta forma, el beneficio de la duda) eliminación de los derechos de uso y goce, propios de la teoría clásica-subjetiva de la propiedad. De esta forma estos bienes, y con ellos sus titulares, se ven desposeídos de la posibilidad de participar de la ampliación del capital, del proceso económico mediante el cual la inversión de capital se reconduce al aumento del mismo, al sumarse el capital inicial más la ganancia, los réditos económicos que se han obtenido gracias a su inversión. Lo anterior en razón de que el régimen de prohibiciones que se ha impuesto con esta normatividad no da pie a que la propiedad afectada se pueda utilizar, de ninguna manera, de forma productiva, es decir, de modo que los capitales puedan obtener alguna ganancia o rédito económico al ser invertidos. Y, a diferencia de lo que sucedería en la “expropiación administrativa”, esta normatividad no establece ningún tipo de indemnización por las agudas delimitaciones a que somete este tipo de propiedades.

No se entiende, en este orden de ideas, la prohibición del establecimiento de vallas publicitarias en tanto que estas, por ser una infraestructura de muy bajo impacto y fácil desmonte al momento en que se necesite el espacio para una ampliación de la malla vial; no sería necesaria la prohibición de su establecimiento en los bienes afectados; es decir, es una prohibición que no consulta con el principio de “necesidad” dentro del “examen de ponderación” de principios (Alexy, 1997). Esto también lo ha puesto de presente la Corte Constitucional y algún sector de la doctrina por cuanto, en efecto, no se pueden establecer afectaciones desproporcionales al derecho de propiedad privada basándose en su “función social y ecológica” (Guío Camargo, 2009), ni esta puede ser privada de su función normal dentro de la sociedad capitalista.

Este régimen jurídico se corresponde con lo que una parte de la doctrina (Hernández Betancur, 2011) ha denominado “bien de interés público”. Una categoría de bien que, si bien es de titularidad privada, está delimitado por una serie de normas de corte y principialística administrativa, por medio de la “delimitación” interna de sus atributos clásicos (Rengifo Gardeazábal, 2011); limitación esta que se justificaría en

tanto se reconoce la necesidad de que algunas propiedades privadas sean reguladas mediante un régimen exorbitante de derecho administrativo, para asegurar el cumplimiento de funciones o finalidades públicas, y garantizar su cumplimiento y vigencia, de esta manera.

Este tipo de afectación-intervención de la intervención de la Administración en el patrimonio privado se justifica, a nivel doctrinario y de los ordenamientos jurídicos comparados, como el francés, cuando está de por medio la prestación de un servicio público que antes estaba siendo prestado por una entidad estatal, por ejemplo en el caso surgido a raíz de la privatización de los aeropuertos en Francia (Pimiento Echeverri J. A., 2010), o las vías férreas en Alemania (Gámez Mejías, 2013). Pero no para la concreción de algún bien colectivo, como el desarrollo económico o el fundamento de la riqueza nacional, a excepción de España, donde si existe este presupuesto de intervención, aunque claramente entendido de una manera muy restringido, en tanto título de intervención estatal encaminado a la protección de las minas (Ramón Parada, 2010)

En términos patrimoniales podemos plantear la cuestión de forma algo sencilla: los bienes privados -ahora afectados-intervenidos mediante la ley en comento- que antes gozaban de todos los atributos clásicamente reconocidos a la propiedad, y que estaban avaluados comercialmente por un precio dado; van a verse claramente desvalorizados, dado que, al ser eliminados casi por completo los atributos de la propiedad que les permitían hacerse parte dentro del comercio -en el contexto de una economía de mercado-, van a sufrir un grave detrimento en su valoración económico-comercial. Y con el detrimento sufrido por los bienes, el del patrimonio de sus titulares, ciudadanos regidos por el ordenamiento jurídico del Estado colombiano.

Ante este panorama, dado que al ser coartados los atributos del uso y el goce de la propiedad, pero sin establecerse ningún tipo de compensación económica para los titulares de los bienes, perjudicados con esta, podemos concluir que lo que se produce es un expropiación administrativa parcial, pero sin compensación

económica alguna. Se produce un “vaciamiento del contenido de la propiedad privada”, en razón a que, como se acabó de explicar, su funcionalidad y la capacidad que esta tiene, como institución, de adherirse y participar de los usos propios del comercio y del tráfico jurídico-privado se ven restringidos de una manera que hace pensar que quedan casi “eliminados”: la propiedad privada se convierte en un mero papel, en una mera formalidad (la nuda propiedad) pero vaciada de su realidad-intrínseca, como propiedad privada.

Se produce, así mismo, un desequilibrio en la “igualdad de las cargas públicas” que deben asumir los ciudadanos para el sostenimiento del Estado y el logro del “interés general”. En efecto, la afectación que se produce con la aplicación de esta normatividad excede los deberes que la “función social” tiene que prestar a la colectividad, hasta el punto de desnaturalizar su estructura y funcionalidad misma. La “función social de la propiedad” no puede legitimar la expropiación sin indemnización previa. Además de lo anterior, la función social de la propiedad no puede entrar a ser ineficaz su función de “generación de riqueza” (Guío Camargo, 2009).

