



De la serie Espacios Interiores 2000
Clemencia Uribe Restrepo, profesora
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia

¿ES LA PROPIEDAD UN DERECHO FUNDAMENTAL?

RESUMEN

En este artículo se trata de hacer precisión epistemológica sobre el origen de los derechos fundamentales. La relación entre estos y los derechos subjetivos, de una parte y los derechos patrimoniales, de otra. Buscando dicho objetivo se establecen dos contextos: en uno de ellos se presenta el aporte de las filosofías política y jurídica sobre estos conceptos. En otro apelaremos a la jurisprudencia desarrollada en las sentencias de la Corte Constitucional de nuestro país. Todo esto para concluir que la propiedad no es en sí misma un derecho fundamental.

Palabras clave: propiedad, derechos fundamentales, libertad, derechos subjetivos, Corte Constitucional, Constitución, derechos patrimoniales.

IS THE PROPERTY A FUNDAMENTAL RIGHT?

ABSTRACT

This Article tries to make epistemological precision about the origin of fundamental rights. The relation between them and subjective rights, on one side, and patrimonial rights, on the other. Seeking that goal two contexts are established: One of them presents the contribution of juridical philosophy and political philosophy to this concepts. In the other we will appeal to the jurisprudence developed in the sentences of our country's Constitutional Court. All this to conclude that property isn't itself a fundamental right.

Key words: property, fundamental rights, freedom, subjective rights, Constitutional Court, patrimonial rights.

* Profesor Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Director revista Estudios de Derecho.

¿ES LA PROPIEDAD UN DERECHO FUNDAMENTAL?

1. ¿ES LA PROPIEDAD UN DERECHO FUNDAMENTAL?

1.1 Origen y esencia de los derechos fundamentales

El tránsito de un Estado absoluto, a la manera de un Leviatán, a un Estado limitado, dio lugar a que los individuos se transformaran de súbditos en ciudadanos. Si bien se ha dicho que la idea de un contrato social es sólo una construcción racional, sin vínculos reales con la historia del hombre, la verdad es que una vez este contrato social se normatiza y se constitucionaliza, pasa a ser obligatorio en los dos sentidos: para el ciudadano y para el Estado. Este es el origen del constitucionalismo y del Estado de derecho. Los revolucionarios franceses comprendieron perfectamente el fenómeno y por ello en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 lo dijeron: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene Constitución". En el Estado de derecho hay unas reglas de juego que operan en ambas vías y que buscan darle al individuo unas garantías que se compadecen con el reconocimiento de su valor como persona, de su dignidad, de su libertad. Garantías que el liberalismo individualista supo reconocer. Esos derechos y esas garantías se vuelven insuficientes al observar un valor caro a cierta postura filosófica solidaria. El liberalismo libertario generó un Estado no intervencionista en donde las asimetrías predominaron, al rescatar la libertad como valor supremo. En una concepción liberal libertaria de los derechos, son los llamados de primera generación o derechos de libertad los que van a ser mirados como derechos fundamentales.

Vinieron luego los movimientos sociales que propugnaron por una justicia distributiva presionando la idea del Estado interventor, tratando de alcanzar el valor de la igualdad. Aparece el Estado social de derecho como un modelo que busca cubrir las demandas de los sectores sociales que el Estado liberal clásico no logró cubrir. Así se introdujeron los llamados derechos sociales o prestaciones públicas positivas, a cargo del Estado, como el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda digna, etc. No puede haber libertad, no puede haber dignidad, si el hombre no tiene forma de expresar su voluntad y buscar sus objetivos, trazarse sus planes de vida, debido a esos obstáculos insalvables que genera la miseria. En ese momento, los derechos sociales, derechos de segunda generación, se tornarían en derechos humanos fundamentales.

Si nos referimos al origen de los derechos fundamentales tendremos que decir que la concepción de ellos va vinculada a la noción de libertad que coincide con el triunfo de las ideas liberales individualistas. La exigencia de los derechos sociales

a ese nivel, coincide con el apogeo de las luchas reivindicativas por la igualdad que conllevaron la formulación de un Estado intervencionista, el llamado Estado de Bienestar, en donde la función de éste deja de ser pasiva y se exigen de él prestaciones redistributivas. Conductas no sólo de no hacer o de dejar hacer, sino también obligaciones de hacer, en donde el sujeto activo es el Estado. En la prédica y reclamo de estos derechos sociales, nos encontramos en un terreno diferente: los reclamos son ahora de carácter económico y social y no solamente de libertad. La Revolución Francesa de 1789, la Revolución de Octubre de 1917 y la Declaración de la ONU de 1948, son hitos históricos que van a conducir a la consolidación del llamado Estado Social de Derecho. Por esta razón si bien algunos sostienen que los derechos naturales son ahistóricos y anteriores al Estado, los derechos humanos y los derechos fundamentales son derechos de carácter histórico. Son conquistas alcanzadas por los hombres en la lucha por el reconocimiento de su dignidad.

Los llamados derechos de libertad, de primera generación, tienen una calidad indiscutida de derechos fundamentales. No ocurre lo mismo con los derechos sociales que en un pensamiento liberal individual, no tienen porqué figurar en un catálogo de derechos. Mas hoy nos parece suficientemente claro que hay unos derechos sociales vinculados tan estrechamente con la libertad y los demás derechos fundamentales de primera generación, que su desconocimiento puede conllevar la idea de que se está violando un derecho fundamental. Piénsese, por ejemplo, en la salud o en la educación primaria. Por esta razón, para aceptar o no la naturaleza de derechos fundamentales en los derechos sociales, tenemos que, previamente, referirnos a la esencia de los derechos fundamentales.

