

Principia IURIS 15



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A
Experiencia y Calidad

15
AÑOS



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad
Resolución MEN N° 3317
del 25 abril de 2011

Principia IURIS Tunja Colombia N° 15 pp. 1 - 318 enero julio 2011 ISSN: 0124-2067

CIS 
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA A
COLCIENCIAS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 15**

Tunja, 2011-I

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	------	----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

QUINCE (15)

PRIMER SEMESTRE DE 2011

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 320

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Magíster Andrea Sotelo C.
Magíster Eyder Bolívar Mojica. Investigador facultad.

Revisión inglés: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón, Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza - aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultado definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá entregarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse por el INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y éste tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor, quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados* podrán ser sometidos a una segunda evaluación por solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elabora un acta, en la cual se expresa el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso, sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.

Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.

Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.

Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Norberto Güechá Medina

Decano de Facultad

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Bieusses

Universidad París X, Francia

Ph.D. Pablo Guadarrama

Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Natalia Barbero

Universidad de Estudios a Distancia, España.

Universidad de Sevilla, España.

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.

Fray José Antonio González Corredor, O.P.

Vicerrector Académico.

Esp. Henry Sánchez Olarte

Docente Departamento de Humanidades

Mg. Andrea Sotelo Carreño.

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres

Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García

Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez

Universidad de Antioquia, Colombia.

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera

Universidad Carlos III, España.

CORRECTORES DE ESTILO

Mg. Andrea Sotelo C.

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Investigador en Derechos Humanos,

Universidad de Buenos Aires.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph. D. Ana Yasmín Torres Torres

Abogada de la Universidad Santo Tomás. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de Posgrados de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, investigadora del Centro de Investigadores Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo de contacto: anayasmint@hotmail.com.

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes Francia, Docente investigador de la Facultad de Derecho. Teléfono: 7440404 - 3125430916 e-mail Alexisramirezarenas@hotmail.com

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Publico de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Docente investigador de la Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

Mg. José Helberth Ramos Nocua

Abogado, Especialista en derecho procesal de la Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único – Universidad Libre, Docente investigador, Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División de Derecho, USTA Tunja; Filósofo, USTA; Teólogo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster (c) Derecho Público, USTA; Abogado, U. Católica, Línea de Derecho Constitucional y Construcción Democrática.

Mg (c) Héctor Julio Prieto Cely

Abogado, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; Magíster (c) en responsabilidad, Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Mg Lina Marcela Moreno Mesa

Abogada, Universidad Santo Tomás; Esp. en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; Mg (c) Universidad Santo Tomás. Abogada Externa Banco Agrario. lina_3m@hotmail.com.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Ph. D. Javier Esteban de la Fuente

Especialista en Derecho Penal, Doctor en Derecho, Profesor adjunto en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Mail: javier.delafuente@pjn.gov.ar

C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, UPTC; Abogado, Universidad Autónoma, Bogotá; Especialista en Derecho Médico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle; Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Facultad de Ciencias y Educación.

Esp. Horacio Leonardo Días

Profesor Regular Adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA; Subdirector de la Carrera de Especialización de Derecho Penal, Dirección de posgrado, Facultad de Derecho, UBA. – Juez der Cámara, ante el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 21, CABA, Poder Judicial de la Nación. – Ternado en el Ministerio de Justicia de la Rep. Argentina, para ocupar una vocalía en la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires. – Jurista Invitado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, para la selección de magistrados. Jurista invitado para la selección de Jueces de Cámara Penal por el Consejo de la Magistratura de Chubut, Argentina. Docente de posgrado en distintas Facultades de Derecho, UBA, UB, USAL, UNMDP, UNR UCALSAL, entre otras, Colegio de Abogados de San Isidro. En el exterior, profesor invitado de la Universidad de Cuenca, Rep. del Ecuador. – Responsable de la página web de Derecho Penal de la editorial Rubinzal. – Miembro del Consejo de redacción, y responsable de la sección de Jurisprudencia Extranjera de la revista de Derecho Procesal Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Responsable de la sección de Bibliografía comentada de la revista de Derecho Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Autor de numerosas publicaciones y colaborador de otras tantas, bajo la dirección de Edgardo Donna. Disertante en numerosos Congresos y jornadas– e-mail: hldias@hotmail.com

CONTENIDO

Editorial 13

SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartidismo al bipartidismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre) 17
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de “Ulises” frente a las “sirenas” 39
Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)..... 51
Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?..... 61
Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad 85
Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL – “EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS”

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible 121
Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
-----------------	-----------------	-------	-----------	-------------	------	----------------

La tortura en derecho internacional	139
Ph. D. Natalia Barbero	
Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional	159
Mg. Eyder Bolívar Mojica	
Filosofía de las funciones de la pena de prisión	177
Esp. José Luis Suárez Parra	
Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo	195
Mg. Carlos Gabriel Salazar	
Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia	207
Ph. D. Yolanda M. Guerra García	
Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas	

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano	227
Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco	
Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR	259
B.A. Dominic Tetu	
El consejo de estado colombiano y el consejo de estado francés, aproximaciones y diferencias	279
Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez	

EDITORIAL

PRINCIPIA IURIS es la revista institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, un espacio de alta calidad para la presentación de los resultados investigativos de docentes, profesionales y posgraduados, en áreas jurídicas y afines, dirigida a la comunidad profesional e intelectual, configurándose como un espacio para el diálogo de ideas y conocimientos.

En este orden de ideas y con ocasión de feliz reconocimiento de la Acreditación de alta calidad para la Facultad de Derecho, se ha establecido como tema central de la presente edición **PRINCIPIA IURIS 15** “*el análisis científico de la afectación a los derechos humanos*”, un escalón más en la continua labor del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, después de todo nuestra labor es científica, claro, pero una ciencia que se eleva desde las bases en roca sólida de la filosofía de nuestra institución, es decir, la formación integral y el humanismo.

La historia universal está llena de tristes ejemplos en los cuales los monstruos educados han infligido vejámenes sin nombre a la humanidad, un genio que utiliza su talento para el mal sólo merece la cárcel o el manicomio, pero el hombre bien intencionado sin las herramientas será a lo sumo una víctima del oprobio ajeno.

Virtud y fuerza nos dirían los antiguos, la justicia sostiene la balanza de la igualdad y la espada, el derecho es a la vez pretensión de lo correcto, pero también coercitividad, son las declaraciones de derechos, pero también instituciones y decisiones judiciales.

Los derechos, en particular los más preciados, como lo son los derechos humanos y los derechos fundamentales, están para reivindicarse y pelear por ellos, no con nuevos monstruos, sino siendo cada vez más coherentes con nuestra humanidad y la sensación de justicia que todos llevamos marcada en el espíritu, producto de las enseñanzas de los que estuvieron antes, por eso debemos estudiarlos, pensarlos, enseñarlos y sentirlos.

A todos los que hicieron posible esta publicación, sólo queda decirles: ¡Gracias Totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Editor

**SECCIÓN I:
ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

LA EXPROPIACIÓN POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL EN COLOMBIA: ¿UNA VULNERACIÓN FLAGRANTE AL DERECHO DE PROPIEDAD?

EXPROPIATION FOR REASONS OF PUBLIC UTILITY AND SOCIAL INTEREST IN COLOMBIA: A FLAGRANT VIOLATION OF PROPERTY RIGHTS?

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas*

Fecha de recepción: 24-02-2011

Fecha de aprobación: 27-05-2011

RESUMEN**

El Estado colombiano está autorizado, gracias a sus prerrogativas de poder público, a despojar a un particular de su propiedad, en aras de la satisfacción de la utilidad pública o el interés público social. Sin embargo, aquel puede hacerlo, única y exclusivamente cuando le sea reconocido al expropiado una indemnización *justa y previa* al despojo de su bien, esto con el fin de garantizar un proceso equitativo, o mejor, una igualdad de armas entre el Estado y el particular. Con el presente escrito se busca determinar si el Estado, utilizando la figura de la expropiación por motivos de utilidad pública e interés social, respeta o si por el contrario, tiende a vulnerar el derecho de propiedad de un particular.

PALABRAS CLAVES

Expropiación, indemnización, interés social, justicia, previo, propiedad, utilidad pública.

ABSTRACT

The Colombian government is authorized, due to its prerogatives of public power to dispose

* Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes, Francia. Docente e investigador de la Facultad de Derecho del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. alexisramirezarenas@hotmail.com

** Artículo de reflexión, resultado definitivo del proyecto de investigación “La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia”, vinculado a la línea de Investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado, del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

of an individual of its property, for the sake of the satisfaction of the public utility and social interest. Nevertheless, the state can do it, exclusively when it is recognized to the expropriated a right and prior indemnification to the despoliation of his asset, this only with the purpose of to guarantee an equality of conditions between the State and the individual. With the present writing one looks to determine if the State, using the figure of the expropriation by reasons for public utility and social interest, respects or if on the contrary, tends to harm the right of property of an individual.

KEY WORDS

Expropriation, indemnification, social interest, justice, previous, property, public utility.

RESUME

L'État colombien a le pouvoir, grâce à ses prérogatives publiques, de s'approprier de la propriété d'un particulier dans le but de la primauté de l'utilité publique et de l'intérêt social. Cependant, une indemnité juste et préalable doit être accordée pour le propriétaire, cela dans l'intérêt de garantir un procès équitable ainsi que une égalité des armes entre l'Etat et le particulier. Ce travail cherche pouvoir déterminer si l'État, une fois qu'entame une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique ou d'intérêt social, respecte ou non le droit de propriété d'un particulier.