Además de lo anterior esta ley genera la constitución normativa de una “riqueza inerte”, unos bienes cuya productividad será imposible explotar, en detrimento del patrimonio de sus titulares, pero también, del de la sociedad como conjunto, que ya no podrá disponer de ellos para la satisfacción de sus necesidades. Es posible que el Estado nunca necesite las fajas de retiro vial de un predio durante mucho tiempo, quizás nunca. No obstante ello, dicho bien nunca, bajo la normatividad que se comenta, va a poder ser productivo. Al respecto, se debe decir que algún sector de la doctrina (Pimiento Echeverri J. A., 2010) se inclina por intentar que el patrimonio público del Estado no sea improductivo, sino que se le aplique una visión eficientista-privatista para que estos bienes no resulten en una “riqueza inerte”. Desde este punto de vista es un “retroceso” imponer normativamente la improductividad de determinados bienes (Ramón Parada, 2010, pág. 22)

Sectores de la doctrina apoyan la normatividad en comento mediante el recurso al argumento que dice que “el interés general prima sobre el interés particular”, que el régimen de la propiedad privada está sometido a restricciones externas (limitaciones) y restricciones internas, como las derivadas de la función ecológica y social de la propiedad privada (delimitaciones) (Rengifo Gardeazábal, 2011). Así mismo indican que este tipo de “bienes de interés público” concretan y le dan vigencia a los derechos e intereses colectivos, de contenido abstracto, y que además hacen parte del “espacio público” (Hernández Betancur, 2011, pág. 41). Sobre los conceptos de propiedad privada e interés general, sus relaciones, cualidades y dificultades, ya hablamos en el capítulo I del presente texto.

Si bien es cierto que, desde la reforma constitucional de 1936, incorporada en la constitución de 1991 (artículo 58) se ha integrado al derecho de propiedad privada su “función social y ecológica”, la que en ocasiones puede generar a los titulares del derecho (ahora concebido como derecho-prestación o derecho-deber) una serie de cargas, limitaciones, imposiciones y deberes, se debe decir que bajo dicho argumento en ningún momento se puede entrar a afectar el llamado “núcleo esencial” (Guío Camargo, 2009). Y este, en nuestro sentir, tiene que valorarse y delimitarse de acuerdo a la productividad o capacidad de prestar una utilidad eficaz para su titular, dentro del mercado, es decir, cumplir su “función normal”, no una función “abusiva” o “desmedida” dentro del tráfico comercial. En este orden de ideas, dado que la propiedad afectada por la Ley de Fajas de Retiro Vial, prácticamente pierde esta capacidad de funcionalizar su contenido, es decir, de servir dentro del tráfico jurídico-comercial para la finalidad “normal” que el propio ordenamiento jurídico le ha otorgado, se afecta directamente este “núcleo esencial del derecho”. Además se debe tener muy en cuenta que la “función social de la propiedad” no puede ir desligada y aparte de su función de generación de riqueza, que es su caracterización y “función o finalidad normal”, para lo cual es concebida como institución jurídica, y que protege el mismo artículo 58 constitucional

“Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la función social de la propiedad se traduce en que este derecho debe ceder ante las obligaciones del Estado y de la comunidad en general (Corte Constitucional, sentencia C – 295, 1993); por lo tanto, resulta legítimo que el legislador imponga restricciones a la propiedad, cuando sea en beneficio del interés general, es decir, por razones de salubridad, seguridad, urbanismo, entre otros (Corte Constitucional, sentencia C – 295 del 29 de julio, 1993); sin embargo, estas limitaciones no pueden afectar su núcleo esencial, que está garantizado y se traduce en el nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad (Corte Constitucional, T – 427, 1998 y T- 746 de 2001). Así, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de producción y generación de riqueza (Corte Constitucional, sentencia C – 595 1999).” (Guío Camargo, 2009, pág. 54)

Además, cabe resaltar que la propiedad privada misma puede ser considerado como derecho fundamental, bajo el cumplimiento, claro está, de determinadas condiciones. Lo anterior nos pone de presente que el derecho de propiedad privada no puede valorarse y conceptualizarse como algo externo al “interés general”, o antitético a los “derechos fundamentales” o a la “función social”; como ya se puso de presente en el capítulo I del presente texto.

Se ha intentado legitimar y fundamentar el vaciamiento del contenido de la propiedad recurriendo a dos argumentos: primero, los “bienes de interés público” como herramienta para concretar y lograr la vigencia real de “valores”, “intereses” o “derechos colectivos”, en específico, el del “desarrollo económico; segundo, afirmando que las fajas de retiro vial, en su condición de “bienes de interés público”, son asimilables y deben entenderse como un “género” (Hernández Betancur, 2011), es decir, como parte integrante del concepto de “espacio público”, y en ese orden de ideas, regido bajo los mismo principios. Por supuesto, las dos

argumentaciones, de la mano con el ya tradicional concepto de la “función social y ecológica de la propiedad privada” y de la “primacía del interés general sobre el interés particular”. Veamos.

Dificultad para legitimar la delimitación de los “bienes de interés público” afectados e intervenidos bajo tal categoría por el Estado, mediante la concreción del bien colectivo “desarrollo económico” o “fomento de la riqueza”.