Para responder a esta pregunta por la esencia de los derechos fundamentales podemos tomar como ejemplo las discusiones que en torno a ella ha suscitado la expedición de la Constitución colombiana en 1991. Y ello es posible porque nuestro constitucionalismo ha hecho esfuerzos teóricos importantes para identificar la existencia de los derechos fundamentales y poder afirmar, en un caso concreto, si estamos o no en presencia de uno de ellos y otorgarle eso que se ha llamado un "plus de garantía".

Un primer problema consiste en definir quién decide sobre la fundamentalidad de los derechos. Por ejemplo, en la sentencia T-406 de 1991, para citar una, la Corte Constitucional, después de hacer un juicioso estudio sobre los antecedentes de este aspecto de fundamentalidad en las deliberaciones que tuvieron lugar en el seno de la Asamblea Constituyente, llegó a la conclusión de que la aceptación de un derecho como fundamental debe ser prerrogativa del juez constitucional y no de la Constitución.¹

1 La claridad que existe hoy al respecto no la hubo al comienzo de la expedición de la carta. En efecto, hoy existe claridad en el sentido de que la lista del capítulo 1 del título II de la Constitución Política, a pesar de que aparece precedida del subtítulo "De los derechos fundamentales", no es una lista taxativa.

Un segundo problema se refiere a los criterios para delimitar la fundamentalidad de los derechos. La Corte Constitucional, en la sentencia que hemos comentado, T-406 de 1991, manifestó que existen unos criterios y unos requisitos esenciales para que el juez constitucional tome una decisión con respecto a la fundamentalidad. Entre los requisitos, la sentencia aludida se refiere a tres esenciales, a saber:

1. Conexión directa con los principios constitucionales por ser éstos la base axiológica-jurídica sobre la que se construye todo el sistema normativo. Queriendo decir la Corte que todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.
2. Eficacia directa. Requisito éste que apunta a que un derecho no es fundamental sino cuando su aplicación proviene directamente del texto constitucional y no de decisiones políticas eventuales. Precisamente es este principio el que permite al juez constitucional alejarse del criterio de que la enumeración del artículo 85 es taxativa.
3. Contenido esencial. Se quiere expresar con este requisito que los derechos fundamentales tienen un "núcleo básico" no susceptible de interpretación ni de criterios coyunturales o políticos. Este requisito es una derivación del iusnaturalismo racionalista que acepta esos derechos como anteriores al derecho positivo y producto de la razón.

Aparte de esos tres requisitos de fundamentalidad, la sentencia en comento presenta unos criterios de distinción que van a posibilitar la decisión del juez constitucional. La Corte los denomina criterios analíticos y los clasifica así:

- a) Consagración expresa. Es el caso de los derechos establecidos en el título II, capítulo 1 de la Constitución o del artículo 44 sobre los derechos de los niños. Este fue el único principio que al comienzo de la vigencia de la Constitución de 1991 se aceptó.
- b) Remisión expresa. Se refiere la Corte a la remisión a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, como criterio de fundamentalidad.
- c) Conexión directa con derechos fundamentales. Hay algunos derechos que sin estar consagrados expresamente o reconocidos directamente como fundamentales

De tal manera, no podemos deducir la existencia de derechos fundamentales simplemente por su presencia o no en esa lista como equivocadamente se sostuvo en un principio, al comenzar la vigencia de la Constitución que nos rige, desde el año 1991. En un comienzo la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sostuvieron la idea, hoy superada, de que la Corte Constitucional era incompetente para definir como derechos fundamentales otros distintos a los señalados en el título II, capítulo 1 de la C.P. La Corte Constitucional en las sentencias T-406 de 1991 y T-002 de 1992 expuso los argumentos por los cuales esas dos altas corporaciones estaban equivocadas.

en sí mismos, por estar estrechamente relacionados, en algunos casos particulares, con otros derechos que sí tienen dicha condición, llegan a adquirir el estatus de fundamentales por conexidad. Este, precisamente, es el caso del derecho que nos ocupa: del derecho de propiedad, que como adelante lo veremos, ha sido considerado fundamental por conexidad, cuando con su vulneración se pone en peligro otro derecho, éste sí fundamental por sí mismo, como la dignidad, por ejemplo.

d) Carácter de derecho inherente a la persona. Dice la Corte Constitucional sobre este punto: “en ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de la cual se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita. De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la Carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la condición de fundamental de un derecho con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente”.²

Siguiendo lo expuesto por el tratadista Tulio Elí Chinchilla, afirmar que un derecho es fundamental va a tener estas significaciones:

- a) en el orden moral, significa que ese derecho emana directamente de la dignidad del hombre y que es esencial o inherente o inalienable al ser humano (derecho sin el cual el ser humano deja de ser tal, se rebaja en su dignidad o se destruye su esencia; b) en el orden político-social, significa que ese derecho representa un pilar sobre el cual descansa y se sostiene el orden de convivencia pacífica y justa (sin el cual el orden social desaparecería o se tornaría insostenible por injusticia y la existencia en él se tornaría miserable), y c) en el plano técnico constitucional, ese derecho goza de un conjunto de garantías reforzadas frente a los poderes públicos, aun frente al legislador y frente al poder constituyente.