MOTS CLÉS

L'expropriation, l'indemnité, l'intérêt social, le juste, le préalable, la propriété, l'utilité publique.

SUMARIO

Metodología. Metodo. Introducción. 1. La utilidad pública y el interés social: primer requisito de la administración para expropiar. 1.1 La utilidad pública en los postulados y principios del derecho internacional. 1.2 La utilidad pública y el interés social en el derecho de expropiación colombiano. 1.2.1 El derecho de expropiación en la constitución de 1991. 1.2.2 La utilidad pública y el interés social en la legislación colombiana 2. La previa y justa indemnización al expropiado: segundo requisito de la administración para expropiar. 2.1.1 El carácter previo de la indemnización. 2.1.2 Las modalidades del pago de la indemnización. 2.1.2.1 La regla general: un pago mixto de la indemnización. 2.1.2.2 La excepción: el pago de contado y en efectivo de la indemnización. 3. Conclusión. 4. Referencias bibliográficas.

Metodología

Método analítico conceptual, tomando como fuentes: jurisprudencia nacional e internacional, doctrina especializada nacional y comparada.

Método

El presente artículo es un análisis documental con respecto a la figura de la expropiación con indemnización previa de la doctrina correspondiente en derecho comparado

INTRODUCCIÓN

La propiedad es un derecho natural, conocido como un atributo de la personalidad sin el cual es imposible imaginar no solamente el orden económico sino también el sistema político de una sociedad.

La propiedad, menciona el jurista francés CHALLAYE (1967):

Representa el único medio de satisfacción de todas las necesidades materiales y aun de ciertas necesidades espirituales. El deseo de la posesión permanece y ha siempre permanecido en todas o casi todas las conciencias como una acción de primera importancia. Aquel que posee bienes, generalmente se aferra arduamente a éstos; aquel que no los posee, aspira violentamente a poseerlos (pp. 123-124).

Con anterioridad al siglo XVIII, la propiedad había sido considerada como un derecho absolutamente subjetivo, el cual tenía la capacidad de excluir los intereses de terceros y de la misma sociedad. De esta forma, este derecho gozaba de un carácter meramente absoluto, exclusivo y perpetuo. A través del tiempo, la propiedad y el derecho de propiedad fueron evolucionando a la par de los grandes cambios políticos, sociales y económicos que se estaban gestando en el mundo.

Así, luego de considerarse el derecho de propiedad como un derecho meramente absoluto, este fue evolucionando poco a poco, encontrando al paso, el sistema feudal y posteriormente la concepción socialista de la propiedad para llegar al postulado que existe actualmente en la mayoría de los sistemas jurídicos de diferentes países del mundo: un derecho de

propiedad individual y colectivo, sometido a algunas restricciones, con el fin que el Estado pueda garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular.

Los antecedentes más próximos que encontramos en relación con el derecho de propiedad, tal como lo concebimos actualmente, se registran a partir del siglo XVIII con la Revolución francesa. “*El derecho de propiedad y aun el culto mismo de la propiedad, se encuentran arraigados a los [grandes principios de 1789], explícitamente en la famosa Declaración del 26 de agosto de 1789*” (SICARD, 1989, actes du colloque de Toulouse).

Las restricciones que imponen los diferentes sistemas jurídicos actuales al derecho de propiedad, están inspirados en la Declaración de los derechos del hombre de 1789 (HAROUËL, 2000). Sin embargo, cabe destacar que Montesquieu había ya invocado con anterioridad tales restricciones:

“Como los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir bajo leyes políticas, estos han renunciado igualmente a la comunidad natural de bienes para vivir bajo las leyes civiles. Las primeras leyes les dan la libertad; las segundas, la propiedad” (Libro XXVI, capítulo 15); a pesar de esta afirmación de principio, CHALLAYE (1967) estipula:

“Montesquieu tiende a restringir particularmente el rol que la sociedad debe ejercer sobre las propiedades... Montesquieu solicita como lo reclamaría más tarde la Revolución francesa, que el Estado indemnice particularmente a aquel que se le ha sustraído una parte de sus bienes, en pro del interés general: Lo público es en esta perspectiva, como un particular que trata con otro particular” (p. 75-76).

En consecuencia, el derecho de propiedad es interpretado hoy en día, como un derecho fundamental de todo ser humano, el cual debe ser protegido y respetado por el Estado, en la medida en que éste haya sido adquirido legalmente; no obstante, éste puede sufrir algunas restricciones, especialmente cuando existen motivos de *utilidad pública* o de *interés social*, a condición que exista una *justa y previa* indemnización. Ahora bien, en el sistema jurídico colombiano, este derecho puede igualmente ser restringido cuando la propiedad ha cesado de cumplir la función social de que habla la Constitución Política de 1991 (Constitución Política de Colombia de 1991, art. 58, al. 2)¹.

En este orden de ideas, la restricción al derecho de propiedad puede ser invocada por el Estado, a condición que exista un proceso equitativo, o como bien lo estipula la Convención interamericana sobre derechos humanos, una “*igualdad de armas*” entre el titular del derecho de propiedad y el Estado². Esta igualdad relativa se ve vulnerada por la posición o poder dominante del estado sobre el ciudadano de algún modo se podría comparar esta posición como ocurre en las cláusulas

exorbitantes de la contratación estatal, respecto del tema. GUECHA MEDINA (2007. Pág. 127) “Respecto de las cláusulas axorbitantes el concepto de igualdad de las partes desaparece en la medida en que una de ellas es pública y esta en un plano de desigualdad superior frente al administrado que interviene en el contrato y a la cual le otorgan una serie de prerrogativas. Esto significa entre otras cosas, que para que exista una tal restricción, deben reunirse ciertos requisitos; primeramente, la constatación de una *necesidad pública* o de un *interés social*, para que el Estado pueda subordinar el interés particular al general; segundo, que el propietario tenga el derecho de *controvertir* las decisiones tomadas por las diferentes autoridades a lo largo de ese procedimiento de cesión forzada y tercero, que el propietario o expropiado tenga el derecho de recibir una *previa y justa* indemnización que compense el daño causado por el Estado.

En lo que concierne al derecho de expropiación colombiano, nuestro país ha reconocido como principio esencial y fundamental en nuestro sistema económico el derecho de propiedad.³

1 Art. 58, alinea 2 de la Constitución Política de 1991: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

2 Art. 8-1 de la Convención interamericana sobre derechos humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Art. 25-1, *ibidem*: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

3 La Corte Constitucional ha expuesto, en varias ocasiones, la historia del derecho de propiedad en relación con los mecanismos de expropiación y extinción del dominio. Ver particularmente las decisiones: CC, 10 de mayo de 2005; ref.: C-474, actor: Carlos Alberto Hernández, asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 128 de la ley 769 del 6 de agosto de 2002 (Código Nacional de Transporte), Magistrado: Humberto Antonio Sierra Porto; CC, 28 de agosto de 2003; ref.: C-740, actor: Pedro Pablo Camargo, asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 793 del 27 de diciembre de 2002 (ley de extinción del dominio), Magistrado: Jaime Córdoba Triviño.

La historia de la propiedad y los modos de adquisición forzada de la misma, comienzan en Colombia durante el período colonial. En esta época, las primeras expropiaciones estaban relacionadas con las luchas que se hacían a favor de la independencia. Los textos constitucionales pregonaban la problemática de la expropiación desde la primera Constitución colombiana de 1811, en la cual fue reconocido igualmente el principio de indemnización.

Luego, nuestro ordenamiento jurídico reconoció la primacía del interés general y, por consecuencia, estableció la posibilidad de que el Estado pueda apropiarse de ciertos bienes, cuando existan motivos de necesidad pública. Desde entonces, la legislación permite privar a un particular de una porción o de la totalidad de sus bienes, mediante el reconocimiento de una indemnización.

Posteriormente, las Constituciones provinciales de Antioquia, de Cundinamarca y de Cartagena de 1812, del Estado de Mariquita de 1815 y de la República de Colombia de 1821, entre otras⁴, adoptaron declaraciones muy parecidas, todas siendo frutos de las disposiciones consagradas en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Ahora bien, la Constitución de la República de Colombia de 1830 fue la primera en haber invocado el concepto

de “*interés público*”, como motivo *sine qua non* para decretar una operación de expropiación.

Hasta este momento las únicas restricciones existentes al derecho de propiedad, por parte del Estado eran la expropiación y la confiscación⁵.

En lo que respecta a la expropiación, este modo de adquisición de la propiedad es, en adelante – después de que sea prohibida la confiscación (1830) –, el único instrumento que le queda al Estado, para restringir la propiedad privada, cuando existen motivos de necesidad pública.

En ese momento la figura de la expropiación no estaba tan desarrollada como la que podemos encontrar actualmente en nuestra legislación. De hecho, la necesidad pública invocada en ese entonces era la razón de Estado para expropiar, sin que nadie pudiese constatar si esta existía o no.

La Constitución de 1886, había establecido expresamente el principio de la prevalencia del interés público y había igualmente mantenido la posibilidad de decretar la expropiación por graves motivos de utilidad pública⁶, previamente definidos por el legislador y con reconocimiento de una justa indemnización⁷.