“... los “bienes de interés público”, dadas sus características jurídicas y económicas esenciales, constituyen una “tercera categoría del derecho de dominio que se configura sobre bienes privados –y mutatis mutandi, en los bienes fiscales-, en tanto “punto medio” entre la propiedad pública devenida de su potencial expropiación y la simple propiedad particular con función social sobre los mismos” (Hernández Betancur, 2011, pág. 48)

Hernández ha esgrimido que los “bienes de interés público”, es decir, los bienes de titularidad privada pero afectados al cumplimiento a finalidad pública, se justifican en tanto que: 1) La propiedad privada ya no se puede ver bajo el viejo concepto de propiedad privada sacralizada y absoluta, en tanto que hoy en día se le atribuyen diversas finalidades públicas, y se le ha cargado de deberes, regulaciones y limitaciones encaminadas a que, precisamente, coadyuve al cumplimiento y vigencia de los “intereses superiores” del ordenamiento jurídico, en un contexto donde los recursos son escasos y, 2) Los “bienes de interés público” cumplen la función de dar vigencia, concretar y otorgar materialidad en la realidad a los “derechos” o “intereses colectivos” del ordenamiento jurídico. Unidos estos dos métodos de argumentación, a favor de la Ley de Fajas de Retiro Vial se esgrime que no hay dificultad alguna con la posible reducción al límite de los atributos de la propiedad en estos bienes, en tanto que, simplemente han sido afectados al cumplimiento de una función pública, en beneficio del “interés general”, y en su caso específico este tipo de bienes cumplen la finalidad de concretar el valor

colectivo “desarrollo económico” o “fomento de la riqueza nacional”. Para este autor, entonces, la consecución de este valor colectivo es un argumento para legitimar de esta intervención, y en este sentido –según su parecer- no se rompe el presupuesto de la igualdad de las cargas públicas:

“En ocasiones, sin embargo, la relación entre conservación, destinación o características del bien privado y la preservación de los intereses colectivos es tan apremiante que, por virtud normativa, el alcance del dominio sobre aquel es genéricamente delimitado a fin de que su naturaleza trascienda de la de simple “propiedad privada con función social” a la de “bien de interés público” mediante “una delimitación abstracta del contorno del derecho, que grava por igual a todos los titulares concretos”. En consecuencia, además de los bienes del Estado, también los bienes de los particulares, de una u otra manera, están esencialmente afectados... a la satisfacción de los intereses públicos, pues el ordenamiento jurídico, cada vez con más frecuencia insiste en la función social de la propiedad”... Por ello sobre determinados bienes privados la incidencia del interés público es tan intensa que al régimen normal de la propiedad privada se yuxtapone un régimen público, que se traduce en limitaciones a la transmisibilidad, o en poderes especiales de la administración para la vigilancia de su aprovechamiento o disponibilidad” (tomado de: Parada, Ramón, Derecho Administrativo. Tomo III –Bienes públicos y Derecho Urbanístico-... pág. 12)” (Hernández Betancur, 2011, pág. 46)

Pero, examinemos qué bien colectivo, dice Hernández, se protege o concreta por medio de este régimen exorbitante de derecho público. Dicho bien colectivo es establecido por el legislador mediante la supuesta garantía de “reserva de ley”, la cual debe, supuestamente, respetar el “núcleo esencial” del derecho, en este caso, del derecho a la propiedad. Sin perjuicio de la crítica que es debida a la inexistencia de criterios limitadores de la intervención que al Estado le es dada, frente al patrimonio de los ciudadanos, que se hará más adelante –donde se criticarán estos dos supuestos criterios limitadores a la intervención legítima estatal- se debe decir que el bien colectivo que se protegería o concretaría mediante la afectación de las

Fajas de Retiro Vial (convertidas, para ellos, en “bienes de interés público”) sería el “desarrollo económico” o el “fomento de la riqueza Nacional”.

“Ciertamente, la propiedad, desde su concepción normativa, admite la sujeción a determinados “contornos” que, una vez constituidos como reacción a las exigencias sociales más apremiantes, serán tenidos como acotaciones inmanentes a su alcance jurídico. No obstante, tal contracción del dominio no representa, en manera alguna, un menoscabo esencial de este derecho real, sino, simplemente, un conjunto de “límites” que, ex post, determinarán su contenido. En este orden de ideas, la ley, en tanto venero jurídico de la propiedad, funge, al propio tiempo, como su rasero, en la medida que el establece toda suerte de restricciones en aras de facilitar el logro de finalidad de interés colectivo” (Hernández Betancur, 2011, pág. 49)

El bien colectivo “desarrollo económico” o “fomento de la riqueza nacional” no puede ser óbice para que el Estado pueda atropellar a sus ciudadanos, pasándoles por encima cada vez que desee, supuestamente “fomentar la riqueza de la nación”. En efecto, este es un objetivo de una muy alta ambigüedad, abstracción, vaguedad e indeterminación. Nuestra Constitución de 1991, en su artículo 58 reconoce y protege el derecho de propiedad privada. Así mismo nuestra constitución consagra, en su artículo 2, que es obligación y finalidad del Estado promover la “prosperidad económica”. Armonizando lo uno con lo otro, se debe decir que el bien, valor o interés de la “prosperidad económica” no se puede promover bajo el irrespeto de la propiedad privada –valor, interés y derecho que también reconoce-, afectando el principio de la “igualdad en las cargas públicas” –principio determinante de causal de responsabilidad civil extracontractual del Estado, establecida en el artículo 90 de la Constitución- que deben ser asumidas por parte de los ciudadanos, ni excediendo los deberes, cargas y prohibiciones normales que les son habituales en razón de la función social y ecológica de la propiedad privada.