Aunque los criterios sobre la fundamentalidad de los derechos no varían en la mayor parte de las constituciones actuales, es notorio que sí varíe el hecho de que

sea distinto el papel del juez constitucional encargado de decidir sobre esa fundamentalidad; porque a diferencia de otras constituciones como la española o la alemana, la Constitución Política nuestra no ofrece un listado cerrado, de carácter *numerus clausus* sobre los derechos fundamentales, sino que el juez constitucional tiene la posibilidad de mirar la situación fáctica que se le presenta y analizarla con la óptica de los principios, valores y criterios señalados para llegar a una decisión de fundamentalidad o negarla. En las constituciones citadas el papel del juez es mucho más restringido.

Esta postura que viene presentando nuestro máximo tribunal constitucional tiene una consecuencia importantísima, pues va a darle herramientas a los jueces constitucionales. Todos quienes administren justicia, individual o colegiadamente, tienen que asumir el estudio, en cada caso, de la fundamentalidad, respetando la doctrina constitucional de la Corte, ya que ésta tiene un carácter objetivo, pues vincula a todos los jueces hasta tal punto, que el apartarse de ella, en los fallos de tutela, según la sentencia SU-640 de 1998, vendría a tipificar una vía de hecho. Se dice en dicha sentencia que los jueces “no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián”.

1.2 Los derechos subjetivos y los derechos fundamentales

Los derechos subjetivos han sido tratados por todos los autores de textos sobre filosofía del derecho. Cualquiera que sea la definición que acojamos, va a partir de unos elementos estructurales o básicos que podríamos resumir así:

a) una facultad o situación favorable para su titular; b) posibilidad de reclamar a otro o al Estado el respeto (activa o pasivamente) de esa situación; c) existencia de mecanismos jurídicos que obliguen y garanticen su cumplimiento.

Un tratadista clásico sobre el tema es George Jellinek, quien, según la cita que de él hace Kaufmann, clasifica los derechos subjetivos en públicos y privados. Los primeros tienen por sujeto pasivo al Estado y los segundos a los particulares. Los públicos los subdivide en derechos fundamentales y de libertad, (libertad negativa) y derechos de participación (libertad positiva). Los segundos los subdivide según su contenido en absolutos, cuando tienen validez universal, erga omnes (derechos reales) y relativos, cuando sólo se pueden reclamar de algunas personas (derechos personales); y según el objeto, en: a) derechos sobre las personas, en relación con ellas mismas, como sería el derecho a la personalidad, o con respecto a otras, como el derecho de los padres sobre los hijos. b) Derechos patrimoniales,

los cuales se descomponen en patrimoniales absolutos como el derecho de propiedad y relativos como los derechos personales o de crédito.³

Me he referido a los derechos subjetivos por dos razones: la primera, porque los derechos fundamentales son una derivación de ellos y la segunda, porque dentro de la clasificación de los derechos subjetivos nos encontramos con los derechos patrimoniales como una categoría diferente a los derechos fundamentales. Esto nos permite advertir, desde ahora, lo que vamos a concluir: la propiedad es un derecho patrimonial y no un derecho fundamental. La propiedad es un derecho subjetivo como lo son también los derechos fundamentales, pero de naturaleza distinta.

Los derechos fundamentales tienen un marcado carácter de derechos morales en el sentido de que van ligados a la dignidad del hombre y por ello son superiores y anteriores al Estado. Van ligados por esencia al concepto de derechos humanos pero por tener ese "plus" de protección, al cual ya nos referimos, necesariamente tienen que encontrar un respaldo en el derecho positivo que se desprende de la Constitución. Por ello es dicente lo que el tratadista Pérez Luño nos dice al respecto: "En los usos lingüísticos jurídicos políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada".⁴

1.3 Carácter relativo de los derechos fundamentales

El hombre, decía Kant, no tiene valor de cambio ni valor de uso. Su dignidad surge de la posibilidad que tiene de poderse regir, al buscar sus objetivos de vida, por su propia razón. Esa búsqueda para llegar a ser él mismo, la encuentra a través de la razón, y aunque ésta ha sido cuestionada por las atrocidades que el hombre en uso de ella ha cometido, como la guerra, y el deterioro ambiental, el rescate de la razón, y por esa vía, de la dignidad, debe ser un valor a tener presente. Para alcanzar este objetivo son necesarios los derechos fundamentales. Para llegar a

3 KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999 p. 215.

4 PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p. 44.

ellos, en nuestro medio, como ya lo expusimos, el juez constitucional tiene un acervo de ideas elaboradas por la doctrina que no puede desconocer. Además de ello, el juez constitucional tiene que tener claro que los derechos fundamentales son derechos de defensa, de protección y por lo mismo, son derechos relativos en el sentido de que propenden por la defensa de valores que si bien pueden ser anteriores al Estado, no son los mismos ayer que hoy.