Resulta de gran importancia mencionar las reformas constitucionales

4 Constitución Política de la República colombiana del 5 de mayo de 1830, Constitución Política del Estado de la Nueva Granada del 29 de febrero de 1832, Constitución de la República de la Nueva Granada del 8 de mayo de 1843, Constitución Política de la Nueva Granada del 20 de mayo de 1853, Constitución política de la Confederación Granadina del 22 de mayo de 1858, Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia del 8 de mayo de 1863, también llamada la Constitución de Río Negro, Constitución colombiana del 5 de agosto de 1886 y Constitución Política de Colombia del 4 de julio de 1991.

5 La figura de la confiscación fue derogada con la promulgación de la Constitución de 1830, a partir de este momento la dicha pena está prohibida en Colombia.

6 La Constitución de 1886 llamó a la figura de expropiación, “venta forzada”.

7 Ver artículo 30 de la Constitución colombiana de 1886.

de 1905⁸ y 1936⁹. En efecto, estas reformas habían, de una parte, autorizado al Estado a expropiar sin la obligación de alguna indemnización para el expropiado “*expropiación por motivos de equidad*” y, de otra parte, había creado un nuevo mecanismo de adquisición forzosa de la propiedad, en la cual el Estado puede apropiarse de bienes del dominio privado y aun de los bienes del dominio privado del Estado (RAMÍREZ, 2010), sin la obligación de compensar a sus propietarios. Este nuevo instrumento, llamado “*extinción del derecho de dominio*” había sido creado con el fin de sancionar todo propietario rural que no proporcionara a su propiedad la función social requerida.

En la actualidad, además de ese motivo, existe también el hecho de sancionar a los propietarios de bienes que hayan sido adquiridos ilícitamente o que hayan recibido una utilización equivalente¹⁰.

La reforma de 1936 había traído consigo entonces, la expropiación por motivos de equidad así que la privación de la propiedad por motivos del incumplimiento, por el propietario, de la función social requerida por la Constitución, las dos teniendo por consecuencia la pérdida del derecho de propiedad sin la mediación de algún tipo de indemnización.

Sin ninguna duda, estos dos modos de privación forzosa, son la influencia directa del pensamiento del profesor francés LEÓN DUGUIT (2008), la cual pregona que

toda propiedad debe cumplir una función social *so pena* que el propietario sea sancionado. Sin embargo, el constituyente y más exactamente el legislador y la jurisprudencia colombiana, han hecho una inexacta interpretación de esta teoría, ya que si bien se evoca una sanción para el propietario, esta no debe ser interpretada como la pérdida de la propiedad sin el reconocimiento de una indemnización para su titular.

Es importante recordar que la reforma constitucional de 1936 creó igualmente el concepto de “*interés social*” como motivo para expropiar. Así, a la utilidad pública se añade el interés social. Este último fue creado con el fin de expropiar los bienes de tipo agrario, para poder ser luego distribuidos entre los campesinos de bajos recursos.

El interés social, como motivo para expropiar, ha sido concebido por la mayoría de los países latinoamericanos, como la forma más adecuada para que el Estado pueda restringir el derecho de propiedad con el fin de distribuir la tierra entre los campesinos más necesitados, permitiendo de un lado, que estos la exploten y del otro, que la tierra no sea poseída única y exclusivamente por los grandes terratenientes.

En efecto, el interés social como motivo de expropiación ha sido reglamentado por diferentes Constituciones de países latinoamericanos, tales como Brasil¹¹,

8 La reforma constitucional N°. 6 del 5 de abril de 1905 declaró, entre otras, la posibilidad de expropiar sin necesidad de indemnización.

9 La reforma constitucional n°1 del 5 de agosto de 1936 modificó en varios dominios, la Constitución de 1886, especialmente en lo que hace referencia a la expropiación sin indemnización, llamada igualmente “*expropiación por motivos de equidad*” y a la creación de la figura de la “*extinción del derecho de dominio*”.

10 Esta nueva figura fue creada por la Constitución de 1991, y regulada por la ley 333 del 19 de diciembre de 1996, el decreto legislativo 1975 del 3 de septiembre de 2002, la ley 793 del 27 de diciembre de 2002 y la ley 1330 del 17 de julio de 2009.

11 Capítulo I, título II, art. 5-XXIV de la Constitución brasilera de 1988.

Ecuador¹², Paraguay¹³ y Venezuela¹⁴. En cuanto a la América central, casi la totalidad de las Constituciones de esos países hacen referencia al interés social; a título de ejemplo, Cuba¹⁵, el Salvador¹⁶, Guatemala¹⁷ (beneficio social), Nicaragua¹⁸, Panamá¹⁹ y República Dominicana²⁰.

En cuanto a Perú, este había igualmente reglamentado el interés social en las Constituciones de 1933 y 1979. No obstante, el constituyente de 1993 suprimió dicho motivo, ya que este permitía de alguna manera la expropiación a favor de ocupantes de hecho, situación que desnaturalizaría la institución de la expropiación (AVENDAÑO, 2009).

Finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente colombiana de 1991 consagró, bajo los artículos 58²¹ y 59²² de la actual Constitución, el régimen jurídico actual de la expropiación.

En lo concerniente a la extinción del derecho de dominio, como sanción por el incumplimiento de la función social de la propiedad, no ha sido regulada expresamente por vía constitucional sino por vía legal²³.

Con el fin de saber si el derecho de expropiación en Colombia vulnera o no el derecho de propiedad, es necesario

conocer, de una parte, los lineamientos generales que ha trazado el derecho internacional a este respecto así que las directrices relativas a la expropiación en el derecho colombiano, destacando en particular los motivos de utilidad pública y de interés social, como primer fundamento para que la administración pueda expropiar (A); posteriormente, analizaremos el segundo fundamento *sine qua non* en una operación de expropiación: la justa y previa indemnización, sin la cual, la administración no se puede arrojar la privación de la propiedad privada (B).

1. La utilidad pública y el interés social: primer requisito de la administración para expropiar

Sin ninguna discusión, para poder hablar del derecho de propiedad y del derecho de expropiación en el mundo, debemos tomar como punto de referencia, o mejor, como documento maestro la famosa Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la cual trae consigo, bajo los postulados del artículo 17, que la restricción al derecho de propiedad puede darse única y exclusivamente a la existencia de una necesidad pública y de una indemnización para aquel que ha sido privado de su propiedad.

12 Art. 33 de la Constitución ecuatoriana del 5 de junio de 1998.

13 Art. 109, al. 3° de la Constitución paraguaya del 20 de junio de 1992.

14 Art. 115 de la Constitución venezolana del 17 de noviembre de 1999.

15 Art. 25 de la Constitución cubana de 1940.

16 Art. 106, al. 1° de la Constitución salvadoreña de 1983.

17 Art. 40, al. 1° de la Constitución guatemalteca de 1985.

18 Art. 44, al. 2° de la Constitución nicaragüense del 9 de enero de 1987.

19 Art. 45, al. 2° de la Constitución panameña de 1972.

20 Art. 51-1° de la Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010.

21 El artículo 58 de la Constitución de 1991 prevé el derecho de propiedad y el derecho de expropiación.

22 El artículo 59 de la Constitución prevé la expropiación en caso de guerra.

23 A partir de la reforma constitucional de 1936, la Constitución de 1886 preveía que la propiedad es una función social que implica obligaciones. En cuanto a la actual Constitución, se añade que una función ecológica es inherente a aquella.

1.1 La utilidad pública en los postulados y principios del derecho internacional

Las diferentes declaraciones internacionales disponen al respecto de la propiedad privada; no obstante, hacen valer igualmente la subordinación existente entre el interés privado y el interés general, así que la prevalencia de una utilidad pública constatada.

En efecto, el artículo 17 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el artículo 17 dispone:

“Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa”²⁴.

Con posterioridad, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 consagra:

1. *“Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectiva”.*
2. *“Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”²⁵.*

Finalmente, el artículo 21-1 de la Convención interamericana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 consagra:

1. *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”²⁶.*

2. *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”²⁷.*

3. *“...”*

Estas disposiciones de orden internacional hacen valer el derecho de propiedad como uno de los derechos más importantes de la persona y no es para menos, ya que este se encuentra íntimamente vinculado a derechos vitales del ser humano, como al de la vida, la dignidad humana, la familia, la libertad, el trabajo, etc.

Si bien es cierto que estas declaraciones disponen sobre la propiedad individual, también es cierto que fijan ciertas restricciones a la misma. Así, para que el Estado pueda apropiarse de un bien de propiedad de un particular deben darse ciertos supuestos.

El primero de ellos, que se constate una *utilidad pública*, también conocida por algunas legislaciones como *necesidad pública* o un *interés social* a satisfacer. Estos motivos son indispensables, sin los cuales el Estado no podría proceder a iniciar una expropiación.

El segundo supuesto al cual hacen referencia los textos en mención, es la indemnización que se debe dar al propietario, o mejor, al expropiado²⁸.

Estos son los únicos requisitos que le dan la facultad al Estado de que por medio

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Somos nosotros quienes subrayamos.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Somos nosotros quienes subrayamos.*

²⁸ *Este segundo requisito indispensable a la administración, para expropiar será tratado en la segunda parte de nuestro trabajo. Cf. Infra, p. 14.*

de su poder exorbitante pueda disponer de un bien privado en aras de satisfacer los intereses de la colectividad. Son estos y no otros.