“sí es lícito afirmar que algunos derechos colectivos, en tanto bienes jurídicos concebidos para el mantenimiento y procuración de intereses generales, como el ambiente sano, el patrimonio histórico y cultural y el espacio público, tienen su

asiento, entre otros ámbitos físicos, en los bienes de interés público” (Hernández Betancur, 2011, pág. 55)

El más grave y cuestionable problema que tiene fundamentar la importante delimitación que se hace de los bienes determinados en la Ley de Fajas de Retiro Vial en la concreción del bien colectivo “fomento de la riqueza” o desarrollo económico” es que tal conceptualización es tan vaga e imprecisa que se correría el riesgo de hacer nugatorio cualquier garantía y o derecho patrimonial de los ciudadanos particulares. Es decir, si simplemente bajo la imposición, casi discrecional (por no decir que arbitraria) de finalidades de “interés general” de parte del legislador, bajo la fundamentación-legitimación que dice que está “concretando y tutelando” el derecho colectivo consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución, “fomento de la riqueza nacional”- se corre el riesgo de que cualquier tipo de intervención que haga el Estado en el patrimonio de los ciudadanos –bajo la parafernalia, no sobra decirlo, del trillado argumento de la “prevalencia del interés general sobre el particular”- sea “legítima” y esté fundamentada en valores y derechos colectivos.

Se debe poner de presente que con el simple argumento de la “primacía del interés general sobre el interés particular no es viable legitimar cualquier tipo de intervenciones en el patrimonio de los ciudadanos, poniendo en riesgo así, valores tan importantes como la seguridad jurídica, el fundamento mismo del Estado de Derecho, la igualdad en las cargas públicas, y otros no menos importantes como las libertades públicas y las garantías que sobre la protección de su patrimonio tiene cada ciudadano, en un sistema económico de “libre mercado”. Aceptamos que el “interés general” debe primar sobre el “interés particular”, que es precisamente el fundamento del actuar de toda la administración pública, pero en lo que no estamos de acuerdo es que el “interés general” pase por encima indebidamente y sin el debido resarcimiento económico, sobre el “interés particular”, lo que claramente violaría el artículo 90 de la Constitución y el respeto al “núcleo esencial” del Derecho de Propiedad, conforme el artículo 58 de la Constitución de 1991. El

Estado y el legislador, como en todas sus actuaciones dentro de la teoría neoconstitucionalista, debe regirse conforme el examen de proporcionalidad (Alexy, 1978) a la hora o al momento de generar acciones que vayan en detrimento de los derechos de sus asociados. De esta forma, hay que recordar que el legislador no puede regirse “autónomamente” y abrogarse, simple, discrecional y arbitrariamente, la facultad de definir lo que es el “interés general”, sino que debe ser una facultad que tiene que estar en concordancia y armonía con los principios constitucionales y los derechos fundamentales (Alexy, 1997)

“En cualquier caso importa advertir que esta potestad del Estado para incorporar al dominio público categorías enteras o tipos de bienes no es lógicamente absoluta y tiene en consecuencia también sus límites. Como el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar, la facultad que la Constitución concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público “no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas” [STC 149/1991, FJ 2.A].” (Casino Rubio, 2013, págs. 105-106)

Dificultad para legitimar la delimitación de los “bienes de interés público” afectados e intervenidos bajo tal categoría por el Estado, mediante la amplificación del concepto de “espacio público”.

Según Hernández, también, desde la conceptualización del “espacio público” se puede hacer una fundamentación de la pertinencia, legitimidad e idoneidad jurídica del régimen impuesto por la Ley de Fajas de Retiro Vial acudiendo al concepto de “espacio público”. El autor argumenta que el concepto de espacio público que se incluye en la lectura de la nueva Carta Constitucional ya no puede ser leído simplemente como uno que se desarrolla mediante los clásicos “bienes de uso público” sino que en este concepto también se deben incluir los bienes privados. Para ello acude a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 89 de 1989, donde se dice que hacen parte del espacio público los “elementos arquitectónicos de los bienes

privados”. Desde esta perspectiva, sin embargo, Hernández argumenta que, dado que una de las finalidades del “espacio público” es facilitar y garantizar la movilidad por parte de todos los ciudadanos, las Fajas de Retiro Vial, al tener una finalidad similar (facilitar la proyección y ejecución de proyectos viales) también se puede conceptualizar como una proyección del espacio público, y en este sentido, pueden ser tratadas de una manera jurídica muy similar a como éste es tratado.

“... Gracias a estos avances conceptuales, en la actualidad, la noción de “espacio público” es construida a partir de sus afinidades procomunales” y no únicamente sobre el cimiento precario de su titularidad, pues, desde tal óptica, apenas los bienes de uso público serían asiento de los derechos colectivos y, por tanto, no sólo se desustanciaría el principio de “función social de la propiedad”, sino que, también, se haría nugatorio el desarrollo de figuras que, como los bienes de interés público, son un plus de dicho postulado rector”. De tal suerte se reitera, lo que hace que un inmueble sea definido como componente del espacio público es su propósito de servicio a la colectividad, sea que el mismo pertenezca al Estado o a un particular. Dicha transformación conceptual, por tanto, encierra profundas implicaciones jurídico-económicas en la medida que conlleva una delimitación amplísima a la propiedad para el beneficio social, pero sin que sea imprescindible una contrapartida por la asunción de dicha carga.” (Hernández Betancur, 2011, pág. 79)