Las exigencias de la dignidad y de la libertad varían con el cambio de las circunstancias sociales. El mismo concepto de dignidad que, en abstracto, consideramos universal y absoluto, en concreto se nos puede volver relativo. Lo mismo ocurre con el derecho a la vida. Son derechos fundamentales que nadie pone en cuestión y por eso, en general, no admitirían ninguna discusión. Pero miremos lo que dice sobre este aspecto Kaufmann:

El derecho de los hombres a la vida y a la dignidad, cuando se menciona así, en forma general, no es cuestionado por nadie. Pero qué pasa con la protección de la vida en concreto, es decir, en el caso de pacientes gravemente enfermos y moribundos (la ayuda pasiva a morir cuenta hoy con muchos partidarios) o bien en relación con el nasciturus (cuya protección se encuentra hoy sólo en el papel), o bien en el caso de recién nacidos con severos daños en su salud (las voces a favor de la eutanasia en estas situaciones se multiplica a ojos vistas), y ni qué hablar de las muertes en guerra y de los múltiples riesgos a los que se exponen los hombres por causa de la era atómica y de la técnica genética. Hace tiempo que la vida humana dejó de ser un valor absoluto... Incluso cuando la dignidad humana se llena de contenido tampoco escapa a toda contingencia y relatividad. Tan sólo cuando la dignidad humana no se relaciona con ningún contenido es absoluta, pero entonces es también vacía. Un ejemplo: en uno de los debates sobre el problema del aborto en el Parlamento ambas posturas argumentaron con base en el mandamiento de respeto a la dignidad humana. Los partidarios de la no punición del aborto pusieron sobre el tapete que de la dignidad humana (el principio de autodeterminación de la mujer) se deriva la posibilidad para la mujer embarazada de disponer en libertad de su "vientre". Aquellos que estaban a favor de que se conservara la prohibición de abortar argumentaron, por el contrario, que la dignidad humana le corresponde a todo ser humano viviente y, por tanto, también al concebido y no nacido, razón por la cual la mujer embarazada no puede disponer, por principio, sobre el embrión... No se debe pasar por alto que a la dignidad humana siempre le subyace una determinada imagen del hombre, y dicha imagen es relativa. Tal como lo decía Joseph J. M. van der Ven, quien, sin duda, no ha sido ningún escéptico: "Los derechos humanos, ya sean declarados o convenidos, son positivizaciones del derecho y evolucionan, en consecuencia, condicionados por la situación".⁵

El carácter histórico de los derechos, uno de los aspectos de su relativismo, se ve claro en la división que se viene haciendo en derechos de primera, segunda y tercera generación. Primero fueron los derechos de libertad, después los derechos sociales y finalmente se empezó a hablar del derecho al ambiente sano, a la paz, etc. como derechos de tercera generación. De otra parte, va a dar lugar a las críticas que a los derechos naturales se han hecho como derechos con un origen simplemente ideológico y no universales. El carácter general y ahistórico de estos derechos ha sido criticado por diversos filósofos políticos en distintas épocas. Una de las críticas más radicales la hizo Carlos Marx cuando señaló que los derechos humanos son elaboración de la burguesía. Adelante veremos la crítica que se ha hecho a esta postura de Marx. Por ahora nos importa decir, acogiendo la tesis de la relatividad de los derechos fundamentales, que el aplicador de ellos, el juez constitucional, tiene que tener a la mano, además de esos principios que ya expusimos, un conocimiento filosófico, histórico y jurídico de los derechos para poder moverse con propiedad en el terreno de la fundamentalidad y mirar los derechos en serio, como diría Dworkin. En nuestro medio no podemos decir, en términos absolutos, que los derechos sociales son o no fundamentales. Habría que mirar el caso concreto, porque hay derechos sociales que en ciertos momentos van a estar ligados estrechamente con el desarrollo de la persona, con su dignidad o con su vida. En ese momento el derecho al trabajo, a la seguridad social, a un salario mínimo vital, a la vivienda, pueden considerarse derechos fundamentales. De la misma manera, como lo veremos mejor adelante, del derecho de propiedad hay que decir que es un derecho patrimonial, no fundamental, pero por ese mismo criterio de conexidad, la violación del derecho de propiedad puede acarrear la violación de un derecho fundamental. La conclusión clara es que por el criterio de conexidad, todos esos derechos constitucionales van a ser candidatos a derechos fundamentales. Insistimos, nuevamente, en el carácter de defensa que estos derechos tienen.

La expresión “tener un derecho” genera una compleja red de posibilidades que los abogados distinguimos hoy con mayor claridad por los aportes metodológicos que sobre el tema realizó el jurista norteamericano Wesley Hohfeld, cuando distinguió cuatro modalidades distintas por las cuales el orden jurídico protege una situación de un sujeto en relación con otro. Hohfeld habló de una facultad, lo que conlleva un deber para otro. Una libertad, que conlleva para otro el no obstaculizarla. Una competencia o potestad que conlleva para otro una sujeción. Y finalmente, una inmunidad, lo que representa para otro una incompetencia.

El aporte del autor norteamericano lo advierte Tulio Elí Chinchilla, refiriéndose a la Constitución Colombiana, así:

... cabe agregar que en el actual lenguaje jurídico —especialmente en el campo constitucional— la expresión tener un derecho ha sufrido una considerable expansión de su campo semántico: no sólo sirve para nombrar las situaciones de derecho subjetivo (facultad), libertad, competencia e inmunidad sino también para referirse a valores supremos, fines del Estado o principios básicos del orden político-constitucional, por ejemplo, el derecho a la dignidad humana, a la unidad nacional, a la paz, a la Constitución y a la vigencia real de la Constitución, al orden social justo, etc.; se recurre a ella para aludir a todo género de intereses legítimos a los que la Norma Fundamental asigna alguna valoración positiva, dado que la Constitución genera también un espacio legitimador de reivindicaciones y demandas sociales en favor de grupos activos. Así, *verbi gratia*, se habla del derecho a la vivienda digna, aunque se tenga claro que tal derecho no genera una obligación específica para ningún sujeto de otorgar un inmueble destinado a la habitación del titular del derecho (sent. T-423 de 1992); del “derecho” al trabajo aunque el ordenamiento constitucional está lejos de otorgar la facultad de reclamar al Estado o a los particulares un empleo o de asegurar a ultranza la permanencia en el que ya se tiene (sent. T-407 de 1992); del ‘derecho’ de los productores de alimentos a recibir protección especial del Estado (art. 65 de la Carta); de los trabajadores agrícolas al acceso a la propiedad de la tierra (art. 64). Y todo ello aunque tales cánones no otorguen garantía a alguna para asegurar su eficacia, y aunque muchas veces el constituyente parece haberlos pensado más bien como principios rectores de la política económica y social que como derechos (en cualquiera de las modalidades de Hohfeld). No es ya una rareza que en las providencias de nuestra Corte Constitucional se expresen enunciados del siguiente tenor: el derecho a la dignidad humana (T-036 de 1995 y SU-039 de 1998), a la vigencia real de la Constitución (auto 014 de 1995), el derecho a vivir en paz (T-008 de 1992), a “la etnicidad” o identidad étnica (T-380 de 1993), etc.⁶

Como puede verse, y es lo que queríamos mostrar, no es tan simple establecer la fundamentalidad o no de los derechos para llegar a una conclusión racional. Hay que explorar unos criterios, unos principios, unos valores, establecer la relación estrecha que debe haber entre los derechos y la moral; entre los derechos subjetivos, los derechos naturales y los derechos humanos, para al final concluir si se trata de un derecho fundamental o no. Tiene razón Ferrajoli cuando al plantear esta situación expresa:

A la pregunta “¿qué son los derechos fundamentales?” Si en el plano de su forma se puede responder *apriori* enumerando los caracteres estructurales que antes he señalado, en el plano de los contenidos —o sea, de qué bienes son o deben ser protegidos como fundamentales— sólo se puede responder *aposteriori*: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les

sustraer tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría. Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejarla morir sin atención o en la indigencia... de aquí la connotación "sustancial" impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben —más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías— los derechos fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador, son 'sustanciales', precisamente por ser relativos no a la 'forma' (al quién y al cómo) sino a la 'sustancia' o 'contenido' (al qué) de las decisiones (o sea, al qué no es lícito decidir o no decidir).⁷

1.4 Consecuencias de considerar un derecho fundamental

Una vez analizado el derecho, si se concluye que sí es fundamental, esa decisión va a conllevar las siguientes consecuencias:

- a) Los derechos fundamentales se protegen con la acción de tutela, llamada en otros sistemas derecho de amparo. En nuestra Constitución esta acción la contempla el artículo 86 así:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

- b) Los derechos fundamentales requieren para su regulación de una ley especial denominada estatutaria. El artículo 152 de la Constitución dice en su primera parte: "Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección...". Luego el artículo 153, al referirse al trámite de las leyes estatutarias, señala:

La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Editorial Trotta, 1997. p. 47

por parte de la Corte Constitucional de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

La figura de la ley estatutaria aparece como limitación o restricción, mediante exigencias adicionales como la mayoría absoluta, la concentración o unidad legislativa y el previo control de constitucionalidad, atribuido a la Corte Constitucional en nuestro caso, en temas que el constituyente consideró exigían de esa especialidad, con el fin de evitar que las mayorías parlamentarias, con criterios políticos, puedan desconocer ciertas situaciones. Se observa allí, entonces, el carácter de procedimiento legislativo excepcional de las leyes estatutarias.

Adelante veremos cómo nuestra Corte Constitucional ha excluido expresamente el trámite de ley estatutaria cuando se refiera al derecho de propiedad.

- c) El artículo 214 de la Constitución, en el numeral 2, advierte que durante los llamados estados de excepción, no se podrán suspender los derechos fundamentales.

1.5 Derechos fundamentales y derechos patrimoniales

Al considerar la diversa naturaleza de los derechos fundamentales y de los derechos patrimoniales, se han establecido entre ellos diferencias esenciales, así: a) los derechos fundamentales son universales pues se conceden a todas las personas (la vida, la libertad); los patrimoniales, como la propiedad y todos los derechos reales además de los personales, tienen un titular determinado que excluye a todos los demás, como en el derecho real en el cual el titular ejerce su derecho *erga omnes*, frente a cualquiera o en el derecho personal que lo ejerce frente a su deudor. Son derechos excluyentes, b) los derechos fundamentales son inalienables, personalísimos e intransigibles. Los patrimoniales son todo lo contrario. Se pueden transferir o heredarse. Se puede disponer de ellos, mientras que nadie puede transigir o negociar con su vida o su dignidad. Son derechos, los fundamentales, ajenos al mercado. Esa virtud es la que va a garantizar que los derechos fundamentales posean ese rasgo de protección especial por la cual las mayorías no pueden desconocerlo. Esa característica, además de que impide la injerencia externa en su respeto también va a autolimitar a su titular que no puede renunciar a sus derechos fundamentales.

Si estas diferencias son tan notorias, ¿Por qué razón se han considerado como de igual categoría derechos tan distintos, la vida o la libertad, que son universales, irrenunciables, inalienables, y la propiedad? Por qué se ha dicho de todos, sin distinción, que son derechos sagrados, naturales o fundamentales? Es el momento de advertir el equívoco para poder decir cuáles son y cuáles no son fundamentales.