De esta forma, encontramos reglamentado el marco general del derecho de expropiación en las Declaraciones de 1789 y 1948 así que en la Convención interamericana de derechos humanos de 1969. Después cada Estado es autónomo para desarrollar esta figura, respetando bien evidentemente, los criterios generales mencionados en los principios generales del derecho internacional.

En el derecho internacional encontramos una figura que al igual que la expropiación limita de algún modo el derecho real a la propiedad, tal y como lo recuerda ARIAS, GARCÍA (2008, pág. 38) “La figura de la ENFITEUSIS: opera en el código civil francés como la posibilidad de gozar un preio ajeno, es trasmitible por causa de muerte”

1.2 La utilidad pública y el interés social en el derecho de expropiación colombiano

La regulación del derecho colombiano se ha fundamentado, como en la mayoría de los sistemas jurídicos, primeramente en el texto constitucional, que a su vez ha sido reglamentado por vía legal e interpretada continuamente por vía jurisprudencial.

La utilidad pública y el interés social en una operación de expropiación no son la excepción y por ello, la Constitución, la ley y la jurisprudencia han regulado e interpretado estos motivos según las exigencias que demanda la sociedad en un Estado social de derecho como el nuestro.

1.2.1 El derecho de expropiación en la Constitución de 1991

El derecho de propiedad y de expropiación en Colombia se encuentran regulados actualmente bajo los artículos 58 y 59 de la Constitución Política de 1991. Estos dos artículos marcan los derroteros de la operación de expropiación. Es por ello que nos parece necesario conocer esta normatividad, con el fin de introducirnos en las bases constitucionales de este tipo de operación.

Artículo 58 de la Constitución Política de 1991

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

“El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”.

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará

consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

“Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara²⁹. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”³⁰.

El artículo 58 de la Constitución de 1991 reprodujo casi en los mismos términos la disposición que se encontraba en la anterior Constitución de 1886 y sus reformas, especialmente la de 1936.

Las únicas novedades que se introdujeron a la disposición de la nueva Carta constitucional fue: la posibilidad de expropiar por la vía administrativa, con el fin de acelerar dicha operación, para ello, el Estado debe entrar a demostrar motivos de urgencia; la mención de que la propiedad debe no solamente cumplir una función social sino también ecológica, esta última, siendo la consecuencia de todo un proceso en pro del medio ambiente que se venía gestando en los años noventa y que fue un elemento clave en la actual Constitución.

Posteriormente, apareció la reforma constitucional de 1999³¹, la cual eliminó del precepto constitucional el último párrafo

del artículo 58, toda vez que el hecho de expropiar sin indemnización causaba problemas para la inversión nacional y extranjera, así lo hizo ver el constituyente en ese momento sobre todo, cuando el país buscaba estrechar relaciones económicas con otros países.

Igualmente, fue eliminado lo referente a la imposibilidad de poder controvertir las razones de equidad (en la expropiación por motivos de equidad) así que los motivos de utilidad pública o de interés social (en la expropiación ordinaria).

Esto quiere decir que a partir de 1999 y hasta nuestros días, toda operación de expropiación, llámese administrativa o judicial, debe ser acordada, siempre y cuando sean invocados los motivos que la justifiquen y siempre que medie el reconocimiento de una indemnización para el expropiado.

Por su parte, el artículo 59 de la Carta constitucional colombiana dispone:

“En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización”.

“En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

Este artículo fue igualmente una transcripción casi textual del artículo 33 de la Constitución de 1886. Este tipo de expropiación es excepcional.

29 *Es necesario recordar que la posibilidad de una expropiación sin indemnización fue instituida en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma constitucional de 1936. La ausencia de indemnización se aplicaba excepcionalmente en los casos de construcciones de vías de comunicación o de transportes donde el propietario del terreno a expropiar resultaba beneficiado con la plusvalía que adquiría la otra parte de su terreno que no había sido expropiada.*

30 *Este último párrafo de la norma desapareció de la Constitución, mediante el acto de reforma constitucional n°1 del 30 de julio de 1999.*

31 *Acto de Reforma constitucional N° 1 del 30 de julio de 1999.*

A partir de 1999, se genera entonces, un cambio radical en cuanto al derecho de expropiación en Colombia, ubicando este tipo de operación en concordancia con los principios generales del derecho internacional a este respecto. Sin embargo y a pesar del esfuerzo que se hizo, la realidad evidencia que las expropiaciones hechas en Colombia generan, en muchos casos el debilitamiento del derecho de la propiedad privada, tal como lo podremos analizar en la segunda parte de nuestro escrito.

1.2.2 La utilidad pública y el interés social en la legislación colombiana

Si bien es cierto que en la actualidad no existe ninguna prohibición de controvertir o impugnar los motivos de utilidad pública o de interés social, también es cierto que estos se encuentran tipificados taxativamente en la ley y que por ende basta solo a la administración de invocar alguno de ellos para poder expropiar, siendo difícil de

poder entrar a controvertir tales motivos. De hecho, cabe recordar, que no conocemos ninguna decisión donde algún Tribunal haya estatuido al respecto.

En tratándose de la expropiación por vía judicial, los motivos se encuentran taxativamente señalados en el artículo 10 de la ley 9 del 11 de enero de 1989³², en lo concerniente a la expropiación por vía administrativa, el artículo 63 de la ley 388 del 18 de julio de 1997 expone igualmente los motivos de utilidad pública o de interés social permitiendo recurrir a dicha expropiación.

Ahora bien, contrariamente a lo que se podría imaginar los motivos en la expropiación administrativa, nos son “excepcionales” o de “urgencia”, como lo quiso ver el constituyente de 1991 al momento de su creación; todo lo contrario, esta norma retoma diez de los trece casos enumerados para expropiar por vía judicial.

32 El artículo 10 de la ley 9 del 11 de enero de 1989, modificado por el artículo 58 de la ley 388 del 18 de julio de 1997 consagra los motivos de utilidad pública en caso de una expropiación por vía judicial, para los siguientes efectos:

- a) Ejecución de planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificado;
- b) Ejecución de planes de vivienda de interés social;
- c) Preservación del patrimonio cultural, incluidos el histórico y el arquitectónico en zonas urbanas y rurales;
- d) Constitución de zonas de reserva para el desarrollo y crecimiento futuro de las ciudades;
- e) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y de los recursos hídricos;
- f) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los campos de la salud, educación, turismo, recreación, deporte, ornato y seguridad;
- g) Ejecución de proyectos de ampliación, abastecimiento, distribución, almacenamiento y regulación de servicios públicos;
- h) Sistemas de transporte masivo de pasajeros, incluidas las estaciones terminales e intermedias del sistema;
- i) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades a las cuales se refiere el artículo 11 de la presente Ley, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta;
- j) Ejecución de obras públicas;
- k) Provisión de espacios públicos urbanos;
- l) Programas de almacenamiento, procesamiento y distribución de bienes de consumo básico;
- ll) Legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales;
- m) Reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo y rehabilitación de inquilinatos;
- n) Ejecución de proyectos de urbanización o de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificados, y
- o) Ejecución de proyectos de integración o readaptación de tierras.

En cuanto a la expropiación por vía administrativa, la ley recoge casi la totalidad de los motivos de la expropiación por vía judicial, a la excepción de tres de ellos que no los toma.

En ese orden de ideas la expropiación por vía administrativa no podrá ser decretada por los siguientes motivos:

1. Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los campos de la salud, educación, turismo, recreación, deporte, ornato y seguridad;
2. Ejecución de proyectos de ampliación, abastecimiento, distribución, almacenamiento y regulación de servicios públicos;
3. Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades a las cuales se refiere el artículo 11 de la presente Ley, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta.

Las razones del porqué en estos casos no se tramita la expropiación por vía administrativa no se han dilucidado, lo cierto si es, que la administración debe demostrar una situación de “urgencia” para poder expropiar.

Para esto, la ley utiliza ciertos criterios con el fin de declarar la “urgencia”, de acuerdo con el motivo de utilidad pública o de interés social que se invoca, estos criterios son los siguientes:³³

1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional.
2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio.
3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la

excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra.

4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.

Como se puede apreciar, los criterios de urgencia que da la ley son muy vastos y por ende, la administración puede proceder a una operación de expropiación administrativa, argumentando cualquier pretexto, sin comprobarse verdaderamente si existe o no una tal situación.

De esta manera, se puede constatar que no existe, prácticamente ninguna diferencia entre los motivos de utilidad pública o de interés social para expropiar por vía judicial y los motivos de utilidad pública o interés social para expropiar por vía administrativa. Esto denota que la ejecución de una u otra operación por la administración es casi totalmente discrecional.

De otra parte, es necesario precisar que en el procedimiento de expropiación por vía judicial, existe la intervención necesaria de dos autoridades del Estado.

En primera medida, la de la administración, quien es la que debe evocar el motivo de utilidad pública o de interés social para poner en marcha la operación de expropiación. En segunda instancia, el juez civil, quien debe determinar, de un lado, el lleno de los requisitos exigidos a la administración para poder expropiar, del otro, la transferencia del bien expropiado a la administración y en última medida, el

33 Artículo 65 de la ley 388 del 18 de julio de 1997.

reconocimiento de una indemnización para el expropiado.

En la etapa meramente administrativa, la administración deberá intentar una negociación con el propietario del bien objeto de la expropiación; si ésta es fallida, la administración se arroga, gracias a su poder exorbitante, la facultad de continuar con el procedimiento y llevarlo a conocimiento del juez competente, para que éste decida si la expropiación puede o no ser decretada.