Sin embargo, se hace notoria la dificultad de legitimar el régimen de delimitaciones que la ley en comento hace de los bienes afectados, desde un concepto súper-ampliado del concepto de “espacio público”. Lo anterior por cuanto que el artículo 5 de la ley 9 de 1989 es claro en establecer que los bienes privados no hace parte, en sí, sino solo en cuanto sus elementos paisajísticos, arquitectónicos y de decoración o interés histórico-cultural, etc. No es, pues, una conceptualización que pretenda restringir, delimitar o de alguna forma intervenir y ordenar la regulación patrimonial sobre los bienes privados. La conceptualización de Hernández está basada en el concepto ampliado de “función social de la propiedad”, por cuanto para él esta función implicaría la necesidad de que estos bienes privados estén de tal manera

afectados e intervenidos por la noción ampliada de “espacio público”, que se ven delimitados sus contornos para la “garantía del interés general”

El autor en comento, llega hasta a negar la existencia misma y el fundamento mismo de los derechos reales, el cual es la capacidad de exclusión que tiene el titular sobre los demás, es decir, que es derecho absoluto o erga-omnes, con una obligación de respeto por las facultades del titular, a cargo de todas las personas, de forma indeterminada (Rengifo Gardeazábal, 2011). En efecto el autor, al conceptualizar las fajas de retiro vial como elementos pertenecientes al concepto de “espacio público” dice que estos no pueden ser monopolizados en su utilización por parte de los titulares del derecho –pero sin reconocer, tampoco, indemnización patrimonial para los titulares de dichos bienes afectados-:

“Los bienes de interés público, en consideración a su finalidad, no pueden ser objeto de apropiación por ningún asociado, ni el goce de uno puede excluir el beneficio de otro. Así las cosas, aunque es posible individualizar al propietario del bien en sí, o cierto es que, si se atiende a la finalidad de su afectación, su uso concierne a toda la comunidad, pues esta tercer categoría del dominio existe, precisamente, para albergar algunos de los derechos colectivos reconocidos por el orden jurídico, y estos se caracterizan por comprometer intereses comunes, en tanto su radio de acción va más allá de la esfera individual” (Hernández Betancur, 2011, pág. 59)

Con una lectura desde Pimiento (Pimiento Echeverri J. A., 2010) podemos mostrar cual es el carácter de la afectación, o que incidencia sobre la propiedad privada genera el hecho que desde el artículo 5 de la ley 9 de 1989 se establezca que no solo constituye espacio público los bienes de uso público, sino que también lo pueden hacer los bienes privados en su aspectos arquitectónicos. Como ya lo mostramos, para Hernández esto implica que los bienes privados deben ser delimitados, restándoseles sus facultades clásicas, reduciéndolas o limitándolas (uso, goce y disposición). Una interpretación más acertada es que, como espacio público, la visión que recoge la norma implica una utilización pasiva de los elementos arquitectónicos, culturales e históricos de los bienes privados, más no propiamente

la utilización, delimitación o aprovechamiento por parte del “público” (a la manera en como sí se hace con los bienes de uso público) de los “bienes de interés público”, es decir, los bienes de propiedad privada que han sido sometidos a un régimen jurídico administrativo exorbitante, sin dejar por ello de ser propiedad privada:

“... en nuestro derecho moderno, la principal destinación en materia urbanística será la afectación al espacio público que pesa sobre las propiedades urbanas. El artículo 5 de la ley 9 de 1989 consagra específicamente que los elementos arquitectónicos de las propiedades privadas que cumplan una necesidad colectiva urbana harán parte del espacio público... *Esto no quiere decir que el público pueda usar estos bienes de manera efectiva, sino que se mantienen a la disposición de la comunidad para la contemplación pasiva...* Se trata entonces de una función social calificada que pesa sobre estos bienes y que no excede el equilibrio de las cargas públicas que deben mantenerse por disposición constitucional” (Pimiento Echeverri J. A., 2010) (las cursivas son nuestras)

Peligro de arbitrariedad. Inexistencia de criterios limitadores de la intervención que el Estado puede hacer en la propiedad privada, el patrimonio de los particulares, en su búsqueda del “interés general”, por medio de la afectación de bienes privados bajo la figura del “bien de interés público”. Impertinencia y poca efectividad de la garantía limitadora “reserva de ley”. Riesgo para la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

Las mayorías y el “interés general”, si bien deben prevalecer, no pueden pasar por encima e indebidamente sobre los intereses, derechos y expectativas legítimamente constituidas, de parte de los particulares, por cuanto por esta vía se podría quebrantar la “seguridad jurídica” sobre la cual se asienta la “confianza” para hacer negocios jurídicos y para invertir dinero (reproducción ampliada del capital) en el país; así como la seguridad psicológica de los ciudadanos con respecto a su patrimonio, y por esa misma vía, con respecto a sus libertades, derechos y sus posibilidades de autodeterminación –como se puso de presente en el capítulo I-

Además de lo anterior, no compartimos la visión excluyente y antagonista, que contrapone “interés público” y “propiedad privada” (o interés particular). Para nosotros la seguridad jurídica y el Estado de Derecho también deben ser considerados como pertenecientes o haciendo parte del “interés general”, por cuanto es una garantía que debemos tener todos los ciudadanos, no solo los afectados por determinada disposición, para evitar la arbitrariedad de la acción de los poderes públicos y garantizar las posibilidades para desarrollar autónomamente nuestro plan o proyecto de vida deseado (sin la intervención de autoridades exógenas, como el Estado) –como se puso de presente en el capítulo I-.

Dado lo anterior la categoría de “bien de interés público” debe ser organizada, racionalizada y sistematizada, si no se quiere incurrir en incoherencias frente al ordenamiento jurídico y la indebida afectación del derecho privado de los particulares, la seguridad jurídica, la igualdad y el respeto al Estado de Derecho y Republicano.