Los derechos fundamentales han existido en occidente desde el derecho romano pero de manera selectiva, pues se concedían a algunas personas. No eran universales. Su consideración como derechos con la característica de universales es muy reciente y es cuando surge esta connotación que se empieza a decir que los derechos fundamentales, por ser universales, van a constituir el fundamento de la igualdad. Por esta razón uno de los derechos que hoy se señalan como fundamentales es el de la igualdad.

El Estado moderno, como ya lo advertimos, se estructuró sobre la base de defender los derechos de libertad y de propiedad privada. Posteriormente el Estado se transformó en Estado social cuando entendió que era su obligación velar por el mantenimiento de los llamados derechos sociales como la salud, la educación y la subsistencia.

En el Segundo Tratado sobre el Gobierno, de Locke, en 1690, el autor inglés presenta la vida, la libertad y la propiedad como los tres derechos fundamentales que van a justificar el contrato social. De manera similar el artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, señala como derechos imprescriptibles del hombre la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La Declaración de 1793 se refiere a la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad.

Estos dos modelos de derechos fundamentales, el de Locke y el de las Declaraciones, han condicionado toda la fundamentación y teoría posterior sobre este tipo de derechos. Obsérvese que siempre se mezclan, en el mismo costal, derechos de naturaleza absolutamente disímil como la propiedad y la libertad. Esa confusión entre derechos de naturaleza distinta, los derechos patrimoniales, por un lado, y los derechos de libertad por otro, le han dado a la propiedad un estatus que no puede tener. El derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, a la seguridad, a la igualdad, pueden pensarse independientemente del derecho de propiedad, a menos que nos estemos refiriendo a un derecho de propiedad limitado a aquél indispensable para el desarrollo de las capacidades y satisfacción de las necesidades primarias del hombre, que estaría enmarcado en su dignidad. Pero obvio que no fue ésta la intención de quienes redactaron las Declaraciones, pues basta con leer el artículo 16 de la Declaración de 1993 para captar su espíritu: “El derecho de propiedad es el que tiene todo ciudadano para gozar, disponer a su antojo de sus bienes, de sus rentas, de los frutos de su trabajo y de su industria”. Se trataba de un derecho de propiedad absoluto e ilimitado.

Ferrajoli, el lúcido iusfilósofo italiano expone esta idea así:

La mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad, de un lado, y el derecho de propiedad, del otro, fruto de

la yustaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista, es, por tanto, una operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad, y, con ella, la del Estado de derecho. En su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de 'derecho de propiedad', con el que se entiende —tanto en Locke como en Marsahall— al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre éste o aquél bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos "burgueses" a la par de la propiedad.⁸

Con el desarrollo de la doctrina del patrimonio, obra del derecho civil, se dice que toda persona tiene un patrimonio el cual le va a servir como prenda general de cumplimiento de sus obligaciones. Esta noción cumple un papel importantísimo en el desarrollo de las instituciones jurídicas, pues delimitó perfectamente el sujeto de los derechos —la persona—, y el objeto de ellos, —los bienes—. Sobre esa base se sabe hoy que las personas responden por sus obligaciones patrimoniales (pecuniarias) con su patrimonio mas no con su cuerpo, ni con su libertad. La ley del talión que fue todo un avance humanitario por la exigencia que hizo de una equivalencia entre agresión y sanción, quedó abolida lo mismo que la prisión por deudas. La figura grotesca de Shylock, el usurero judío, protagonista del drama de Shakespeare, el *Mercader de Venecia*, que pretende cobrar a su deudor, de conformidad con los términos del contrato, con una parte de su cuerpo, pierde cualquier vigencia.

La teoría del patrimonio va a permitir ver claro que toda persona tiene derecho a una propiedad o a sus derechos patrimoniales. En ese sentido el derecho de propiedad hace parte del derecho de igualdad: todos podemos ser propietarios. Acá cobran vigencia las palabras de Ferrajoli para señalar que una cosa es el derecho a ser propietario y otra es la posibilidad, como derecho inviolable de hacer de mi propiedad lo que yo estime. Esta posibilidad no puede encajar en un derecho de propiedad como derecho fundamental. A la equivocidad del término propiedad o su polisemia, se agregó la concepción civilista, egoísta, de una ideología burguesa hoy superada, que dio lugar, en los términos ya analizados al Código denominado de los propietarios: Código de Napoleón (1804). Por supuesto que en esa época no se había planteado todavía la exigencia o posibilidad de un Estado bienestar, de

un Estado con obligaciones y mucho menos habían surgido las ideas relativamente recientes de la función social de la propiedad que hoy aparecen en los sistemas constitucionales, como exigencia para proteger el derecho de propiedad.