Al contrario, en tratándose de la expropiación por vía administrativa, la administración no debe necesariamente llevar a conocimiento de un juez su decisión de expropiar, basta solamente con que la conciliación sea fallida para que esta pueda proceder a decidir sobre la expropiación (transferencia de la propiedad a la administración e indemnización para el expropiado). La intervención de un juez es posible, únicamente si el expropiado así lo solicita (Ley 388 de 1997, art. 68).

Es por esta razón que la administración prefiere acogerse a la expropiación administrativa, ya que aquí no existe, en principio, la intervención de ningún juez, sino simplemente la suya.

La práctica muestra que la administración tiende a declarar en las operaciones de expropiación un criterio de urgencia, con el fin de poder acceder a la propiedad privada de una manera mucho más rápida, si el expropiado opta por no solicitar la intervención del juez competente para que le estudie su caso (Ley 388 de 1997, art. 68).

La expropiación por vía administrativa es un mecanismo útil y ágil en la búsqueda del interés general o social, pero para ello, la administración debe, a nuestro sentir, ir

más allá de la sola declaración de urgencia y demostrar que esta existe efectivamente y que por ello la expropiación debe darse por esta vía y no por la judicial, la cual, como lo hemos insistido, requiere de la intervención obligatoria del juez.

Fue clara la intención del constituyente al crear la expropiación por vía administrativa: imprimirle rapidez a una operación de este tipo, con el fin de dar una respuesta oportuna a una necesidad pública o a un interés social latente.

Ahora bien, el juez en la expropiación judicial o administrativa (cuando se da su intervención), no entra a verificar en realidad, – aun si está autorizado para hacerlo –, sobre la utilidad pública o el interés social a satisfacer por medio de la operación de expropiación. Este se limita única y exclusivamente a la transferencia del bien y al reconocimiento de la indemnización.

La razón del juez de no oponerse a los motivos de utilidad pública o de interés social esgrimidos por la administración, es sin ninguna duda, con el fin de no perturbar u obstaculizar la razón de Estado.

No obstante, y a pesar del esfuerzo que hizo el constituyente del 91; la legislación y la jurisprudencia han interpretado, en ciertos casos, la consagración constitucional de la expropiación de una manera *sui generis*, convirtiéndola, en un instrumento que debilita el derecho de propiedad.

2. La previa y justa indemnización al expropiado: segundo requisito de la administración para expropiar

La indemnización constituye la garantía que se le debe reconocer al expropiado que ha debido, por motivos de

utilidad pública o de interés social, ceder su bien a la autoridad expropiante.

Es gracias a la indemnización, que el expropiado podrá encontrar las mismas o similares condiciones que tenía antes de que el Estado decidiera ejercer una operación de expropiación en su contra.

Si bien es cierto que el derecho de la expropiación en Colombia supone entre otras, la existencia de una *previa y justa* indemnización para el expropiado, la ley y la jurisprudencia han hecho de este derecho una interpretación inexacta a este principio, desafiando en veces, las Declaraciones y Tratados internacionales y aun la misma Constitución.

Por su parte, la Corte Constitucional ha mal interpretado, en nuestra concepción, los conceptos de “justicia” (justo) y de “oportunidad” (previo), en lo referente a la indemnización en el caso de una expropiación.

Para dar cabida a nuestra interpretación, analizaremos de un lado, el carácter “previo” de la indemnización y del otro, las modalidades que utiliza la administración en el reconocimiento de la misma, para determinar si el pago de la indemnización resulta “justo” con respecto al daño que se le ha causado al expropiado.

2.1 El carácter previo de la indemnización

La indemnización constituye uno de los elementos *sine qua non* de una operación de expropiación, sin esta, la administración no puede llevar a cabo su cometido de expropiar, aun si la utilidad pública y el interés social están plenamente demostrados.

La competencia de fijar la indemnización corresponde, en la expropiación judicial, al juez ordinario y en la expropiación administrativa, en principio, a la misma administración y eventualmente al juez administrativo.

Son estas, las autoridades que tienen la tarea de fijar el monto de la indemnización, que en términos de la misma Constitución, debe ser justo y previo y con anterioridad a la transferencia del dominio.

Para analizar el carácter previo de la indemnización es indispensable, estudiar al mismo tiempo, el momento en que se transfiere el bien expropiado a la administración.

La Corte Constitucional ha expresado en varias ocasiones, sobre el carácter “previo” de la indemnización³⁴, sin hacer casi nunca referencia al momento preciso en el cual esta debe ser pagada. Existe una sola decisión en la cual la Corte

34 CC, 18 de enero de 1993; ref.: C-006; Actor.: Alberto Hernández; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad del artículo 296 del Decreto-ley 2655 de 1998 (Código de Minas) et del artículo 1-4°-10° de la ley 57 de 1987; Magistrado: Eduardo Cifuentes Muñoz; CC, 22 de febrero de 1993; ref.: C-060; Asunto: Revisión constitucional del Decreto 1942 del 30 de noviembre de 1992; Magistrado: Fabio Morón Díaz; CC, 25 de agosto de 1994; ref.: C-370; Asunto: Revisión constitucional del Decreto 1185 del 10 de junio de 1994; Magistrado: Fabio Morón Díaz; CC, 1 de septiembre de 1994; ref.: C-389; Actor: Luis Gabriel Moreno; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad del artículo 62 (parcial) de la ley 81 del 2 de noviembre de 1993; Magistrado: Antonio Barrera Carbonell; CC, 10 de octubre de 1996; ref.: C-531; Actor: Darío Torregrosa; Asunto: Acción de inconstitucionalidad del artículo 16 (parcial) de la ley 1ª del 10 de enero de 1991; Magistrado: José Gregorio Hernández; CC, 1 de abril de 1998; ref.: C-127; Actor: Luis Eduardo Montoya; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad del artículo 22 (parcial) de la ley 9 del 11 de enero de 1989 y del artículo 70 (parcial) y 71 (parcial) de la ley 388 del 18 de julio de 1997; Magistrado: Jorge Arango Mejía; CC, 6 de mayo de 1998; ref.: C-192; Actor: José Eurípides Parra y otro; Asunto: Demande de inconstitucionalidad del artículo 8 (parcial) de la ley 258 del 17 de enero de 1996; Magistrado: José Gregorio Hernández.

Constitucional exige que la indemnización se realice en forma previa a la transferencia del derecho de propiedad.³⁵

Así, para la Corte Constitucional: “*La indemnización tiene pues un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad de expropiar: su carácter preventivo, constituido por la indemnización previa. En efecto, la transferencia de la propiedad no puede producirse sin que previamente se haya pagado la indemnización*” (Somos nosotros quienes subrayamos)³⁶.

La sola excepción concierne la expropiación en caso de guerra³⁷. Sin embargo, la Corte Constitucional se contradice haciendo valer de una parte, la existencia de la “previa” indemnización, como requisito de legitimidad para expropiar y de otra parte, aceptando al mismo tiempo el pago de esta en cuotas diferidas y con otros medios de pago diferentes al dinero en efectivo.

Cabe anotar que en el derecho de la expropiación colombiana existe igualmente

la figura de la entrega anticipada del inmueble a expropiar, cuando a criterio de la administración, esta es necesaria “urgente”, con el fin de satisfacer rápidamente la utilidad pública o el interés social invocado³⁸.

Para esto, el juez es la autoridad competente para decidir si se le debe o no entregar el bien en forma anticipada a la administración.

A este respecto, un ciudadano demandando de la Corte Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que regula la entrega anticipada del bien (art. 63 #2 de la ley 388 del 18 de julio de 1997), haciendo valer que la dicha disposición iba en contra de los postulados del artículo 58 de la Constitución de 1991³⁹, ya que cuando el particular debía entregar su bien de una manera anticipada, había la pérdida de su propiedad sin que mediara una previa indemnización, tal como lo ordena el precepto constitucional.

35 CC, 24 de marzo de 1994; ref.: C-153; Actor: Pedro Yances Salcedo; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad del artículo 457 del Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970 (JO N°. 33150 del 21 de septiembre de 1970); Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

36 Op. cit. CC, 24 de marzo de 1994; ref.: C-153; Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

37 El artículo 59 de la Constitución Política de 1991 dispone: “En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización”
“...”

38 Artículo 63 #2 de la ley 388 del 18 de julio de 1997: “La entidad demandante tendrá derecho a solicitar al juez que en el auto admisorio de la demanda se ordene la entrega anticipada del inmueble cuya expropiación se demanda, siempre y cuando se acredite haber consignado a órdenes del respectivo septiembre de 1970); Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

Somos nosotros quienes subrayamos

Op. cit. CC, 24 de marzo de 1994; ref.: C-153; Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

El artículo 59 de la Constitución Política de 1991 dispone: “En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización”

“...”

Artículo 63 #2 de la ley 388 del 18 de julio de 1997: “La entidad demandante tendrá derecho a solicitar al juez que en el auto admisorio de la demanda se ordene la entrega anticipada del inmueble cuya expropiación se demanda, siempre y cuando se acredite haber consignado a órdenes del respectivo juzgado una suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) del avalúo practicado para los efectos de la enajenación voluntaria”.

39 CC, 4 de diciembre 2002; ref.: C- 1074; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 9 de 1989 y 388 de 1997, entre otros; Actor: Omar E. Borja; Magistrado: Manuel José Cepeda.