Hoy en día el Estado se ha vuelto cada vez más fuerte y ha centralizado el poder cada vez más, y se ha convertido en un eje fundamental de “desarrollo” de los respectivos países, con lo cual ha pasado de ser un mero “Estado gendarme” encargado de proteger los llamados “derechos naturales” de la burguesía, a ser un “Estado interventor” preocupado por el progreso y el desarrollo de los países (Marquart B. , 2009). En este orden de ideas el derecho a la propiedad privada se ha visto restringido, limitado y delimitado, bajo el argumento general que dice que “el interés general prevalece sobre el particular. Pero esta conceptualización ha tendido a ser utilizada de forma incoordinada, incoherente y poco sistemática, y sobre todo sin muchas críticas.

Ante todo debemos poner de presente, nuevamente, la importancia de la institución jurídica “propiedad privada” (ver Introducción y Capítulo I) para la sociedad de raigambre liberal, para el desarrollo de los negocios jurídicos por parte de los ciudadanos, para el proceso de inversión de capitales y obtención de ganancias y réditos económicos, para la economía de mercado que es el sistema económico que

predomina, y que está consagrado en nuestra Constitución. Así mismo volvemos a recordar que la propiedad privada está consagrada como derecho en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

Hernández esgrime que la afectación de una propiedad privada a un servicio público o la garantía del “interés general” no son arbitraria por cuanto se hace 1) sin desconocer el “núcleo esencial del derecho de propiedad”, y 2) bajo el estricto requisito de “reserva de ley”.

Ante lo anterior debo decir que la concreción del bien o finalidad colectiva llamada “desarrollo económico” o “fomento de la riqueza” es un principio que, si bien puede estar consagrado en la Constitución (artículo 2) como guía programática para el accionar del Estado, no se puede erigir como un título de intervención válido para alterar el régimen jurídico de las propiedades privadas, sin ninguna clase de compensación económica. Esto por cuanto este es claramente ambiguo e indeterminado. Si se acepta, sin más, que la búsqueda del interés general, unido con los deberes amplificados de una “función social de la propiedad privada” asentada sirven para legitimar y validar cualquier actuación de los poderes públicos sobre el patrimonio de los ciudadanos entraríamos en un grave estado de “inseguridad jurídica”, y un peligro constante de violación del equilibrio de la igualdad de las cargas públicas. Esto por cuanto que en cualquier momento cualquier tipo de patrimonio podría ser intervenido y sometido a regímenes exorbitantes de derecho administrativo.

La argumentación esgrimida entonces, por Hernández, sería insatisfactoria:

“... los derechos colectivos son intereses procomunales normativamente protegidos, pero que, en general, no tienen existencia material. De tal suerte, algunos de estos derechos requieren de un “recinto especial” en el cual puedan manifestarse y, en consecuencia, hacer viable su aplicación, provecho y protección.

Precisamente, es para proteger estos derechos que el legislador delimita los alcances ordinarios de la propiedad privada en la medida que, junto al Estado, también los

particulares deben concurrir a su conservación. Téngase presente, entonces que la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación es un deber compartido del Estado y las personas, y que al amparo del espacio público tiene por propósito la garantía de uso común, el cual prevalecerá sobre el interés particular” (Hernández Betancur, 2011, pág. 55)

Teniendo en cuenta lo anterior, enlazamos con la crítica a la garantía de la “reserva de ley” para la afectación válida de las propiedades privadas y su sometimiento a regímenes jurídico exorbitantes. En efecto, no es función del legislador, en estricto sentido, establecer lo que se debe entender como “interés general”, por cuanto que el legislador está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales (Alexy, 1997). Es la Constitución la que define lo que es el “interés general” y el legislador es el encargado de ejecutar lo que ya está preestablecido en la Constitución. En este orden de ideas esta ejecución tiene que respetar el principio de proporcionalidad, para que el ordenamiento jurídico sea coherente y los derechos de unos no sean eliminados sin más, sino que sólo se proceda a esto cuando la medida sea idónea, necesaria y estrictamente proporcional (Alexy, 1997).

Por otro lado, de acuerdo a la argumentación que esgrimimos en el literal a de este capítulo, el “núcleo esencial de la propiedad privada” no puede ser simplemente reconducido al derecho de “disposición”, pudiéndoselo privar de los atributos de uso y goce. Como lo explicamos en su momento, estos atributos son muy importantes dentro de la sociedad capitalista e individualista para 1) la satisfacción de las necesidades de su titular, y 2) la reproducción ampliada del capital y el aprovechamiento de réditos económicos. Si simplemente se asume que el “núcleo esencial de la propiedad privada” es el derecho de disposición –dejando a su titular como un nudo propietario, de hecho, y por disposición normativa e imperativa del ordenamiento jurídico- se le vacía a este derecho de las dimensiones que le dan sentido en la vida social, y constituyen su importancia. Este argumento es, pues, otro peligro para la seguridad jurídica, las libertades y los principios liberales del ordenamiento jurídico, consagrados y tutelados por nuestra Constitución.