Ante esos vacíos propios de la época, Carlos Marx miró con desdén los derechos humanos, pues al leer la lista de los derechos que en las Declaraciones se colocaban, esos derechos corrieron con el autor de "Sobre la Cuestión Judía", la suerte que corren los hijos con sus amigos, cuando su madre les dice: dime con quién andas y te diré quién eres. La libertad y la vida se contaminaron por andar con la propiedad. Marx veía en la propiedad privada, como derecho, una institución egoísta, ajena a los intereses de la sociedad:

El derecho humano de la propiedad privada es el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él arbitrariamente (a son gré) sin atender a los demás hombres, independientemente de la sociedad, el derecho del interés personal. Aquella libertad individual, así como esta aplicación de la misma, constituyen el fundamento de la sociedad burguesa que hace que todo hombre encuentre en otros hombres, no la realización sino, más bien, la limitación de su libertad...⁹

Y esta visión tan real de la propiedad en la época de la burguesía triunfante va a determinar a Marx a ver todos los derechos humanos como aspiraciones egoístas del hombre burgués.

Ninguno de los así llamados derechos humanos va por tanto más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada y separado de la comunidad. Lejos de que se conciba en ellos al hombre como ser genérico, aparece en ellos la vida genérica misma, la sociedad, más bien como un marco externo a los individuos, como limitación de su independencia originaria. El único vínculo que los cohesionaba es la necesidad natural, la necesidad y el interés privado, la conservación de su persona egoísta.¹⁰

Más lúcido fue Proudhon quien cayó en cuenta del equívoco en el que incurrió el Constituyente francés en sus Declaraciones, al colocar en la misma lista la propiedad y los derechos ligados a la dignidad. En su famoso texto *¿Qué es la propiedad?*, se expresa así:

Concretando: la libertad es un derecho absoluto, porque es al hombre, como la impenetrabilidad a la materia, una condición sine quanon de su existen-

9 MARX, Carlos. "Sobre la Cuestión Judía". *Revista Argumentos*. N.º 28-29, Bogotá 1992. p. 59.

10 *Ibid*, p. 60.

cia; la igualdad es un derecho absoluto, porque, sin igualdad, no hay sociedad; la seguridad personal es un derecho absoluto, porque, a juicio de todo hombre, su libertad y su existencia son tan preciosas como las de cualquier otro: estos tres derechos son absolutos, es decir, no susceptibles de aumento ni disminución, porque en la sociedad cada asociado recibe tanto como da, libertad por libertad, igualdad por igualdad, seguridad por seguridad, cuerpo por cuerpo, alma por alma, a vida y a muerte.¹¹

A renglón seguido se pronuncia sobre la propiedad, según cita que ya hicimos al referirnos a su pensamiento, diciendo que la propiedad es un derecho por fuera de la sociedad, no natural. La cita referida terminaba diciendo que "la sociedad mata a la propiedad o ésta a aquélla".

El otro error es la otra cara de la moneda. Como la libertad, la igualdad, la seguridad, hacen parte de esos derechos que se han considerado connaturales al hombre, al colocar en las Declaraciones en ese nivel a la propiedad, entonces el derecho de propiedad va a recibir la misma entidad que los llamados derechos de libertad, que son los que van a asegurar la dignidad del hombre: su realización plena. Esa situación de indistinción ha permitido predicar del derecho de propiedad virtudes que no puede tener. Por ello, al distinguir entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, se está colocando al derecho de propiedad, como derecho patrimonial que es, en el sitio que le corresponde: como derecho relativo y no absoluto, como derecho disponible, transigible, enajenable, etc. En consecuencia, derecho regulable por las leyes, modificable por virtud de las mayorías parlamentarias, no susceptible de tutela por sí mismo ni de regulación por vía de ley estatutaria, tal como lo veremos al exponer a continuación la posición que nuestra Corte Constitucional ha asumido con relación al derecho de propiedad. En otros términos, la propiedad hay que considerarla como un derecho patrimonial y no como un derecho fundamental.

Al respecto podemos nuevamente acudir a las sentencias de nuestra Corte Constitucional, en el entendido, afirmado antes, de que esas sentencias contienen una filosofía jurídica que forma parte del acervo de la jurisprudencia más crítica y fundamentada de la actualidad.

1.6 La Corte Constitucional y el derecho de propiedad

Nuestra Corte Constitucional, máximo guardián de la Constitución Política, desde su puesta en vigencia en 1991, ha venido pronunciándose en torno a la natura-

11 PROUDHON, Joseph. *¿Qué es la propiedad?* Tusquets Editor, 1975. p. 59.

leza de los derechos fundamentales, en general, y en particular a la naturaleza del derecho de propiedad. En sentencia de tutela 015 de 1992 dijo:

El derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos éstos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental, "aunque es una función social que implica obligaciones", según la precisa evolución política, económica y social...

Apenas comenzaba la Corte sus pronunciamientos con respecto a los derechos fundamentales y por ello su posición no tenía la claridad que hoy tiene, aunque ya empezaba a vislumbrarse, desde esa sentencia, su actual posición. Por eso se lee en el mismo fallo lo siguiente:

Este mismo tratamiento es consagrado por la Constitución italiana (artículos 42, 43 y 44) y por los artículos 14 y 15 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana que, según interpretación de su Tribunal Constitucional (sentencia de 18 de noviembre de 1962) no consideran la propiedad un derecho fundamental por sí mismo, sino en cuanto se encuentra en relación íntima con la libertad personal...

Desde entonces viene la Corte Constitucional hablando del criterio de conexidad para atribuirle fundamentalidad al derecho de propiedad. Si bien ha habido fallos de tutela en los cuales se ha dicho que la propiedad es un derecho fundamental, sin consideración o conexión con otros derechos fundamentales, como se hizo en la sentencia T-332 de 1994, la posición reiterada de la Corte, expuesta con argumentos iguales en varias sentencias, es la de que el derecho de propiedad no es absoluto sino relativo. Hay que analizar cada situación para deducir si la violación del derecho de propiedad conlleva la violación de otros derechos fundamentales como la vida o la dignidad, en cuyo caso adquiriría el rango de derecho fundamental. Por ejemplo, la sentencia T-506 de 1992 recoge esta idea así:

La posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela.