En términos del demandante, la entrega anticipada del bien sin una previa indemnización, constituye un abuso de la posición dominante frente a la debilidad manifiesta del expropiado.

Por su parte, la Corte Constitucional admitió la constitucionalidad de la norma en cuestión, tomando como referencia otra decisión⁴⁰ que con anterioridad ya había revisado y donde otro ciudadano había pretendido que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 457 del Código de Procedimiento Civil⁴¹.

Artículo 457 del C.P.C. “*Entrega anticipada de inmuebles. La entrega de los inmuebles podrá hacerse antes del avalúo, cuando el demandante así lo solicite y consigne a órdenes del juzgado, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un cincuenta por ciento*”.

La Corte Constitucional expone en su fallo: “*La entrega anticipada del inmueble no es a título traslativo de dominio sino a título de tenencia*⁴². Luego no se viola aquí -como lo pretende el actor- sino que se protege el derecho de propiedad, pues la expropiación exige la indemnización previa a la transferencia del derecho de dominio, más no la indemnización previa a la entrega de la tenencia de la cosa⁴⁵”... “*La entrega anticipada no es entonces un mecanismo que anticipa los efectos de una eventual sentencia judicial sino que la petición de entrega es una medida cautelar, por razones de utilidad pública o interés social, bajo el supuesto de que la persona cuyo bien ha sido expropiado va a recibir una indemnización justa y previa al traspaso del dominio*”... “*No le asiste pues razón al actor*

cuando afirma que [la garantía ni siquiera compensa el valor comercial del inmueble], ya que la consignación que se ordena realizar en el artículo 457 del código de procedimiento civil no es el pago del precio debido por la transferencia del dominio del bien -como quiera que para entonces es una entrega de la tenencia-, sino una simple garantía que demuestra el compromiso del Estado de generar confianza en el futuro pago del precio, cuando el bien sea efectivamente tramitado, con base en el principio constitucional de la buena fé (art. 83)”.

Si bien es cierto que la entrega es a título de ocupación y no de transferencia del dominio, también es cierto que el dinero que la administración debe depositar a órdenes del juez o tribunal respectivo, queda en una cuenta, en espera de que sea proferida la decisión ordenando la expropiación, dejando al expropiado sin su bien y sin su indemnización, ya que esta solamente le será entregada, una vez sea decidida la expropiación y por ende, la transferencia del bien. Palabras más, palabras menos, surge para el expropiado un detrimento en su patrimonio toda vez que este debe, en tratándose de un bien del cual recibe un arriendo para su sustento por ejemplo, recurrir a otros medios de subsistencia, mientras el juez decide sobre la expropiación, para que le sea entregada la indemnización a la cual tiene derecho. Sin que siquiera exista la atribución de una indemnización especial o complementaria por este hecho.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha dicho al respecto que cuando la entrega anticipada del bien pertenece a un bien único y actual, esta situación se debe equiparar como cuando la administración

40 Op. cit. CC, 24 de marzo de 1994; ref.: C-153; Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

41 La Corte Suprema de Justicia ya había reconocido la constitucionalidad de este artículo, mediante la decisión del 27 de junio de 1978 en Sala Plena.

42 Las negrillas son de la Corte Constitucional.

43 Las negrillas son de la Corte Constitucional.

expropia un bien bajo el régimen de “afectación a vivienda familiar” el cual, en principio, es inalienable e inembargable y que únicamente puede ser expropiado por causa de utilidad pública o de interés social y bajo el supuesto de que la indemnización sea reconocida y pagada con anterioridad a la transferencia del bien, en un solo contado y en dinero en efectivo; esto con el fin que la familia no sufra ningún detrimento en su patrimonio⁴⁴.

Pero la pregunta va más allá, si bien la entrega anticipada de un bien único y actual se compara a la expropiación de un bien afectado a vivienda familiar, en ambos casos la indemnización total y en dinero en efectivo se recibe al momento de la transferencia y no al momento de la ocupación (en tratándose de la entrega anticipada del bien), entonces ¿qué pasa durante el lapso que se genera entre estas dos situaciones?, el cual puede durar un tiempo considerable. ¿A caso no hay detrimento para el “propietario” del bien?, y decimos del propietario del bien, ya que no se puede hablar del expropiado, porque en ese momento no ha habido todavía expropiación como tal, sino una mera ocupación. ¿Por qué entonces no existe una indemnización especial o complementaria para el propietario, como consecuencia de la entrega anticipada del bien, que le ayude a compensar el detrimento del cual se ha visto afectado?

A título de ejemplo, en el derecho francés de la expropiación, la transferencia de la propiedad se realiza, por vía judicial o por vía de un acuerdo amigable; la transferencia se ordena – a diferencia de la expropiación en derecho colombiano –, antes del pago de la indemnización. No obstante, el expropiado no pierde la posesión de su bien hasta tanto la indemnización no le sea pagada.

De esta forma, el expropiado no corre ningún riesgo, porque aun si la transferencia se ordena con antelación al pago de la indemnización, la administración no tiene el derecho de tomar posesión del bien hasta cuando se materialice el pago de la misma.

Ahora bien, en el derecho francés existe igualmente la posesión anticipada del bien, cuando existen motivos de *urgencia* y aun de *extrema urgencia* (RAMÍREZ, 2010). En este caso, el juez deberá fijar el monto de la indemnización provisional y de esta forma, autorizar a la administración de tomar posesión del bien, pagando esta en efectivo o mediante consignación en caso de obstáculo de la primera⁴⁵. En estos casos, el juez tendrá en cuenta una indemnización especial destinada a cubrir los perjuicios que se le hubieren causado al propietario como consecuencia de la entrega anticipada de su bien.

2.2 Las modalidades del pago de la indemnización

La indemnización es el elemento que retribuye económicamente la pérdida del derecho de propiedad como consecuencia de una expropiación. En efecto, la indemnización tiene como fin que el expropiado encuentre las mismas o similares condiciones a las que tenía con anterioridad a la expropiación de su bien y, para que éste pueda encontrar tales condiciones, se hace necesario que la administración, o mejor la autoridad expropiante indemnice al expropiado de una forma oportuna y justa.

Cuando hablamos de la *oportunidad*, hacemos referencia al aspecto previo de la indemnización, es decir al pago de esta con antelación a la transferencia del derecho de dominio o en todo caso a la ocupación del bien por parte de la administración

44 CC, 6 de mayo de 1998; ref. : C-192; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad del artículo 8 (parcial) de la ley 258 del 17 de enero de 1996; Actor.: José Eurípides Parra; Magistrado: José Gregorio Hernández.

45 Artículo L. 15-4 del Código de la expropiación, comentado por el profesor René Hostiou.

(salvo casos de urgencia, en donde la administración tiene el derecho a solicitar del juez la entrega anticipada del bien, tal como se expuso anteriormente).

En tratándose del carácter de justo, éste se da entre otros⁴⁶, cuando la modalidad de pago de la indemnización se hace de tal manera que el expropiado pueda sin ningún tipo de dificultad, entrar a negociar un nuevo bien con el fin de remplazar aquel que le fue expropiado. Esta modalidad no puede ser otra que el pago de la indemnización de contado, mediante consignación en efectivo y a órdenes del expropiado.

Sin embargo, la legislación colombiana al respecto, ha dispuesto una técnica muy particular con respecto a la manera de cómo

se debe pagar la indemnización, poniendo en duda los principios generales del derecho de la expropiación y particularmente el derecho que tiene el expropiado a recibir una justa y previa indemnización. En cuanto a la jurisprudencia, ésta sigue la misma línea con algunas excepciones como lo veremos más adelante.

2.2.1 La regla general: un pago mixto de la indemnización

El legislador previó, en regla general, que la indemnización otorgada al expropiado sea pagada una parte de contado en dinero en efectivo y la otra en documentos de valor y en forma diferida⁴⁷; la primera, constituyendo la excepción como lo veremos enseguida⁴⁸. Las modalidades de pago de la indemnización están previstas en los

46 *El carácter justo en una indemnización por motivos de una operación de expropiación hace referencia primero que todo al equilibrio económico entre el bien expropiado y la indemnización que se le paga al propietario, es decir a la evaluación del perjuicio, en la cual se debe tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante; segundo, a la manera de cómo se va a pagar esta indemnización, es a este último aspecto que nosotros hacemos referencia.*

47 *Artículo 67, parágrafo 1º. - "El pago del precio indemnizatorio se podrá realizar en dinero efectivo o títulos valores, derechos de construcción y desarrollo, de participación en el proyecto o permuta..."*

48 *Íbidem. "En todo caso el pago se hará siempre en su totalidad de contado cuando el valor de la indemnización sea inferior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales al momento de la adquisición voluntaria o de la expropiación".*

49 *Artículo 29 de la ley 9 del 11 de enero de 1989: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la indemnización que decretare el juez competente será pagada así:*

a) *Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea menor o igual a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales se pagará de contado un cuarenta por ciento (40%). El saldo se pagará en seis (6) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble;*

b) *Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea mayor a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales pero menor o igual a quinientos (500) se pagará de contado un treinta por ciento (30%). El saldo se pagará en siete (7) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble;*

c) *Para inmuebles cuyo avalúo judicial sea mayor a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales se pagará de contado un veinte por ciento (20%). El saldo se pagará en ocho (8) contados anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble.*

Sobre los saldos se reconocerá un interés ajustable equivalente al ochenta por ciento (80%) del incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados certificado por el DANE para los seis (6) meses inmediatamente anteriores a cada vencimiento, pagadero por semestres vencidos.