Nota al pie de página número 77: "... Pero en cuanto que el artículo 12 CE incluye en el demanio bienes no directamente aludidos en él, implica la atribución de la facultad del legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Aunque esa facultad no aparece acompañada de limitación expresa alguna es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes sino es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas..." (Parejo Alfonso, 2013, pág. 79)

CONCLUSIÓN:

Si bien es cierto que la "propiedad privada" ya no puede ser concebida como un derecho y un señorío absoluto, del cual se pueda usar y abusar, y que tiene que ser armonizada con el "interés general", el "espacio público", las funciones "sociales y ecológicas" de la propiedad privada y los valores colectivos de la sociedad; se debe poner de presente que esto no puede ser óbice para que de forma arbitraria se vacíe el derecho de propiedad, se le ponga en condiciones nugatorias y se realicen actos jurídicos que camuflan expropiaciones parciales. El Estado debe respetar la autonomía de la voluntad y el patrimonio de sus ciudadanos, y no puede utilizar a algunos de ellos y sus derechos para alcanzar supuestos "objetivos generales" imponiéndoles cargas excesivas y desproporcionadas, e incurriendo en violación del principio de la "igualdad de las cargas públicas".

La regulación del patrimonio público en Colombia ha sido caótica, casuística y poco sistemática a raíz de la poca cantidad de estudios y la pobreza doctrinaria que sobre la materia hay en el país, como lo ha puesto de presente Pimiento (Pimiento Echeverri J. A., 2010). Esto ha generado toda una serie de conceptualizaciones que han impedido una transparente, medida y sistemática de la regulación jurídica sobre la materia, lo cual ha generado una serie de incoherencias, superposiciones y contradicciones en la jurisprudencia de las altas Cortes, tanto antes de la

Constitución de 1991 como después de su entrada en vigencia (Capítulo III). Uno de los problemas que esta caótica situación puede generar es el detrimento, deterioro y violación de los derechos de los ciudadanos, así como una falta de racionalización de la legislación y las instituciones jurídicas.

Es necesario que la academia Colombiana centre más su preocupación por el estudio y entendimiento del tema de la regulación del patrimonio público, en el caso concreto de este trabajo, la relación del mismo con la propiedad privada. Solo de esta manera podremos llegar a concebir instituciones jurídicas coherentes con el resto del ordenamiento jurídico, y que estén debidamente armonizadas con los derechos, garantías y la seguridad jurídica de que deben gozar los ciudadanos en un Estado de Derecho. El poder del Estado no puede ser utilizado de una manera que desconozca los bienes, derechos, patrimonio y libertades de sus ciudadanos. Nunca se pueden privilegiar los fines sobre los medios, sino que estos deben respetar los presupuestos éticos del ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que el “desarrollo económico” ha sido una finalidad que los Estados interventores han asumido como propia (Capítulo II), esta no puede conseguirse a cualquier precio, mediante el atropello a los derechos de los ciudadanos.

La Ley de Fajas de Retiro Vial debe ser analizada con más cuidado, y las conclusiones que de dicho análisis se extraigan deben ser estudiadas y tomadas con cautela. En efecto, nos encontramos ante un tema poco estudiado por la doctrina Nacional y que podría llegar a tener consecuencias de vital importancia para nuestra sociedad y para los derechos de nosotros los ciudadanos, entre otros. Sería importante plantear el debate en términos constitucionales e interponer una acción pública de inconstitucionalidad contra la misma y, por supuesto, difundir lo expuesto en este trabajo con el fin de incentivar el debate y la reflexión sobre el tema, la figura de “bien de interés público” y las implicaciones jurídicas que esta tiene.

Aparte de lo anterior, se debe resaltar que la afectación del derecho de propiedad que se hace con la Ley en comento afecta a una gran cantidad de ciudadanos, dentro

de cuyo patrimonio se encuentran bienes adyacentes a las vías de la Nación. Para ellos, por ejemplo, por supuesto que el tema es de vital importancia y de marcado interés. En el mismo orden de ideas hay que decir que la seguridad jurídica que los ciudadanos tengan sobre su patrimonio también es fundamental para atraer la inversión extranjera al país, algo que es muy importante también para incentivar el “desarrollo económico”. En efecto, si los inversores no tienen seguridad de que su patrimonio o sus inversiones estarán resguardados de indebidas afectaciones por parte del Estado, no van a querer poner su capital en nuestro país (Capítulo I e Introducción).

Bibliografía

Alexy, R. (1978). *Teoría de la Argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arenas Monsalve, G. (2011). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: LEGIS.

Batista Pereira, Eliecer; Coral Lucero, James Ivan;. (2010). *La función social de la propiedad: La recepción de Leon Duguit en Colombia*. Obtenido de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/341/1180>

Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. (33), 85-109.

Casino Rubio, M. (2013). "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la regulación de la propiedad privada y el Régimen de los bienes demaniales y patrimoniales de las Administraciones Públicas en la doctrina del Tribunal Constitucional. En L. P. Olmeda, *Derecho de los bienes públicos Volumen I* (págs. 101-123). Pamplona, España: Editorial Aranzadi, SA.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Artículo 58*.

Corte Constitucional de Colombia . (2013). *Sentencia C-306/13*.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-189/06*. Bogotá: Corte Constitucional. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-381/09*.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-666/10*. Bogotá D.C.

Cortés, S. P. (2008). La intervención del Estado en los procesos económicos de Colombia. *Camino del hallazgo y del juicio*, 2-25.

Courtis , C., & Avila Santamaría, R. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/8_Proteccion_judicial.pdf

Cuevas, H. (1993). *Introducción a la Economía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DK London. (2012). *The Economics book*. London: Dorling Kindersley Limited.

Dulmen, R. V. (1984). *Los inicios de la Europa Moderna*. Siglo Veintiuno Editores.