En sentencia T-135 de 1994 dijo la Corte:

Es por ello que en el presente caso, pese a no entender que forzosamente lo sea siempre, el derecho de propiedad se considera un derecho fundamental, ya que en él se derivan para el accionante, dado el estrecho vínculo con aquél, su derecho al trabajo, la subsistencia de su familia y su domicilio inviolable, todos ellos derechos fundamentales de rango constitucional.

La misma idea aparece en sentencia T-125 de 1994, así:

Si bien el carácter de fundamental del derecho a la propiedad privada es relativo, la Corte Constitucional ha reconocido, que, en los casos en que su desconocimiento conduzca a la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, éste adquiere el carácter de fundamental.

En las anteriores sentencias se plantea el criterio de conexidad que va a servir para tutelar un derecho que por sí mismo no es fundamental. El alcance de este criterio de conexidad lo expuso la Corte en la sentencia T-571 de 1992 en estos términos:

El carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. Según la doctrina constitucional la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.

Refiriéndose al concepto que venimos analizando, el tratadista Tulio Elí Chinchilla se expresa así:

Este criterio de conexidad da lugar a una nueva fundamentalidad y permite a ciertos derechos que en principio no ostentan la calidad de fundamentales por no reunir los anotados criterios (no ser inherentes al ser humano, no ser derivación directa y necesaria de la dignidad, la libertad o la igualdad básica, no haber sido señalados como tales en el texto constitucional, no tener

eficacia directa ni contenido esencial definido, etc.), llegar a ser tutelados como si fuesen fundamentales, dada su estrecha e inescindible relación con un derecho que sí lo es, por cuanto llena con creces los anotados criterios de fundamentalidad originaria. Pero se trata de un criterio destinado a ser verificado en cada caso concreto de tutela, es decir, la conexidad debe ser objeto de demostración y prueba —al menos sumaria como corresponde a un proceso tan breve— y se afirma según las circunstancias propias de los sujetos y los bienes que estén de por medio en la situación específica por decidir (método del caso concreto, ha dicho la Corte en las sents. T-406 y T-246 de 1992).¹²

Recientemente, en sentencia C-595 de 1999, en la cual la Corte ordenó retirar la expresión “arbitrariamente” de la definición de propiedad del artículo 669 del Código Civil, se reitera la idea de fundamentalidad por conexión del derecho de propiedad, así: “La Corte ha afirmado en múltiples ocasiones, que la propiedad en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado”.

Resumiendo la posición de la Corte Constitucional con respecto al derecho de propiedad, podemos decir que para esta corporación el derecho de propiedad no alcanza el rango de fundamental por sí mismo. Sólo por el criterio de conexidad se puede amparar con acción de tutela la vulneración del derecho de propiedad.

En otro aparte habíamos señalado que como consecuencia de la fundamentalidad de un derecho surgen como mecanismos de protección del mismo la acción de tutela y la institución de la ley estatutaria. Ya vimos cómo el derecho de propiedad no es tutelable por sí mismo. Refirámonos ahora a la otra consecuencia en lo que tiene que ver con la postura de la Corte Constitucional. Habíamos dicho que de conformidad con los arts. 152 y 153 de la Constitución Política, la regulación de los derechos fundamentales requiere de leyes estatutarias como forma de garantía para ese tipo de derechos, frente a las decisiones de las mayorías parlamentarias. Pues bien, en sentencia 374 de 1997 se dijo que el derecho de propiedad no es derecho fundamental y por tal razón las leyes que entren a regularlo de alguna manera no son leyes estatutarias sino leyes ordinarias. En tal virtud, una ley que reglamente la expropiación, o la extinción de dominio, por ejemplo, no tiene que tramitarse como ley estatutaria. Su trámite sería el de una ley ordinaria, sin necesidad de mayoría absoluta ni de control de constitucionalidad.

Queda claro, pues, con estos argumentos, que para la Corte Constitucional el derecho de propiedad no es un derecho fundamental. Nuestra actual Constitución tuvo influencia seria de la española de 1978 y allí el derecho de propiedad tam-

co es un derecho fundamental. Está colocado entre los derechos económicos y sociales. Lo propio ocurre en las constituciones italiana y alemana, en donde también se acepta el criterio de conexidad tal como lo viene haciendo nuestra Corte Constitucional.

El derecho de propiedad, por lo visto, es un derecho patrimonial regulado en las leyes y en la Constitución. Cargado en la actualidad de limitaciones, unas antiguas, otras modernas, que surgen con el desarrollo de las necesidades sociales. Por ello hoy al propietario se le exige un comportamiento solidario, dentro de los lineamientos de la función social, si no quiere ver extinguido su derecho. Por mandato del artículo 58 de la Constitución Política, el derecho de propiedad no se protege sino cuando cumple con la función social allí prevista. Se ha presentado un giro radical en la concepción de este derecho, hasta el punto de que cada vez se mira menos como un derecho subjetivo privado para convertirse en un derecho en el cual la comunidad está interesada.

Visto lo anterior la conclusión es obvia: la propiedad no es un derecho fundamental.