Cuando se trate de la expropiación de un inmueble de un valor no superior a doscientos (200) salarios mínimos mensuales, siempre y cuando el propietario haya sido el mismo durante los tres (3) años anteriores a la notificación del oficio que disponga la adquisición y demuestre dentro del proceso que obtiene del inmueble en cuestión más del setenta por ciento (70%) de su renta líquida o que el valor de dicho bien represente no menos del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio líquido, su pago será de contado en la oportunidad indicada en el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil".

50 *Artículo 30 de la ley 9 del 11 de enero de 1989: "Las obligaciones por capital e intereses que resulten del pago del precio de adquisición o de la indemnización podrán dividirse a solicitud del acreedor en varios títulos-valores que serán libremente negociables. Los títulos así emitidos, en los que se indicarán el plazo, los intereses corrientes y moratorios y demás requisitos establecidos por la Ley comercial para los pagarés, serán recibidos para el pago de la contribución de valorización del inmueble expropiado, si la hubiere, y por los intermediarios financieros como garantía de créditos, por su valor nominal.*

Los intereses que reciban los propietarios de las entidades que adquieran los inmuebles, por negociación voluntaria o por expropiación, gozarán de exención de impuestos de renta y complementarios para sus beneficiarios".

artículos 29⁴⁹ y 30⁵⁰ de la ley 9 del 11 de enero de 1989 en lo que respecta a la expropiación por vía judicial y en el artículo 67⁵¹ de la ley 388 del 18 de julio de 1997 en tratándose de la expropiación por vía administrativa.

La Corte Constitucional fue requerida por un ciudadano que demandaba la inconstitucionalidad del pago diferido de la indemnización de que tratan los artículos 29 y 30 de la ley 9 de 1989 y 67 de la ley 388 de 1997⁵².

El actor alegaba que el pago diferido constituía una violación al derecho de propiedad toda vez que la indemnización debía ser pagada al expropiado de forma previa, total y no diferida. El hecho de pagar una indemnización diferida, hace que esta deje de ser previa.

En efecto, el expropiado debe esperar cinco (5)⁵³ o siete (7)⁵⁴ años, según la vía de expropiación empleada por la administración, para obtener el pago total de la propiedad que le fue expropiada, situación que pone en riesgo la seguridad de una familia.

El demandante argumentaba que el artículo 58 de la Constitución no disponía sobre el pago de una indemnización con títulos valores, u otros documentos de valor, diferentes al dinero en efectivo y en un solo contado, ya que la indemnización debe corresponder al valor *integral* del bien objeto de la expropiación y su pago debe por ende, efectuarse en su totalidad en dinero en efectivo y con carácter previo.

A este respecto la Corte Constitucional expresó que la indemnización en una expropiación debe ser previa y justa, aun si por mandato constitucional esta última no se encuentra consagrada. Así, el carácter justo de la indemnización, – según la Corte – se determina cuando la Carta dispone, la necesidad de ponderar los interés de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización⁵⁵.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades de pago, la Corte hace valer que la Constitución no impone expresamente el pago en dinero en efectivo. Esos medios de pago han sido reglamentados por la vía legal. Lo importante, subraya el Tribunal constitucional, es que el pago cumpla

51 Artículo 67 de la ley 388 del 18 de julio de 1997: “Indemnización y forma de pago. En el mismo acto que determine el carácter administrativo de la expropiación, se deberá indicar el valor del precio indemnizatorio que se reconocerá a los propietarios, el cual será igual al avalúo comercial que se utiliza para los efectos previstos en el artículo 61 de la presente Ley. Igualmente se precisarán las condiciones para el pago del precio indemnizatorio, las cuales podrán contemplar el pago de contado o el pago entre un cuarenta (40%) y un sesenta por ciento (60%) del valor al momento de la adquisición voluntaria y el valor restante en cinco (5) contados anuales sucesivos o iguales, con un interés anual igual al interés bancario vigente en el momento de la adquisición voluntaria”.

52 Op. cit. CC, 4 de diciembre 2002; ref. : C- 1074; Asunto: Demanda de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 9 de 1989 y 388 de 1997, entre otros; Actor: Omar E. Borja; Magistrado: Manuel José Cepeda.

53 En el caso de la expropiación por vía administrativa.

54 En el caso de una expropiación por vía judicial.

55 El párrafo 4° del artículo 58 de la Constitución dispone: “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. **Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado...**” (las negrillas son nuestras).

ciertas características fundamentales, entre ellas, que constituya medios de pago legales y que asegure el carácter preventivo de la indemnización, es decir, que se respete el principio del pago previo de la indemnización⁵⁶.

En últimas, la Corte menciona que el hecho de que se pague la indemnización, una parte en efectivo y la otra en otros instrumentos de pago, no quiere decir que esta no se cancele previamente a la transferencia del bien, ya que estos documentos de valor son instrumentos de pago de obligaciones, los cuales tienen las mismas garantías que el dinero en efectivo.

La Corte hace valer que la indemnización se da en su totalidad con anterioridad a la transferencia del bien, solamente que se reconoce como una modalidad de pago, los títulos valores y otros documentos de valor, los cuales pueden hacerse efectivos cada año, según el porcentaje fijado por el juez, pero esto no impide que el expropiado pueda negociarlos, aun antes de que se cumpla su obligación. Por esta razón, el Tribunal constitucional consideró que las normas citadas por el accionante no resultan en ningún caso inconstitucionales.

Es claro que a la luz de nuestra legislación, el pago con títulos valores u otros instrumentos de pago constituye efectivamente una de las modalidades

válidas para satisfacer una obligación⁵⁷. Sin embargo, este tipo de pago no es el más indicado cuando se trata de una indemnización por motivos de expropiación.

En efecto, nosotros creemos que el pago de la indemnización con instrumentos diferentes al dinero en efectivo, puede causar un detrimento al patrimonio del expropiado toda vez que estos tipos de pago van a generar ciertas dificultades para el expropiado cuando éste vaya a adquirir una nueva propiedad, ya que la manera más fácil de negociar un bien y sobre todo un bien inmueble, se hace con dinero en efectivo y no mediante títulos valores u otros instrumentos de pago.

¿Es que en Colombia es fácil negociar con títulos valores? ¿Es que las personas aceptan más fácilmente los títulos valores que el dinero en efectivo al momento de una negociación inmobiliaria?

Imaginemos que un bien está en venta y que existen dos clientes potenciales para su compra, el primero de ellos propone al vendedor un pago de contado y en dinero en efectivo, el segundo, le propone una parte en dinero en efectivo y la otra mediante instrumentos de pago diferentes al efectivo y diferidos a varios años; ¿a quién va dar preferencia el vendedor, al que le paga en efectivo y de contado o a aquel que le va a pagar a plazos diferidos y con una

56 *Op. cit.* La Corte expresa, en la sentencia CC, 4 de diciembre 2002; ref.: C- 1074; Magistrado: Manuel José Cepeda : "La indemnización no tiene que ser siempre pagada en dinero en efectivo, pero si se paga la indemnización con instrumentos distintos al dinero, éstos han de reunir por lo menos las siguientes características: i) No pueden transformar el pago de la indemnización previa, en un pago futuro, posterior a la trasmisión del dominio del bien expropiado; (ii) deben garantizar un pago cierto de la obligación y no meramente simbólico o eventual; (iii) deben constituir un medio legal de pago de obligaciones, de tal forma que realmente constituyan para el afectado una indemnización; (iv) deben permitir que el valor de la indemnización por expropiación reconocido como justo, en el caso concreto, se mantenga en el tiempo, si el expropiado actúa en los negocios diligentemente; (v) deben ser libre y efectivamente negociables, a fin de garantizar que el afectado pueda convertirlos, en dinero en el momento en que lo desee, inclusive al día siguiente del traspaso del dominio del bien; (vi) no pueden ser revocados unilateralmente por la entidad que los emite".

57 Ver los artículos 619 y 621 del Código de Comercio.

modalidad de pago diferente al dinero en efectivo? La respuesta es más que obvia...

Si hacemos referencia a países europeos, la forma de pago de la indemnización en caso de expropiación se reconoce en dinero en efectivo, esta es una condición de la esencia misma de la indemnización, salvo si el expropiado autoriza otra forma de pago⁵⁸. En otros términos, este principio no amerita discusión ya que este pago constituye la única manera para que el expropiado pueda encontrar las mismas condiciones que tenía con anterioridad a la privación de su bien.

Es por esto que la Corte europea de derechos humanos (CEDH) ha condenado en varias ocasiones a países como el de Turquía, por el pago tardío de la indemnización acordada al expropiado⁵⁹.

2.2.2 La excepción: el pago de contado y en efectivo de la indemnización

El pago de contado y en efectivo de la indemnización en caso de expropiación constituye en el derecho colombiano, la excepción. Esta modalidad de pago, que debería ser la única, fue prevista por vía legislativa a finales de los años noventa, la jurisprudencia ha hecho valer igualmente algunos otros casos.