Dworkin, R. (2002). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.

Engels, F. (2001). El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado. Del socialismo utópico al socialismo científico. Madrid: JORGE A. MESTAS. EDICIONES ESCOLARES.

Gómez Mejías, M. M. (2013). Los bienes públicos en Alemania. En L. P. Olmeda, *Derecho de los bienes públicos Volumen II* (págs. 1113-1157). Pamplona, España: Editorial Aranzadi, SA.

García Caba, M. M. (2013). Los bienes públicos en Francia. En L. P. Olmeda, *Derecho de los bienes públicos Volumen II* (págs. 1157-1197). Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.

Guío Camargo, R. (2009). Función Social y Ecológica de la propiedad: Características y alcances. *Estudios en Derecho y Gobierno*, 51-62.

Hague, D., & Stonier, A. (1965). *Manual de Teoría Económica*. Madrid: Aguilar S.A de Ediciones.

Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2006). *El Federalista*. Fondo de Cultura económica.

Hayek, F. (1944 (2010)). *The Road to Serfdom*. New York: Routledge.

Hayek, F. (2007). Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia. En F. Hayek, *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo* (págs. 65-77). Madrid: Unión Editorial.

Hernández Betancur, L. F. (2011). Régimen jurídico de las fajas de retiro vial. Una mirada de los retiros viales desde la teoría de los bienes de interés público. Medellín: Centro de Investigaciones jurídicas secretaría general Empresas Públicas de Medellín. Letras jurídicas.

Hernández Betancur, L. F. (2011). Régimen jurídico de las fajas de retiro vial. Una mirada de los retiros viales desde la teoría de los bienes de interés público. Medellín: Centro de Investigaciones jurídicas secretaría general Empresas Públicas de Medellín. Letras jurídicas.

Hernandez Velasquez, D. (s.f.). *EL DESARROLLO DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*. Obtenido de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%205.pdf

Hobbes, T. (2009). *Leviatán, forma y poder de un Estado eslesiástico y civil*. Alianza.

Locke, J. (1997). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: S.L.U. ESPASA LIBROS.

Lopez Medina, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: LEGIS.

Lopez Murcia, J., & Maldonado Colmenares, G. (2009). La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia. Obtenido de [file:///C:/Users/eggom_000/Downloads/LAPROTECCIONDELAPROPIEDAD%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/eggom_000/Downloads/LAPROTECCIONDELAPROPIEDAD%20(1).pdf)

Lozano Corbi, E. (s.f.). Obtenido de file:///C:/Users/eggom_000/Downloads/Dialnet-OrigenDeLaPropiedadRomanaYDeSusLimitaciones-229689.pdf

Marquart, B. (2009). *Historia Universal del Estado. Tomo II*. Bogotá: La Carreta y Universidad Nacional Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Marquart, B. (2009). *Historia Universal del Estado. Tomo III*. Bogotá: La Carreta y Universidad Nacional Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Morrison, D. E. (2002). *The Public Interest, the Media and the Privacy*. London: British Broadcasting Corporation.

Munera Ruiz, L., & Cruz Rodriguez, E. (2011). *La Regeneración Revisitada*. Bogotá: La Carreta Editores E.U.; Universidad Nacional de Colombia.

Ospina Fernández, G. (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: TEMIS.

Pabón, E. E. (1993). Colombia y su revolución pacífica. La nueva constitución del 5 de julio de 1991. Inicio de un marco institucional dentro de un contexto político pluralista. *Revista de Estudios políticos*(79), 161-208.

Parejo Alfonso, L. (2013). La summa divisio de las cosas. Las cosas pública: El patrimonio de las administraciones y el dominio público. En L. P. Olmeda, *Derecho de los bienes públicos Volumen I* (págs. 49-101). Pamplona, España: Editorial Aranzadi, SA.

Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: Una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*(15), 93-111.

Penagos , G. (1998). *Los bienes de uso público*. Santafé de Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Pérez Luño, A. E. (1991). Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 10*.

Pimiento Echeverri, J. (2011). Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia.*, Revista electrónica. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662011000200010&script=sci_arttext.

Pimiento Echeverri, J. A. (2010). *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.

Ramón Parada. (2010). *Derecho Administrativo III, Bienes públicos. Derecho urbanístico*. Madrid, España.: MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES SA.

Regifo Gardeazábal, M. (2011). *Teoría General de la Propiedad Privada*. Bogotá: EDICIONES UNIANDES Y EDITORIAL TEMIS.

República de Colombia. (1887). Código Civil, Ley 57 de 1887.

República de Colombia. (1989). Ley 9 de 1989.

Rodriguez, L. (2004). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: TEMIS.

Schlatter, R. (1951). *Private property: the History of an idea*. New Jersey: Rutgers University Press.

Smith, A. (1776 (2010)). *The Wealth of Nations*. London : Capstone.

Téllez Rodríguez, L. (04 de 05 de 2011). *Universidad Sergio Arboleda. Cuadernos de Derecho Público*. Obtenido de Los orígenes de la teoría de la "sustitución de la constitución": <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/origenes.pdf>

Valencia Zea, A. (2011). *Derecho civil: Derechos Reales*. Bogotá: TEMIS.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho Civil, Tomo I. Parte General y Personas*. Bogotá.: TEMIS.

Velasquez Jaramillo, L. G. (2006). *Bienes*. Bogotá: TEMIS.

Vidal Perdomo, J. (2009). *Derecho Constitucional General*. Bogotá: LEGIS.