En materia legislativa, el artículo 29 de la ley 9 de 1989 enuncia que en tratándose de expropiaciones por vía judicial, hechas a bienes cuyo valor no superan los doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y siempre y cuando el propietario

haya sido el mismo durante los tres (3) años anteriores a la notificación del oficio que disponga la adquisición y demuestre dentro del proceso que obtiene del inmueble en cuestión más del setenta por ciento (70%) de su renta líquida o que el valor de dicho bien represente no menos del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio líquido, su pago será de contado en la oportunidad indicada en el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la expropiación por vía administrativa, el párrafo 1° del artículo 67 de la ley 388 de 1997 dispone únicamente como requisito para indemnizar de contado y en dinero en efectivo, que el bien a expropiar tenga un valor inferior a los doscientos (200) salarios mínimos, legales, vigentes.

En lo referente a la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha hecho importantes progresos en cuanto al tema del pago de la indemnización. No obstante, este progreso no es suficiente ya que esta institución reconoce únicamente el pago de esta en forma integral y en dinero efectivo que respecto de bienes precisos y de personas precisas.

En cuanto al tipo de bienes, el Tribunal constitucional reconoce el pago completamente en dinero en efectivo y en un solo contado a aquellas propiedades que se encuentran “afectadas a vivienda familiar”, esto por cuanto le es indispensable al expropiado buscar rápidamente un lugar para alojar a su familia; de esta manera, su patrimonio no se verá menoscabado.

58 *A título de ejemplo, este precepto se encuentra reglamentado en el derecho de expropiación alemán y francés.*

59 *A la fecha, existen 22 decisiones de la CEDH ordenando condenar el país de Turquía, por el pago tardío en indemnizaciones por motivos de expropiación.*

Ver a título de ejemplo, las decisiones de la CEDH: del 31 de julio de 2007; Asunto: KOZACIOGLU contra/ Turquía; ref.: 2334/03 y del 11 de octubre de 2005; Asunto: ALATAS ET KALKAN contra/ Turquía; ref.: 57642/00.

En cuanto al tipo de personas, la Corte ha hecho valer que la Constitución protege de manera especial a cierto grupo de personas y que por ende, el juez debe analizar caso por caso la calidad del expropiado.

Así, los niños, los discapacitados, los ancianos y otros que se puedan ver perturbados en sus condiciones de vida a causa de una expropiación, pueden obtener el pago de una indemnización de contado y en dinero en efectivo, según la ponderación que haga el juez competente en cada caso. La Corte deja de esta manera, a discreción del juez, la posibilidad de acordar una indemnización de este tipo.

Estos son los únicos casos (legales y jurisprudenciales) en los cuales, le es permitido al juez otorgar indemnizaciones tal como lo disponen los principios generales del derecho internacional; es decir, de una manera “justa” y “oportuna”.

3. CONCLUSIÓN

Como se pudo analizar, no existe en el derecho de expropiación colombiano, elementos de justicia en la indemnización acordada al expropiado, toda vez que solamente en casos muy excepcionales se reconoce un pago justo, que permita verdaderamente al expropiado encontrar las mismas o similares condiciones de las que antes disponía. Esperemos que el legislador y la jurisprudencia puedan resolver este problema, para no vernos abocados en un futuro a posibles condenaciones por parte de la Corte americana de derechos humanos, tal como ya se ha evidenciado contra un país latinoamericano⁶⁰.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras y Tesis:

AVENDAÑO, J. (2009, Febrero 17). *Constitución y expropiaciones*. from <http://www.elcomercio.pe>

CHALLAYE, F. (1967). *Histoire de la propriété; ¿Que sais-je ?* Puf, sexta edición, France, p. 123-124.

DUGUIT, L. (2008). *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*. Segunda reimpresión la memoria del derecho. Paris, sexta conferencia, p. 147 y s.

HAROUEL, J.-L. (2000). *Histoire de l'expropriation. ¿Que sais-je ?* PUF, Francia p. 57 y s.

RAMÍREZ, O. A. (2010). *Expropriation et autres atteintes à la propriété immobilière du fait de la puissance publique en droit colombien*. Tesis de doctorado en derecho público no publicada, Université de Nantes, Francia, p. 35 y ss.

SICARD, G. (1989). *Le droit de propriété avant l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in *Propriété et Révolution, actes du colloque de Toulouse*, Francia, edición Centre Nationale de la Recherche Scientifique”.

ARIAS, Fernando (2008) «*Bienes Civiles y mercantiles*», Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 38.

GUECHA, Ciro (2007) *Contratos Administrativos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Pág. 127.

Disposiciones constitucionales de Colombia:

Colombia, Reforma Constitucional (1905, 5 de abril), artículo único.

Colombia, Reforma Constitucional (1936, 5 de agosto), artículo 10.

⁶⁰ CIDH, CIDH, 6 de mayo de 2008; ref.: C-179; Asunto: Salvador Chiriboga contra / Ecuador; Jueces: Cecilia Medina Quiroga, Diego García-Sayán, Sergio García Ramírez y otros.

Colombia, Reforma Constitucional (1999, 30 de julio), artículo 1, en diario oficial, No. 43.654, 4 de agosto de 1999, Bogotá.

Colombia (2011), Constitución Política de 1991, Bogotá, Legis.

Disposiciones constitucionales de otros países:

BRASIL, Constitución de 1988, Capítulo I., Título II, artículo 5-XXII/XXIII/XXIV/XXV, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

ECUADOR, Constitución de 1998, artículo 30, *al.* 1° y 33, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

GUATEMALA, Constitución de 1985, artículo 40, *al.* 1°, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

NICARAGUA, Constitución de 1987, artículo 44, *al.* 2°, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

PANAMÁ, Constitución de 1972, artículo 45, *al.* 2°, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

PARAGUAY, Constitución de 1992, artículo 109, *al.* 1° y 3°, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

SALVADOR, Constitución de 1983, artículo 106, *al.* 1°, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

URUGUAY, Constitución de 1997, artículo 32., from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

VENEZUELA, Constitución de 1999, artículo 115, from <http://www.georgyown.edu> (Political Database of the Americas).

Disposiciones legales de Colombia:

Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 19 de diciembre), “Ley 333 del 19 de diciembre de 1996, por medio de la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita”, en diario oficial, No. 42.945, 23 de diciembre de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2002, 27 de diciembre), “Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se deroga la ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, en diario oficial, No. 45.046, 27 de diciembre de 2002, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2009, 17 de julio), “Ley 1330 del 17 de julio de 2009, por medio de la cual se adiciona la ley 793 de 2002 y se establece el trámite abreviado y el beneficio por colaboración”, en diario oficial, No. 47.413, 17 de julio de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1989, 11 de enero), “Ley 9 del 11 de enero de 1989, por medio de la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra-Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”, en diario oficial, No. 38.650, 11 de enero de 1989, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1997, 18 de julio), “Ley 388 del 18 de julio de 1997, por medio de la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 3 de 1991 y se dictan otras disposiciones”, en diario oficial, No. 43.091, 24 de julio de 1997, Bogotá.

Colombia, Ministerio del Interior (2002, 3 de septiembre), “Decreto 1975 del 3 de septiembre de 2002, “Por medio del cual se suspende la ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio”, en diario oficial, No. 44.922, 4 de septiembre de 2002, Bogotá.

Colombia (2011), Código del Comercio, Bogotá, Legis, Artículos 619 y 621.

Disposiciones legales internacionales:

América, Convención interamericana sobre los derechos humanos (1969, 22 de noviembre), from <http://cidh.oas.org/basicos/french.c.convention.htm>, Washington, artículo 8-1 y 25-1.

Francia (2010), Code de l'expropriation, Paris, Litec. Comentado por Hostiou, R. Artículo L. 15-4.

Decisiones judiciales colombianas

Colombia, Corte Constitucional (1993, enero), “Sentencia C- 006”, M.p. Cifuentes Muñoz, E, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993, febrero), “Sentencia C- 060”, M.p. Morón Díaz, F, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, marzo), “Sentencia C- 153”, M.D. Martínez Caballero, A, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, agosto), “Sentencia C- 370”, M.p. Morón Díaz, F, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, septiembre), “Sentencia C- 389”, M.p. Barrera Carbonell, A, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996, octubre), “Sentencia C- 531”, M.p. Hernández Galindo, J. G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, abril), “Sentencia C- 127”, M.p. Arango Mejía, J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, mayo), “Sentencia C- 192”, M.p. Hernández Galindo, J. G, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, diciembre), “Sentencia C- 1074”, M.p. Cepeda Espinosa, M. J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2003, agosto), “Sentencia C- 740”, M.p. Córdoba Triviño, J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, mayo), “Sentencia C- 474”, M.p. Sierra Porto, H. A, Bogotá.

Decisiones judiciales extranjeras

Europa, Corte Europea de Derechos del Hombre (2005, octubre), “Sentencia 57642/00”, Estrasburgo.

Europa, Corte Europea de Derechos Humanos (2007, julio), “Sentencia 2334/03”, Estrasburgo.

América, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008, mayo), “Sentencia C- 179”, Jueces: Medina Quiroga, C, García-Sayán, D. y García Ramírez, S, San José de Costa Rica.



Principia IURIS **15**

Contenido

Editorial

SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartismo al bipartismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre)
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de "Ulises" frente a las "sirenas"

Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)

Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - "EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS"

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible

Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

La tortura en derecho internacional
Ph. D. Natalia Barbero

Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Filosofía de las funciones de la pena de prisión
Esp. José Luis Suárez Parra

Filosofía del derecho penal iusnaturalismo - finalismo

Mg. Carlos Gabriel Salazar

Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia

Ph. D. Yolanda M. Guerra García

Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano

Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco

Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR

B.A. Dominic Tetu

El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés, aproximaciones y diferencias

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez

